GUSTAVO DE CARVALHO MARIN

VERIFICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO PENAL: análise da aplicação pelo Supremo Tribunal Federal entre 2011-2012

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Saad-Diniz

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2015

GUSTAVO DE CARVALHO MARIN

VERIFICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO PENAL: análise da aplicação pelo Supremo Tribunal Federal entre 2011-2012

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Penal, sob orientação do Prof. Dr. Eduardo Saad-Diniz.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2015

MARIN, Gustavo de Carvalho.

Verificação da proporcionalidade na interpretação do direito penal: análise da aplicação pelo Supremo Tribunal Federal entre 2011-2012. São Paulo-SP, 2015.

264 p.; 30 cm

Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Saad-Diniz.

1. Direito. 2. Penal. 3. Proporcionalidade. 4. Ponderação. 5. Supremo Tribunal Federal

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Geraldo Magela, Rita de Cássia, Oscar de Carvalho, *Neninha*, Maria Aparecida, José Melo, Carlos Junior, Fernanda, João Marin e Marivalda, por constituírem o pilar de sustentação emocional tão necessário em períodos de tensão, e também por multiplicarem as alegrias por meio da partilha. Sara Tironi, *muito obrigado* pela linda companhia de todos os momentos, pela indescritível ajuda nestes últimos dias decisivos e por todo o carinho,

Ao Prof. Dr. Eduardo Saad-Diniz, por conseguir aliar a seriedade do respeito acadêmico à leveza que apenas as amizades sinceras são capazes de proporcionar.

Ao Thales Coelho, Rafael Nardi e Gustavo Mascarenhas, companheiros penalistas de primeira viagem. Ao César Augusto Moreira, amigo e para sempre mestre. Ao Renato, Décio, Nidival e Maria Cláudia, pela amizade criada em salas de aula e cafés. À Camila Salles, Ana Cristina, Nathalia Regina e Jéssica Sponchiado, por compartilharem suas vidas acadêmicas comigo e por me ensinarem tanto. Ao Alex Rodrigues e Milton Junior, por serem os amigos que sempre esperam de braços abertos, independentemente das ausências.

À Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP e a todas as amizades originadas naqueles corredores, dos quais provavelmente jamais conseguirei sair em sentimento. À Universidade de Sevilha, pelo acolhimento, em especial à Professora Teresa Aguado Correa e Miguel Polaino-Orts, bem como aos amigos Alri, Silvia, Henrique e Pepe. Ao Max Planck Institute, pela oportunidade de utilizar a incomparável estrutura. Ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e à Universidade de São Paulo, especialmente aos Professores Alamiro Velludo Salvador Netto e Mariângela Gama de Magalhães Gomes, pelas críticas e sugestões no exame de qualificação. Ao Eduardo Gaban e equipe, pela compreensão e paciência na reta final.

A todos aqueles que guardo no coração e que tanto me ajudaram neste período, ainda que sem saber.

RESUMO

MARIN, Gustavo de Carvalho. **Verificação da proporcionalidade na interpretação do direito penal:** análise da aplicação pelo Supremo Tribunal Federal entre 2011-2012. Dissertação. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

A pesquisa aborda os aspectos positivos e as debilidades das teorias da proporcionalidade, analisando o diálogo entre as interpretações doutrinárias constitucionalista e penalista quanto ao tema. Tendo como base um contexto social marcado pelo recrudescimento do poder punitivo, por distorções na tensão liberdade-segurança e pela abertura do sistema jurídico a influxos de seu entorno, o trabalho busca identificar o papel da proporcionalidade em sentido amplo na estabilização normativa envolvendo as relações jurídicas conflituosas em direito penal. Tendo como hipótese de investigação a ideia de que a proporcionalidade é utilizada frequentemente como artifício retórico nominalista, servindo nas argumentações jurídicas tanto à *limitação* quanto à *justificação* das intervenções punitivas, a pesquisa se dedica a testar tal afirmação preliminar por meio de dois estágios de análise: (i) primeiramente, é desenvolvido um arcabouço teórico que possibilita que discute o conteúdo dogmático das regras de proporcionalidade e sua funcionalidade na interpretação penal, buscando com isso viabilizar a (ii) verificação empírica e crítica do sentido normativo atribuído pelo Supremo Tribunal Federal à proporcionalidade no direito penal nos anos de 2011 e 2012.

Palavras-chave: Direito penal; Constituição; Proporcionalidade; Interpretação; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

MARIN, Gustavo de Carvalho. **Verificação da proporcionalidade na interpretação do direito penal:** análise da aplicação pelo Supremo Tribunal Federal entre 2011-2012. Dissertação. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

The research addresses the strengths and weaknesses of the proportionality theories through a dialogue between constitutional and criminal legal studies. The investigation aims at identifying the proportionality role in the stabilization of normative standards related to conflicting relations concerning criminal law, within the context of the increasing of the punitive power, of distortions regarding the tension between liberty-security and of the legal system's opening to the expansive flows deriving from law's environment. The research hypothesis is that proportionality is frequently used within legal discussions as a nominalist and rhetorical resource, contributing to both the limitation and the justification of state penal measures. Therefore, the investigation tests such fundamental preliminary statement through two analytical stages: (i) first, the research develops a theoretical framework, which allows the discussion of the dogmatic contents of the proportionality rules and its functionality concerning criminal law interpretation. As a result of the first stage, the research performs (ii) an empirical verification and critical evaluation of the normative sense assigned by the Brazil's Supreme Court to the proportionality within criminal law cases among 2011 and 2012.

Keywords: Criminal Law; Constitution; Proportionality; Interpretation; Supreme Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 01

1 CONSTITUIÇÃO, DIREITO PENAL E O PROBLEMA DA PROPORCIONALIDADE DAS PENAS..... 05
1.1 Constituição como acoplamento estrutural entre direito e política..... 05
1.2 Vínculos possíveis entre Constituição e direito penal: propostas para uma releitura..... 22
1.3 Corrupção do sistema pelo entorno: sistema jurídico-penal e a tensão liberdade-segurança..... 34
1.4 Interpretação judicial do direito penal em sociedades complexas e o problema da proporcionalidade..... 50

2 A PROPORCIONALIDADE DA PENAS..... 66
2.1 Uma distinção necessária..... 66
2.2 Filosofia da punição e a exigência de correspondência gradativa entre comportamento e pena..... 67
2.2.1 Os "reformadores" 67
2.2.2 Pena e o imperativo categórico de Kant..... 71
2.2.3 Hegel e a pena proporcional como instrumento de subjetivação..... 75
2.2.4 Proporcionalidade penal como princípio de justiça?..... 83
2.3 Conteúdo material da proporcionalidade abstrata e concreta das penas..... 98

3 PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO AMPLO..... 111
3.1 A proporcionalidade das penas e a proporcionalidade em sentido amplo..... 111
3.2 Proporcionalidade em sentido amplo e noções instrumentalistas do direito..... 113
3.3 Natureza normativa da proporcionalidade em sentido amplo..... 122
3.4 Função e conteúdo das regras de proporcionalidade..... 131
3.4.1 Idoneidade..... 141
3.4.2 Necessidade..... 151
3.4.3 Proporcionalidade em sentido estrito..... 160
3.5 Algumas críticas à proporcionalidade e à técnica da ponderação..... 177
3.5.1 Crítica de Matthias Jestaedt..... 177
3.5.2 Marcelo Neves: colisão de discursos no sistema jurídico, crítica à ponderação otimizante e os riscos da "compulsão ponderadora" 180
3.5.3 A crítica penalista: proporcionalidade como instrumento de limitação ou de legitimação formal de criminalizações? 185

4 A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO PENAL POR MEIO DA PROPORCIONALIDADE: OBSERVAÇÃO DO COMPORTAMENTO DECISÓRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL..... 188
4.1 A importância da análise empírica..... 188
4.2 Método a ser empregado na observação..... 193
4.3 Análise quantitativa da jurisprudência no biênio 2011-2012..... 201
4.3.1 Sentido conferido à proporcionalidade..... 201
4.3.2 Aplicação da proporcionalidade: entre regra sistemática e mera referência argumentativa..... 205
4.3.3 Resultado da aplicação da proporcionalidade: entre a limitação e a justificação da intervenção jurídico-penal..... 207
4.4 Análise qualitativa: principais linhas de entendimento do STF em torno da proporcionalidade no biênio 2011-2012..... 212
4.4.1 Insignificância..... 212
4.4.2 Penas alternativas e regime de cumprimento de pena: proibições legislativas "absolutas e apriorísticas" 216
4.4.3 Violência doméstica e discriminação positiva..... 218
4.4.4 Crimes de perigo abstrato: porte ilegal de arma de fogo desmuniciada..... 223
4.4.5 Ponderação de direitos e a antecipação terapêutica do parto em casos de anencefalia..... 227
4.5 Há um modelo de proporcionalidade adotado pelo Supremo Tribunal Federal nos conflitos jurídico-penais? 231

CONCLUSÃO..... 234

REFERÊNCIAS..... 238

INTRODUÇÃO

Em um cenário jurídico-social caracterizado por movimentos de recrudescimento punitivo, decorrentes de uma exasperação distorcida da tensão liberdade-segurança e de uma influência demasiada de lógicas próprias de sistemas sociais expansivos em decisões que deveriam seguir uma racionalidade mais propriamente jurídica, a proporcionalidade ocupa uma posição de destaque enquanto potencial limite constitucional ao poder de punir. O exame de proporcionalidade em sentido amplo, composto pelas máximas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, fornece critérios interpretativos aptos à verificação da procedência constitucional de intervenções jurídico-penais em direitos fundamentais, ganhando capacidade de rendimento tanto nas categorias da teoria do delito quanto nas questões situadas no âmbito da teoria da pena.

A controvérsia surge, no entanto, diante de percepções segundo as quais a proporcionalidade em sentido amplo conteria debilidades estruturais e estaria inserida em um contexto teórico capaz de comprometer a própria funcionalidade das interações entre a ordem jurídico-constitucional e infraconstitucional. Em circunstâncias sociais de maleabilidade das decisões jurídicas em decorrência de influxos de comunicações e programas próprios a outros sistemas que não o jurídico, não parece claro o papel que a proporcionalidade realmente desempenhar nas argumentações e decisões jurídico-penais com impactos restritivos sobre direitos fundamentais. Lançam-se questionamentos sobre as potencialidades das constituições de sensibilizar o exercício do poder punitivo, ou ao menos qual seu alcance na conformação do direito penal em uma sociedade caracterizada pelo dissenso no cerne da esfera pública, o que atinge a delimitação de conteúdo dos deveres penais e constitucionais, bem como da efetiva relação entre estes.

Neste sentido, o teste de proporcionalidade perderia sua funcionalidade enquanto mecanismo de balizamento do poder punitivo: seja porque a dogmática constitucional possui distinções marcantes com relação à penal, ou então porque o exame de proporcionalidade teria como efeito colateral perverso a justificação formal de criminalizações que talvez não resistissem se os tribunais aplicassem interpretações mais próximas das teorias penalistas. Em contextos de contaminação de sistemas por outros sistemas sociais expansivos, a proporcionalidade parece desempenhar um papel fundamentalmente diferente do que faria se

operasse em um sistema jurídico com fronteiras sólidas e menos suscetível aos influxos do entorno.

É neste contexto que a pesquisa busca inserir a discussão acerca das teorias da proporcionalidade, com isso tentando demarcar o lugar desta na interpetação penal no contexto dos tribunais, compreendidos enquanto instâncias comunicativas que ocupam o centro do sistema jurídico e são os principais responsáveis pela realização dos testes de proporcionalidade daqueles atos estatais de constitucionalidade indefinida. Recorrendo a uma investigação teórica que conjuga as perspectivas penalistas e constitucionalistas sobre o tema, a pesquisa buscou consolidar um arcabouço crítico que permitisse avançar a um segundo estágio: a observação empírica da movimentação da proporcionalidade nas argumentações dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, nos casos de direito penal material julgados pela corte nos anos de 2011 e 2012. A pesquisa trabalha com a hipótesse de que a proporcionalidade é utilizada principalmente como artifício retórico na argumentação jurídica, e que serve tanto à *limitação* quanto à *justificação* do poder punitivo – formulação preliminar discutida nas investigações teóricas e empiricamente verificada na análise crítico-reflexiva dos acórdãos que compuseram a amostra estudada.

Buscar um modelo teórico capaz de explicar este contexto jurídico-social complexo, e ao mesmo tempo problemático, mostrou-se de primeira relevância para compreender o papel do Poder Judiciário na interpretação do direito penal, assim como os perigos e as potencialidades do uso da proporcionalidade neste processo. A isso se dedica o Capítulo 1 ("Direito penal, constituição e o problema da proporcionalidade"), voltado ao estabelecimento dos vínculos possíveis entre constituição e direito penal, recorrendo à interpretação sociológica como forma de verificar a variabilidade destas relações conforme as configurações sociais concretas. A pesquisa prossegue também no primeiro capítulo abordando como a interpretação jurídica realizada pelo Poder Judiciário se insere neste contexto, e quais seus impactos sobre a conformação de sistemas jurídico-penais situados em sociedades de alta complxidade. Todo este recurso teórico é empregado para culminar em um início de delimitação do lugar ocupado pela proporcionalidade neste vínculo (socialmente situado) entre direito penal e constituição, de modo ambivalente transitando entre *(i)* a ampliação e a restrição de direitos; ou entre *(ii)* ora como mecanismo apto a conter as comunicações expansivas do entorno do sistema jurídico, ora como instrumento de abertura a estes influxos desdiferenciadores.

O segundo capítulo ("A proporcionalidade das penas") estabelece a diferença entre, de um lado, a proporcionalidade compreendida como a relação de congruência entre delito e pena, de modo a demarcar suas diferenças em comparação com a outra noção de proporcionalidade enquanto regra de interpretação que comporta um juízo de *meio e fim* e um balanço de *custos e benefícios*, teste pelo qual devem passar as justificativas do Estado para a restrição de direitos fundamentais (fundamento prospectivo). Isso servirá primeiramente para delimitar que o núcleo dos estudos aqui realizados reside primordialmente no segundo dos sentidos elencados. Entretanto, esta diferenciação se mostra fundamental também para, no momento em que for observado o comportamento decisório do Supremo Tribunal Federal (STF), poder ser identificado qual das duas formas de compreensão da proporcionalidade está sendo utilizada pela Corte.

Já o terceiro capítulo ("Proporcionalidade em sentido amplo") se destina a fixar as bases dogmáticas do conteúdo das regras de proporcionalidade, de modo a especificar os critérios que as tornam úteis para realizar uma estabilização normativa, mediando as distintas expectativas sociais acerca do direito penal. Este, por sua vez, enfrenta situações diversas de direitos fundamentais abstrata e concretamente colidentes, e também lida com finalidades a serem perseguidas – terrenos férteis ao desenvolvimento de interpretações com base na proporcionalidade. Isso será realizado expondo ainda as críticas especialmente à técnica da ponderação, mediante um cotejo entre as proposições constitucionalistas e penalistas a respeito da temática. Busca-se com isso tanto evidenciar os pontos de dissenso como os de convergência entre as duas perspectivas, objetivando uma maior coerência do marco teórico trabalhado. A natureza normativa da proporcionalidade, assim como o conteúdo e as controvérsias envolvendo suas máximas parciais (idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) constituem os assuntos centrais do capítulo, com especial atenção sobre (i) como elas operam na absorção judicial do dissenso estrutural da esfera pública, e (ii) quais algumas das principais críticas doutrinárias que lhe são lançadas.

No quarto e último capítulo ("A interpretação do direito penal por meio da proporcionalidade: observação do comportamento decisório do Supremo Tribunal Federal") é realizada a verificação empírica do comportamento decisório dos Ministros do STF na utilização do critério da proporcionalidade para solucionar casos de direito penal material, realizando o teste da hipótese de investigação. Após explicações de natureza metodológica, é realizada uma pesquisa quantitativa, na qual se espera identificar principalmente: *(i)* de que maneira o STF compreende primordialmente a proporcionalidade no campo penal, se como

correlação gradativa entre comportamento e pena ou se como um critério mais amplo de intervenção de medidas estatais restritivas de direitos fundamentais; *(ii)* de que maneira se dá a aplicação da proporcionalidade, compreendida na segunda e mais ampla acepção: se de maneira sistemática (discriminando sua estrutura dogmática e realizando o teste de proporcionalidade conforme cada máxima parcial) ou nominalista, como mero reforço retórico com outros argumentos articulados; e *(iii)* se a proporcionalidade, nestes casos, foi utilizada para justificar decisões voltadas à *contenção* ou *justificação* da medida punitiva. Em seguida, a pesquisa conta com uma análise qualitativa dos acórdãos, na qual se procura descrever as principais linhas argumentativas presentes na argumentações dos Ministros a respeito da proporcionalidade, utilizando-se para tanto de uma divisão temática de acordo com o problema doutrinário enfrentado pela decisão. Por fim, é feita uma interpretação crítico-reflexiva dos dados coletados nas análises quantitativa e qualitativa, em um esforço no sentido de delimitar um modelo de proporcionalidade possivelmente adotado pelo Supremo Tribunal Federal e expor suas aporias e eventuais vantagens.

Espera-se, ao final, que a pesquisa tenha como resultado uma compreensão das vantagens e debilidades que a proporcionalidade enseja nas movimentações interpretativas dos conflitos jurídico-penais, tendo como enfoque especial um diálogo com a realidade penal e constitucional brasileira, por meio de considerações descritivas e crítico-reflexivas.

1. CONSTITUIÇÃO, DIREITO PENAL E O PROBLEMA DA PROPORCIONALIDADE

1.1. Constituição como acoplamento estrutural entre direito e política

A adoção da Constituição como lei fundamental válida a ser interpretada e aplicada se trata de um marco na passagem da busca por uma fundamentação jusnaturalista do direito[1] a uma outra concepção, segundo a qual este deve responder a si próprio. Neste estágio avançado de seu movimento de positivação, o direito é então encarado como *mutável* por meio dos procedimentos constitucionais – o que não significa que fica relegado à deriva da arbitrariedade, mas sim que dispõe de seus próprios mecanismos de mutabilidade e possui padrões próprios para se autodeclarar improcedente[2]. Tal configuração vai na linha das características do direito enquanto sistema *autopoiético*, elaborador dos seus próprios componentes a partir de si mesmo[3]; logo, também *operativamente fechado*, que, apesar de não

---

[1] Para uma perspectiva das diferentes linhas jusfilosóficas envolvendo o direito natural ao longo da história, cf. LUÑO PEÑA, Enrico. *Derecho natural.* Barcelona: Librería La Hormiga de Oro, 1961, p. 19 e ss. Também em abordagem histórica, partindo desde a filosofia antiga, FERNANDEZ-GALIANO, Antonio. *Derecho natural:* introducción filosófica al derecho. 5. ed. Madrid: Editorial Ceura, 1986, p. 105 e ss. No medievo, distinguia-se o direito positivo enquanto posto pelos homens do direito tido como legitimado por outra fonte transcendente, como a natureza ou Deus. Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico.* Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues São Paulo: Ícone, 1995, p. 19-20. Esta concepção marcadamente teológica costuma ser diferenciada das linhas de pensamento surgidas a partir da Idade Moderna, mais especificamente do século XVII, que são denominadas "laicas" e iniciam um processo de secularização do direito natural, cujo fundamento deixa de ter uma origem teonômica e passa a ser trabalhado a partir da ideia de razão humana. CARPINTERO BENITEZ, Francisco. *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno:* Fernando Vazquez de Menchaca. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1977, p. 77-80. Na literatura jurídica brasileira, cf., por todos, REALE, Miguel. *Filosofia do direito.* 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 97 e ss. No plano dos direitos humanos, uma fundamentação jusnaturalista tem como implicação o assentamento dos mesmos em uma ordem superior e universal, como decorrência de uma dignidade ontológica da qual participa todos os homens independentemente da lei positiva; esta, por sua vez, desempenharia apenas o papel de "coadjuvante eficaz". EZCURDIA LAVIGNE, Jose A. *Curso de derecho natural.* Perspectivas iusnaturalistas de los derechos humanos. (Parte General). Madrid: Reus, 1987. Em sentido crítico ao direito natural, cf. KELSEN, Hans; BOBBIO, Norberto et al. *Crítica del derecho natural.* Madrid: Taurus, 1966.

[2] Niklas Luhmann trata criticamente a questão qualificando como "impraticável" a tentativa de se basear o direito a partir de um fundamento transcendental, assinalando ainda que um intento de se afirmar a existência paralela de outro direito para além do positivo não se daria atualmente sem resistência. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad.* Trad. Javier Torres Nafarrete. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005, p. 93-97.

[3] Darío Rodríguez Mansilla e Javier Torres Nafarrate, valendo-se das conclusões oriundas dos estudos biológicos de Humberto Maturana, afirmam que cinco são as principais características da *autopoiesis: (i) autonomia:* independência celular em relação ao seu ambiente para determinar aquilo que lhe é relevante em suas operações; *(ii) emergência:* as células dependem da maneira como se organizam, uma ordem emergente, para realizarem suas operações; *(iii) clausura operativa:* tais operações são fechadas e os componentes são produzidos em um processo recursivo, de modo dentro do sistema que só existem as suas próprias operações; *(iv) autoconstrução de estruturas:* em consequência de sua clausura operativa, não pode a célula importar estruturas de seu exterior, devendo ela mesmas construí-las; *(v) reprodução autopoiética:* são as operações exclusivas do sistema que reproduzem a vida que os mantêm em vida. Os autores ressaltam que, não obstante Maturana seja antes de tudo um biólogo, seus conceitos foram assumidos e aplicados em diversas instâncias do conhecimento, em uma

prescindir do seu entorno, não importa deste seus elementos nem condiciona a este suas operações que lhe são próprias; e também *autorreferente*, incluindo em si a diferença para seu entorno[4].

Niklas Luhmann relaciona este desenvolvimento da positivação como incremento da autopoiese sistêmica à ideia de "decisão jurídica", tornando possível a diferenciação funcional do direito e a consequente incapacidade do seu entorno de desempenhar a função própria do jurídico. Na diferenciação sistêmica não se tem uma mera decomposição do *todo* em *partes,* senão o fato de que *cada* sistema-parcial reconstrói o sistema total ao qual se relaciona por meio de uma diferença específica deste sistema-parcial, pautada na distinção entre *sistema/entorno*[5]. Por ser o sistema da sociedade "oniabarcador", incluindo em si todos os outros sistemas sociais[6], e sendo ele composto por comunicações[7], o sistema (parcial) jurídico é constituído por todas as comunicações sociais formuladas em referimento ao direito[8]. É, entretanto, distinto do seu entorno: não é política, religião, ou educação; não produz obras de arte, não cura enfermidades, tampouco divulga notícias. Do mesmo modo, é autônomo em suas operações, de maneira que tão somente ele, e nenhum outro sistema, é capaz de determinar o que é *conforme* e *não-conforme* ao direito – seu código binário que lhe é próprio

---

mitigação da usual contraposição entre ciências da natureza e ciências do espírito. Neste caso ao ser internalizada pelas teorias sociais, a noção de *autopoiesis* sofreu reespecificações próprias para se adequar ao fenômeno social. Se a *autopoiesis* é fundamentalmente a produção realizada por um sistema de seus próprios componentes, então havia de se indagar a respeito dos componentes próprios da sociedade e seus subsistemas. Este espaço Luhmann preenche com a noção de *comunicação*. RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío Rodríguez; TORRES NAFARRATE. *Autopoiesis,* la unidad de una diferencia: Luhmann y Maturana. *Sociologias,* Porto Alegre, ano 5, nº. 9, jan.-jun. 2003, p. 111-115 e 121-128.

[4] IZUZQUIZA, Ignacio. Introducción: la urgencia de una nova lógica. In: LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema:* la ambición de la teoría. Trad. Santiago López Petit e Dorothee Schmitz. Barcelona: Paidós, 1997, p. 19-20.

[5] A diferenciação funcional gera a *unidade da diferença* entre sistema-total e sistema-parcial; ou seja, dá ensejo a entornos que são internos ao próprio sistema. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad.* Trad. Javier Torres Nafarrete. Ciudad de México: Herder, 2006, p 473-475.

[6] LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad…* p. 55.

[7] "Devemos ser muito precisos em definir o tipo de operação que reproduz, na rede fechada de suas próprias produções, a unidade do sistema social. Esta operação não pode jamais ser definida como produção bioquímica de vida, nem pode ser definida como reprodução de pensamentos por pensamentos na escuridão interna de um sistema de consciência. A operação que procuramos só pode ser a comunicação". LUHMANN, Niklas. Operational closure and structural coupling the differentiation of the legal system. *Cardoso Law Review,* n. 13, 1992, p. 1422.

[8] LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto.* Contributti ala sociologia e ala teoria del diritto. Milão: Società Editrice Il Mulino, 1990, p. 61. Assevera o autor que "(a)o sistema jurídico pertence só a comunicação coordenada por códigos, só aquela comunicação que afirme a atribuição dos valores: conforme ao direito/não conforme ao direito". LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad… op. cit.,* p. 123.

–, orientando-se para isso a partir de suas operações e levando em conta as consequências para suas operações futuras[9].

Os sistemas se diferenciam para desempenhar uma função, específica a cada um. No caso do direito, segundo a teoria do sistemas, a estabilização – ainda que contrafática – de expectativas *normativas*[10], assim entendidas como aquelas que são mantidas *apesar* de sua frustração, não assimilando desapontamentos[11]. É neste âmbito que tem lugar a discussão acerca da real função do direito, se o asseguramento de expectativas ou o direcionamento de comportamentos. Luhmann responde a isso afirmando que, em princípio, as duas linhas não são necessariamente excludentes[12], havendo que se afastar teorias que refutem uma delas em termos absolutos quando se tratar da repercussão do direito nas dinâmicas sociais[13]. Todavia, atribuir uma dupla função ao direito faria entrar em jogo "outros muitos equivalentes funcionais", prejudicando a clausura operativa necessária ao seu desenvolvimento, razão pela qual em uma perspectiva teórico-sistêmica sua função única seria o asseguramento de expectativas normativas[14].

A norma não se prestaria primariamente à guia de comportamentos; ao contrário, interpreta determinada conduta como pertencente ou não a uma ordem, a qual por sua vez carece de uma estabilização. Neste ínterim, resta à influência sobre as consciências um efeito psicológico latente[15]. Isso não significa que o direcionamento de comportamentos seja pouco

---

[9] LUHMANN, Niklas. El derecho como sistema social. Trad. Carlos Gómez-Jara Díez. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.). *Teoría de sistemas y derecho penal.* Granada: Comares, 2005, p. 72-73.

[10] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad… op. cit.*, p. 193.

[11] Em contraposição a esta concepção de expectativas *normativas*, as *cognitivas* consistiriam naquelas que, quando frustradas, adaptam-se à realidade que causou o desapontamento. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I.* Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 56.

[12] Peter Berger e Thomas Luckmann afirmam que o grau de previsibilidade de um comportamento é diretamente proporcional à sua institucionalização, sendo esta compreendida como tipificação historicamente situada e recíproca de ações habitualizadas. A institucionalização significa a inserção de uma atividade humana sob o controle social, e é dotada de caráter controlador do comportamento em virtude de estabelecer pautas previamente definidas que canalizam este a uma determinada direção em detrimento de outras. BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *La construcción social de la realidad.* Trad. Silvia Zuleta. Buenos Aires: Amorrortu, 1991, p. 76-77 e 85.

[13] LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto… op. cit.,* p. 81-82.

[14] "[...] deve-se insistir que a função da norma não é orientar as motivações (aí entrariam demasiadas causalidades e equivalências funcionais em jogo), mas sim algo contrário: que a norma se estabilize, mediante asseguramentos, frente aos fatos. [...] A norma não assegura um comportamento conforme à norma; não obstante, protege a quem tem esta expectativa". LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad... op. cit.,* p. 192-193.

[15] JAKOBS, Günther. *Norm, Person, Gesellschaft:* Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie. Berlim: Duncker & Humblot, 1997, p. 54.

importante para o direito; somente não seria esta a sua função, mas sim – juntamente da solução de conflitos – uma *prestação*[16] que o sistema jurídico direciona aos demais sistemas parciais. Tal concepção parte da ideia de que o direito, enquanto subsistema, reduz a complexidade em que a sociedade se assentaria se fosse orientada por critérios estritamente fáticos, razão pela qual o sistema jurídico orienta os indivíduos em suas relações – mas isso justamente por meio da estabilização contrafática de expectativas normativas[17]. Embora com um modelo teórico bastante diferente[18], Günther Jakobs adota o conceito de norma como expectativa de que haverá determinadas formas de comportamento em situações específicas, conforme o *status* de "Ser-Pessoa" (*Person-Sein);* a norma não atuaria conforme esquemas de *satisfação/insatisfação* – mais assemelhados a um mero exercício de força –, senão em esquemas *deveres/ espaços de liberdade pessoal* conforme o papel social[19].

Esta diferenciação do direito com vistas à realização de sua função se conecta com a questão da regulação do direito enquanto sistema autopoiético, no sentido de que toda regulação só pode consistir em uma autorregulação. Evidentemente é possível um controle político da legislação, não havendo como negar o impacto de fatores econômicos e políticos sobre o campo jurídico; mas o sistema jurídico se reproduz por meio de eventos jurídicos e tão somente por meio destes. Acontecimentos ocorridos no entorno podem até repercutir no

---

[16] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad... op. cit.,* p. 214-215. Prestação pode ser compreendida como a observação de um sistema parcial de outro sistema parcial. Apesar de o conceito de *função* ser central para as relações da sociedade, também devem os subsistemas terem em conta prestações com outros subsistemas. Exemplificativamente, o sistema econômico pode subvencionar investigações científicas, ou o sistema educacional observa o trabalho no modo de conduzir suas operações. Cf. CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *GLU:* glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann. Trad. Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México, D.F.: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 62.

[17] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Normas y acciones en derecho penal.* Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p. 23.

[18] É preciso cautela em tentativas de aproximação do modelo de Gunther Jakobs ao de Luhmann. Eduardo Saad-Diniz afirma que, no pensamento do primeiro, especialmente em seus trabalhos sobre a pena como confirmação da norma negada pelo comportamento delinquente, há muito mais influência da filosofia *hegeliana* a respeito do delito e da punição do que propriamente um aporte com base nas teorias sociológicas de Luhmann. Cada modelo se trataria de uma "universalidade própria", sendo mais apropriado não uma mera comparação entre ambos, mas sim submeter o pensamento de Jakobs a uma observação *luhmanniana* de terceira ordem. Nas palavras do autor, "*Jakobs* trabalha com centro de imputação de responsabilidade, pessoa e reconhecimento interpessoal em trama de solidariedade, na realização do espírito objetivo e eticidade. A base teórico-conceitual dele para a imputação de responsabilidade é filosófica, com recurso à interpretação psicologizante dos fundamentos da filosofia do direito de *Hegel.* A pena é tomada no sentido *hegeliano* da contradição à quebra da norma, cujo sentido é manipulado tecnicamente pelas categorias da dogmática jurídico-penal, tarefa que não cumpre a teoria dos sistemas". Para um maior aprofundamento, cf. SAAD-DINIZ, Eduardo. *Inimigo e pessoa no direito penal.* São Paulo: LiberArs, 2012, p. 67 e ss.

[19] JAKOBS, Günther. La imputación jurídico-penal y las confirmaciones de vigencia de la norma. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trellez e Carlos Gómez-Jara Díez. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.). *Teoría de sistemas y derecho penal:* fundamentos y posibilidades de aplicación. Granada: Comares, 2005, p. 177-178.

direito, mas recebem distintas conexões e, a partir do momento em que o sistema jurídico as internaliza, ganham um significado próprio[20]. E o mesmo em sentido inverso: quando o direito estabelece uma regulamentação de práticas econômicas, atuaria não como um interventor externo, mas sim como observador que cria uma imagem daquilo que observa nas comunicações econômicas, e a partir dela constrói as normas jurídicas respectivas[21], definindo a partir de si próprio os trânsitos entre os extremos *lícito/ilícito*. Este novo paradigma recupera a autonomia relativamente perdida pelo direito mediante a crítica marxista[22] – o que não significa, contudo, que o direito tenha assumido um protagonismo, situando-se ao contrário em uma posição periférica em uma sociedade "estilhaçada policentricamente", com uma pluralidade de sistemas fechados[23].

Por outro lado, se a autorreferencialidade do direito implica que este deve obter sua legitimação reflexivamente, não pode mais esta ser buscada em outras instâncias imanentes. Surge a preocupação com a necessidade de se legitimar um direito agora não mais tido como imutável, mas sim constantemente passível de, mediante seus próprios procedimentos, ser alterado.

Quanto a isso, Jürgen Habermas, para não incorrer na argumentação jusnaturalista que nega validade às normas jurídicas que não estejam conforme a valores tidos como imanentes, afirma que um direito válido apenas no plano da facticidade, mas carente de legitimidade, não seria exatamente classificado como um não-direito; todavia, não lograria ser cumprido, razão pela qual falharia inclusive na dimensão fática em que depositava seu fundamento. A chave de compreensão do tema proposta pelo autor é relacionar a legitimidade com a premência de que o direito seja construído como fruto de um discurso racional inserido em um processo participativo, ou seja, mediante procedimentos racionais capazes de serem justificados

---

[20] LUHMANN, Niklas. The self-reproduction of law and its limits. In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Dilemmas of law in the welfare sate.* Berlim, Nova York: Walter de Gruyter, 1988, p. 113.

[21] TEUBNER, Gunther. *Law as an autopoietic system.* Trad. Anne Bankowska e Ruth Adler. Oxford, Cambridge: Blackwell, 1993, p. 77-78.

[22] Friedrich Engels e Karl Kautsky afirmavam que o direito "apenas reflete as condições econômicas de determinada sociedade", ficando em posição secundária nas pesquisas desenvolvidas por Karl Marx, que privilegiava questões como a legitimidade histórica, as classes sociais e as formas de apropriação. ENGELS, Friedrich; KAUTSKY, Karl. *O socialismo jurídico.* Trad. Lívia Cotrim e Márcio Bilharinho Naves. 2. ed. rev. São Paulo: Boitempo, 2012, p. 34.

[23] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade, v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 70-72.

moralmente[24]. Esta fundamentação jurídica a partir do discurso, no qual todos os envolvidos pelas decisões participam, e a própria formação do discurso racional em si, só seria possível em uma estrutura política democrática, na qual a "esfera pública" política e a sociedade civil[25] não tenham sido pervertidas pelo poder econômico ou político[26].

A teoria dos sistemas, em contraposição, não busca consensos normativos oriundos da formação política da opinião e da vontade em processos racionais nos quais todos os potencialmente afetados participam, o que é tido como de difícil verificação empírica. Luhmann reconhece que mesmo Habermas tinha plena consciência de ser impossível a participação de todos os possivelmente afetados no processo de decisão, tanto que este último formula sua assertiva sobre a norma válida como aquela em que os potencialmente afetados *poderiam* dar seu consentimento como participantes racionais. Entretanto, resta pouco claro como esta decisão é juridificada, tampouco como o conjuntivo (*poderiam*) se torna indicativo *(podem)* – em outras palavras, "como o potencial se torna realidade"[27]. A legitimação do direito, na lógica sistêmico-funcional seria encontrada em outro ponto, procurando construir modos de se generalizar socialmente expectativas em um cenário de déficit de reconhecimento e aceitação destas expectativas. Apresenta-se então o desafio de legitimar as decisões jurídicas em um subsistema permanentemente mutável, sem que isso confronte o seu caráter autorreferencial e sua diferenciação funcional[28].

---

[24] Cf. GARCIA AMADO, Juan Antonio. *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 21-23. Habermas sugere que a argumentação moral seria um processo adequado à formação da vontade, e todo aquele que se envolve em um processo argumentativo pressupõe em princípio que todos os afetados podem participar, como livres e iguais, de uma "busca cooperativa da verdade, na qual a única coerção admitida é a do melhor argumento". Destarte, o direito procedimentalista seria dependente de ser fundamentado moralmente em princípios. Esta necessidade de fundamentação seria justamente uma decorrência do processo de positivação do direito, propondo Habermas como solução que a "legalidade só pode produzir legitimidade [...] na medida em que forem institucionalizados processos de decisão jurídica *permeáveis* a discursos morais HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade, v. 2. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 216.

[25] A expressão *esfera pública* no pensamento *habermasiano* é definida como "uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e *opiniões;* nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a poto de se condensarem em opiniões *públicas* enfeixadas em temas específicos". Já *sociedade civil* é compreendida pelo autor como um conjunto de organizações e associações "livres, não estatais e não econômicas", que absorvem ecos dos problemas sociais que se dão no núcleo privado, transformando-os e inserindo-os em seguida na esfera pública política. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade, v. 2... *op. cit.*, p. 92 e 99.

[26] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia... op. cit.*, p. 106 e ss.

[27]LUHMANN, Niklas. *Quod omnes tangit:* remarks on Jürgen Habermas legal theory. Trad. Mike Robert Horenstein. In: ROSENFIELD, Michel; ARATO, Andrew (ed.). *Habermas on law and democracy:* critical exchanges. Berkeley e Los Angeles: University of California Press, 1986.

[28] VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2009, p. 169.

A partir do momento em que se intensifica a complexidade das relações sociais[29], aumentam em consequência a quantidade e variedade de problemas carentes de solução, o que torna difícil manter os modelos mais antigos de legitimação baseados na ideia de acordos espontâneos hipotéticos. Estas são substituídas por mecanismos mais generalizados de criação e estabilização de símbolos, o que simultaneamente deve ser compatibilizado com a necessidade de que cada decisão isolada seja fundamentada em concreto. Tais transformações afloram a necessidade de outra fonte de legitimação das decisões. Segundo Luhmann, esta não poderia ser buscada em uma moral natural, mas sim calcada no próprio sistema, buscando-se que as decisões sejam tidas como premissas de comportamento sem que se tenha definido de antemão o conteúdo daquelas. Daí o autor primeiramente afirmar que a legitimação ocorre pelo *procedimento* e pela *igualdade de probabilidades de satisfação por meio das decisões;* e, por fim, trabalhar sua noção de legitimidade como "uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância"[30].

Este rechaço de uma fundamentação moral das decisões jurídicas parece se coadunar com o argumento de Marcelo Neves, consistente na ideia segundo a qual o movimento de positivação do direito no pensamento de Luhmann estaria atrelado à "neutralização moral do

---

[29] Para uma melhor compreensão de termos que serão frequentemente empregados daqui adiante – tais como "complexidade", "relações sociais complexas", ou "sociedade complexa" –, é importante frisar desde já que não trazem a ideia de *complicação,* mas sim de *multiplicidade das possibilidades de escolha.* Sobre isso, já especificamente sobre a complexidade decorrente das variadas comunicações da sociedade funcionalmente diferenciada, Celso Fernandes Campilongo: "Produzem e resultam da elevada fragmentação e multiplicação das formas de comunicação. Designa-se essa situação com 'complexidade social elevada'. Uma sociedade complexa convive e estimula elevadas possibilidades de escolha. Nem todas as possibilidades são ativadas. Muitas são rejeitadas, diferidas ou implementadas parcialmente. Outras são implementadas. Os resultados das interações sociais, decisões organizadas e do funcionamento dos sistemas parciais que implementam escolhas nem sempre são aqueles esperados. Antes o contrário: o futuro é contingente. Poderá ser muito diferente daquilo que sonham as melhores intenções. Isso gera tensões. Uns reclamam por não terem sido ouvidos: faltou participação. Outros são vítimas de externalidades negativas: sofrem os efeitos imprevistos e indesejados de decisões que não lhe diziam respeito. Alguns se dão conta de que o processo decisório foi apenas simbólico: mudar para continuar tudo como sempre esteve. Muitos se apercebem de que, mesmo quando funcionam – ou exatamente por isso – os sistemas parciais distribuem riscos (e não benesses), ampliam diferenças antigas (mesmo quando pretendem reduzir desigualdades) e criam diferenças novas (a pretexto de ampliar a cidadania)". CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do direito e movimentos sociais:* hermenêutica do sistema jurídico e da sociedade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012 (recurso digital), p. 6-7. A noção de complexidade será resgatada e mais explorada ainda no item 1.4, infra, tratando de como ela se aplica à configuração social e quais as consequências disso para a interpretação jurídica.

[30] Luhmann nega uma noção de procedimento que o traduza como mero rito nos sistemas atuais de decisão. O procedimento seria um sistema social de tipo especial, cujos participantes atuam seletivamente, eliminando alternativas e reduzindo complexidades, transformando a indeterminação das possibilidades em algo determinável e compreensível, com o objetivo final de gerar decisões vinculativas. É negado o caráter puramente ritualístico ao procedimento porque este não implica uma impulsão adiante por intermédio de "alavancas pré-estabelecidas", mas sim por decisões (comunicações) contingentes – ou seja, que são de uma determinada maneira, mas poderiam ser de outra –, que condicionam as decisões seguintes e levam o procedimento adiante. Cf. LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento.* Trad. Maria Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 30-32 e 39.

sistema jurídico", e teria como pressuposto a não-configuração de uma "moral tradicional de conteúdo hierárquico". Tal premissa, todavia, não está ausente nos trabalhos de Habermas, o qual também reconhece a pluralidade valorativa. Postula este último, contudo, a racionalidade ético-procedimental como meio para a realização de um consenso a ser construído na esfera pública[31]. A interpretação *luhmanniana* caminha em outro sentido: nega que os procedimentos do Estado de direito sirvam à formação de um consenso jurídico-político no que diz respeito aos variados – e por vezes contrapostos – interesses. Ao contrário, o consenso possível, capaz de proporcionar uma convivência em um ambiente de dissenso político, seria sim em relação *aos procedimentos*[32], sendo estes não só uma imposição jurídica oriunda do mandamento de legalidade, mas também uma exigência ética característica das sociedades modernas[33]. Este sobrelevo da autopoiese leva à conclusão de que funcionalmente careceria de sentido buscar um *fundamento* constituidor desta crença na legalidade[34].

A crítica de Habermas a estra construção evidencia as diferenças entre os modelos. Pontua ele que a crença na legalidade a partir da crença na legitimidade pelo procedimento assegura tão somente que as autoridades competentes sejam as responsáveis pelo direito vigente; por outro lado, nada garantem acerca do acatamento a largo prazo deste direito, especialmente se o poder constituído não consegue se legitimar com independência de seu ajustamento às formas legalmente postas[35]. É afirmado por ele ainda que na teoria dos sistemas inexiste um "*input* que o sistema jurídico receba na forma de legitimações". Isso

---

[31] Cf. nota 25.

[32] "A legitimidade da legalidade, portanto, não caracteriza o reconhecimento do caráter verdadeiro de pretensões vigentes, mas sim processos coordenados de aprendizado, no sentido de que os afetados pela decisão aprendem a esperar conforme as decisões normativamente vinculativas, porque aqueles que decidem, por seu lado, também podem aprender. Essa concepção do problema esclarece algumas questões. Principalmente a de que democracia e legitimação são fenômenos reciprocamente referenciados". LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II.* Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 63.

[33] NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o estado de direito. *Lua Nova,* São Paulo, n. 37, 1996, p. 96-98.

[34] Tercio Sampaio Ferraz Jr. classifica a tese de Luhmann como *decisionista,* o que levaria o direito a se tornar uma forma *dissimuladora* de comunicação, a partir do momento em que ele passaria a falsa impressão de que pode ser questionado, sem que efetivamente seja existam condições para tanto – afinal, inexistiria um fundamento para o fenômeno jurídico, legitimado tão somente pelos procedimentos adequados. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica:* ensaio de pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 174.

[35] HABERMAS, Jürgen. *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío.* Trad. José Luis Etcheverry. Madrid: Cátedra, 1999, p. 169. Esta crítica de Habermas parece estar atrelada ao seu desenvolvimento da tese de que um direito desprovido de validade jurídica careceria de eficácia em sua observância fática. Entretanto, como assevera Juan Antonio García Amado, parece se tratar de uma "questão que a história desmente a cada passo". GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann… op. cit.,* p. 22.

porque o processo político e a esfera pública seriam mundos circundantes, cujas linguagens – segundo a releitura *habermasiana* – não seriam compreendidas pelo direito[36].

Parece, entretanto, haver uma via alternativa de compreensão do pensamento funcional-sistêmico. A intepretação sociológica *luhmanniana* não avalia como finalidade de um procedimento legislativo ou judicial a obtenção de uma verdade ou justiça. No centro de seu conceito de legitimidade não se encontra a correção material da decisão, mas a busca de mecanismos que proporcionem uma possível disposição generalizada à aceitação de decisões de conteúdo ainda indeterminado, dentro de uma moldura de tolerância. O termo *aceitação* seria compreendido como adoção da decisão pelo afetado como premissa de conduta e formadora de expectativas em um processo de aprendizagem socialmente institucionalizado. E, neste caso, seria fundamentalmente diferente da noção de *convencimento* acerca da correção dos valores, dos princípios de justificação ou dos teores da decisão. Contudo, este campo – que definiria os "limites de tolerância", bem como as fronteiras entre a legitimidade e a mera legalidade processual – não integra o núcleo desta teoria[37].

No prefácio da edição posterior à primeira de seu *Legitimação pelo procedimento,* Luhmann refuta a possibilidade de alguém se colocar na condição de legitimar situações extremas de injustiça formalmente procedimentalizadas, dando como exemplo a experiência dos campos de concentração. A discussão acerca do *teor* das decisões é algo que possuiria um código próprio de verificação, não se negando em absoluto a referência a conceitos jurídicos ou mesmo valores na averiguação da adequação do conteúdo. Não obstante, o autor ressalva a *impossibilidade* de estabelecimento empírico de um consenso social acerca dos teores relevantes de uma decisão, algo tido como impossível em uma sociedade complexa e funcionalmente diferenciada. Daí, segundo ele, as noções tradicionais de legitimidade recorrerem a "mistificações" como "consciência interior coletiva"[38].

A crítica *habermasiana* parece merecer uma contraposição ainda sobre outros aspectos, especialmente naqueles em que considera haver nas proposições da teoria dos sistemas um isolamento exacerbado do direito em relação ao seu entorno. Dois pontos merecem destaque. Primeiramente, a autopoiese afeta a operação levada a cabo pelo direito,

---

[36] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade, v. 1... *op. cit.*, p. 77.

[37] GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann.* Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1993, p. 260-265.

[38] LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento... op. cit.*, p. 10.

mas não a possibilidade de este observar seu entorno e acolher suas percepções mediante reelaboração de sentido. A clausura operativa não prejudica a abertura do sistema, mas antes a possibilita[39]: a distinção sistema/entorno é a forma que proporciona que tanto um quanto o outro se referenciem de maneira recíproca, em processos de autorreferência e heterorreferência[40]. Daí a existência de prestações recíprocas entre os sistemas, pelas quais estes se relacionam sem perder sua autonomia – por exemplo, a economia oferece suporte de financiamento às pesquisas da ciência, mas em um ambiente de clausura operativa não pode comprar os resultados científicos[41].

Em segundo lugar, também é imprescindível que a clausura operativa dos sistemas sociais seja analisada a partir de uma noção teórica chave: os *acoplamentos estruturais* – trabalhados pelo próprio autor como um "conceito gêmeo" em relação ao fechamento operacional –, que consistem na forma específica pela qual o sistema pressupõe alterações e situações de seu entorno e nelas confia para realizar suas operações, possibilitando assim um influxo contínuo de desordem em face da qual o sistema decide se mantém ou muda sua estrutura[42]. O acoplamento estrutural é uma adaptação permanente de distintos sistemas que permite que entre si haja irritações recíprocas e mútuas dependências. Apenas por meio dela é possível que um sistema desempenhe sua função operativamente fechado – e isso mediante um processo de exclusão e inclusão em que se selecionam as comunicações (irritações) relevantes[43].

A partir disso se estabelecem as bases para uma reinterpretação da teoria dos sistemas, que pretende reformular a visão tradicional desta como propositora de um "modelo de desfundamentação" do direito, decorrente de seu processo de positivação e fechamento

---

[39] PRIETO NAVARRO, Evaristo. Teoría de sistemas, funciones del derecho y control social. Perspectivas e imposibilidades para la dogmática penal. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 23, 2000, p. 270-271.

[40] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad... op. cit.*, p. 132.

[41] RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann. In: LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad.* Trad. Javier Torres Nafarrete. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005, p. 49-51.

[42] LUHMANN, Niklas. Operational closure and structural coupling… *op. cit.*, p. 1432-1433. Por isso inclusive um acoplamento estrutural pode "tão somente fecundar, mas não determinar os estados internos do sistema", garantindo assim a autopoiese e o fechamento operativo. Tais acoplamentos operam, destarte, seletivamente, mais excluindo as modalidades de comunicações que remeterá ao sistema do que exatamente incluindo – o que é comparável aos sentidos humanos: por meio do sentido visão, os olhos remetem ao cérebro estímulos de uma estirpe muito específica, diferentes de vários outros estímulos que poderiam se dar a partir de estruturas diferentes. Esta seletividade tem como consequência o aumento da capacidade do sistema de se concentrar e aumentar sua sensibilidade para determinadas formas de comunicação social. Cf. TORRES NAFARRATE, Javier. *Luhmann:* la política como sistema. México, DF: Fondo de Cultura Económica, Universidad Iberoamericana, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 357-359.

[43] RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann… *op. cit.*, p. 49-51.

operativo. Segundo Marcelo Neves, o movimento de positivação do direito culmina na configuração da Constituição como a responsável pelo fechamento do sistema jurídico, de modo que o constitucionalismo apontaria ainda a uma "pretensão de autofundamentação constitucional do direito" – o que reforçaria a característica autopoiética do sistema[44]. O próprio Luhmann em um de seus escritos atribui à Constituição uma posição revolucionária na compreensão da positividade jurídica, qualificando-a como uma estrutura fundante de todo o direito, forma pela qual o sistema jurídico autonomamente reage sobre si mesmo. A Constituição substitui o papel antes desempenhado pelo direito natural – nas suas mais variadas vertentes –, fechando o sistema jurídico mediante reingressos – por meio de, por exemplo, regras de colisão em que se define a primazia das normas constitucionais e das provisões características de um controle de constitucionalidade. Serve ela como um corte ao regresso infinito na indagação acerca da justificação do direito. Daí a instituição de uma assimetria na relação entre duas modalidades normativas: a constitucional e as restantes[45].

A autofundamentação constitucional do direito leva o sistema a uma composição com base em "hierarquias entrelaçadas" (*"tangled hierarchies"*) e "estranhas voltas" (*"strange loops"*), termos oriundos dos estudos em ciências cognitivas desenvolvidos por Douglas Hofstadter, e que fazem referência especialmente ao fenômeno pelo qual um nível mais

---

[44] NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules:* princípios e regras constitucionais. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 116-117. As implicações deste pensamento, especialmente no que se refere à repercussão sobre a forma de serem compreendidos as regras e princípios constitucionais, serão melhor exploradas no item seguinte, a partir da análise mais pormenorizada da relação entre Constituição e direito penal.

[45] Aqui é necessário um esclarecimento. Luhmann afirma que a Constituição é central na passagem do direito natural à positivação, sendo ponto chave para a clausura sistêmica do direito. Isso não parece, por si só, porém, garantir ao sistema jurídico como um todo o caráter de "válido", ao menos da maneira como o autor compreende o termo. São por ele refutadas teorizações como a "norma fundamental" hipotética de Hans Kelsen – classificada como "construção inútil" – enquanto elemento principiador de todo o sistema jurídico. Cf. LUHMANN, Niklas. Verfassung als evolutionäre Errungenschaft. In: *Rechtshistorisches Journal*, 9, Frankfurt am Main: Löwenklau, p. 186-188. Luhmann afasta modelos de um "metanível no qual as regras regulam as regras", entrando nesta classificação não só a norma fundamental *kelseniana* como também as "regras de reconhecimento" de H. L. Hart. Prefere compreender a validez não como algo consistente em uma *norma*, mas sim em uma *forma* que comprova a unidade do sistema jurídico, a aceitação geral da comunicação. Isto seria possível não por um conteúdo normativo, mas estaria presente sim na *simultaneidade:* a suposição de que outras operações *fáticas* do sistema jurídico *e também de seu entorno* social e psíquico confirmarão o símbolo da validez do direito. Prescinde o autor expressamente, todavia, de vincular o conceito de validez a qualquer juízo de valor acerca da qualidade do conteúdo da lei ou outra decisão jurídica. Cf. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad... op. cit.*, p. 154-166. De modo didático e sistematizado sobre o tema, MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio. La validez en la teoría de Luhmann. In: RAMOS PASCUA, José Antonio; RODILLA GONZÁLEZ, Miguel Ángel (ed.). *El positivismo jurídico a examen:* estudis en homenaje a José Delgado Pinto. Salamanca: Aquilafuente, Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, p. 689-712. Sobre a norma fundamental *kelseniana* e as regras de reconhecimento *hartiana*, cf., respectivamente, KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 135 e ss; e HART, L. A. *O conceito de direito.* Trad. A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 111 e ss.

superior *"volta para dentro de"* (*"loops into"*) um inferior[46]. Luhmann[47] e principalmente Gunther Teubner[48] adaptam e reformulam estes conceitos para aplicá-los à teoria dos sistemas na análise sociológica do sistema jurídico, buscando a partir deles trabalhar a impossibilidade de uma incessante busca por metanormas fundamentadoras, reconhecendo o paradoxo da autorreferência do direito e tentando fazer deste paradoxo não um entrave, mas sim uma força criativa[49], em vez de insistir em resolvê-lo com recurso a argumentos abstratos como uma norma fundamental.

No direito constitucional, especificamente, a ideia de *hierarquia entrelaçada* implica um deslocamento para fora do paradigma da linearidade hierárquica, afirmando em contrapartida que a validade das normas constitucionais não é autossuficiente, mas sim *dependente* tanto da atividade legislativa como da aplicação concreta pelo juiz[50]. Por mais que um comando seja válido porque faz remissão a uma norma constitucional superior na hierarquia jurídica (entrelaçada), esta estrutura superior se valida quando a ela é feita uma remissão pela norma inferior[51]. Dito de modo mais simplificado: a Constituição é um

---

[46] HOFSTADTER, Douglas. *Gössel, Escher, Bach:* an eternal golden braid. A metaphorical fuge on minds and machines in the spirit of Lewis Carroll. Sussex: Hassocks, 1979, p. 681. Em outra passagem, Hofstadter define seu conceito da seguinte maneira: "[...] quando eu digo *'strange loop',* eu tenho algo a mais em mente – uma noção menos concreta, mais esquiva. O que eu quero dizer com *strange loop* é – aqui vai a primeira tentativa, de qualquer maneira – não um circuito físico, mas um *loop* abstrato no qual, nas séries de estágios que constituem o *cycling-around*, há uma mudança de um nível de abstração (ou estrutura) a outro, o que dá a sensação de movimentos para cima em uma hierarquia, e ainda assim de algum modo as sucessivas mudanças "para cima" produzem o surgimento de um ciclo fechado. [...] Em síntese, um *strange loop* é um *loop* paradoxal entre-níveis (*paradoxical level-crossing feedback loop*)." HOFSTADTER, Douglas. *I am a strange loop.* New York: Basic Books, 2007, p. 101-102.

[47] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad... op. cit.*, p. 248.

[48] TEUBNER, Gunther. *Law as an autopoietic system… op. cit.*, p. 3.

[49] PEREZ, Oren. Law as a strange loop. In: CALLIESS, Gralf-Peter; FISCHER-LESCANO, Andreas; WIELSCH, Dan. *Soziologische Jurisprudenz:* festschrift für Günther Teubner zum 65. Geburtstag. Berlin: De Gruyter Recht, 2009, p. 125-126.

[50] NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica.* São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 66-67.

[51] GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria constitucional dos princípios jurídicos como teoria fundamental do direito e garantismo penal. *Revista Mestrado em Direito,* Osasco, ano 6, n. 1, 2006, p. 137, nota 3. Este autor, todavia, coloca a construção da teoria dos sistemas a partir dos conceitos de Hofstadter como um reforço do proposto por Kelsen no que se refere ao fato de o direito reproduzir a si próprio. Parece, contudo, que isso há de ser trabalhado com alguma cautela: a noção de *hierarquias entrelaçadas* aplicada à análise do direito propõe justamente uma ampla releitura, embora não exatamente de uma brusca ruptura, da teoria escalonada do ordenamento jurídico. Em sentido similar, embora abordando aspectos referentes ao pluralismo, afirma Marcelo Neves: "o pluralismo institucional nega a supra-infra-ordenação entre ordem jurídica do Estado e ordens não estatais, e sustenta a tese de que se trata de ordenamentos coordenados. Haveria esferas de juridicidade diferenciadas por suas temáticas e destinatários, não somente no que se refere à relação entre ordem internacional e ordem 'nacional', mas também na relação entre ordenamentos extraestatais que atuam no âmbito interno do Estado. Contra a conexão *formal* internormativa fundadora do monismo, as ordens plurais se distinguiriam, por último, em seus âmbitos específicos de vigência, concomitantes no mesmo espaço. Respondia-se, assim, ao unilateral da unidade formal dos pontos de partida com o unilateral da pluralidade material das

"fundamento de validade" para as demais estruturas, mas os *sentidos normativos* dos preceitos constitucionais dependem das comunicações jurídicas oriundas da política – a legislação, que trabalha com o material constitucional à sua disposição – e também dos processos de interpretação-aplicação do direito nos processos de concretização por meio de decisões judiciais[52].

A Constituição funciona como acoplamento estrutural entre direito e política, limitando as zonas de contato entre os dois âmbitos – excluindo, por exemplo, que haja uma comunicação política com o direito por meio da corrupção ou do terror –, mas também proporcionando um "imenso incremento" de uma recíproca irritabilidade entre ambos. Mediante isso, são aumentadas as condições de o direito registrar juridicamente as comunicações políticas; correndo-se, por outro lado, o constante risco de a política se valer do direito para a consecução de seus objetivos[53]. De todo modo, a Constituição logra encontrar soluções políticas para a autorreferência do sistema jurídico, e também soluções jurídicas para a autorreferência da política. E é justamente a clausura operativa destes sistemas que faz com que ela tenha a possibilidade de desempenhar dois sentidos diversos: para a *política*, é um instrumento para a consecução de determinados objetivos; para o *sistema jurídico*, é uma lei fundamental que sedimenta o direito positivo, determinando ainda como pode se organizar o poder político e como este deve ser exercido juridicamente, traduzindo-se ainda em uma forma de o direito declarar-se improcedente a partir de si próprio (constitucional/inconstitucional)[54].

Tal conceito, embora relacione intimamente política e direito, afasta-se do desenvolvimento realizado por linhas de pensamento como a de Ferdinand Lassalle, que define a Constituição como mera "folha de papel" que traduz "os somatórios dos fatores reais de poder que vigoram" em um determinado país – juridificando-os –, o que faria com que os problemas constitucionais não se ativessem primordialmente a questões *de direito*, mas sim

---

relações intersubjetivas, desconhecendo que unidade formal e pluralidade material não se excluem". NEVES, Marcelo. Del pluralismo jurídico a la miscelânea social: el problema de la falta de identidad de la(s) esfera(s) de juridicidad en la modernidad periférica y sus implicaciones en América Latina. *Série J. Enseñanza del derecho y material didáctico – Instituto de Investigaciones Jurídicas.* UNAM, México, 1995, n. 1, p. 160.

[52] NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules... op. cit.,* p. 117.

[53] Assunto que será trabalhado com mais profundidade no item 1.3, infra.

[54] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad... op. cit.,* p. 540-548.

de poder[55]. Tampouco esta afirmação do viés político da Constituição em Luhmann, alinhada ao conjunto de sua obra, significa uma aproximação com o decisionismo nos moldes das proposições de Carl Schmitt[56], vez que os universos teóricos de cada um também são fundamentalmente diferentes. Neste último, a Constituição – e o direito como um todo – é subordinado ao fenômeno político: teria como essência e seria decorrente de uma decisão *política*, e a esta estaria submissa não só no momento de sua formação, mas também nos conflitos constitucionais posteriores[57].

Na linha *luhmanniana*, ao contrário, a política não se encontra acima do direito, nem suas decisões ocorrem com independência do sistema jurídico. Em sociedades funcionalmente diferenciadas o poder político não pode ser exercido verticalmente como prerrogativa de soberania, devendo sim ser transposto por um *meio* – o direito –, o qual cria maiores oportunidades de concordância (*compliance*) na sociedade, consequentemente reduzindo, com este incremento potencial da aceitabilidade, as possibilidades de se oporem resistências ao exercício do poder. O direito é uma exigência para a disseminação social do poder moderno, que não pode ser transmitido senão nas formas do Estado de Direito (*Rechstaat*)[58]. Afirma-se

---

[55] LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2004, p. 48 e 71.

[56] Habermas afirma expressamente que a legitimação procedimentalista de Luhmann torna sua teoria *decisionista*, próxima dos postulados de Carl Schmitt. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Problemas de legitimación… op. cit.,* p. 166.

[57] "Uma Constituição não se apoia em uma norma cuja justiça seja fundamento de sua validade. Apoia-se em uma decisão política surgida de um *Ser* político, acerca do modo e forma do próprio Ser. A palavra "vontade" denuncia – em contraste com toda dependência a respeito de uma justiça normativa ou abstrata – o essencialmente *existencial* deste fundamento de validade. O poder constituinte é vontade política: Ser político concreto. [...] Uma *lei* constitucional é, pelo seu conteúdo, a normatização que leva à prática a vontade constituinte. Encontra-se por completo sob o pressuposto (*supuesto*) e sobre a base da decisão política de conjunto contida nesta vontade. [...] A decisão política implicada na Constituição não pode ir contra seu sujeito, nem destruir sua existência política. Ao lado e acima da Constituição, segue subsistindo esta vontade. Todo autêntico conflito constitucional que afete as próprias bases da decisão política de conjunto, pode ser decidido, tão somente, mediante a vontade do próprio Poder constituinte". SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución.* Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 94-95. Em outro escrito, Carl Schmitt divide o pensamento da ciência jurídica em três tipos essenciais, sendo que cada um teria a sua razão: (i) o *normativista*, mais relacionado à norma e sua validade, autoproclamando-se "impessoal e objetivo", em contraposição a um personalismo por parte do decisionismo; (ii) o modelo *decisionista*, vinculado às proposições de que o valor jurídico se encontra antes de tudo em um "ato de vontade", manifestação de força que cria direito, e que não necessariamente se fundamenta em uma norma; e o (iii) positivismo jurídico do século XX enquanto junção de decisionismo e normativismo: o positivista fundamenta sua concepção do direito em um ato de vontade (do legislador ou da lei, ou mesmo decorrente de outras decisões jurídicas deste ato decorrentes), para logo em seguida, buscando limitar esta mesma vontade, lançar mão da ideia de uma norma "objetiva" que confere segurança jurídica inclusive em face dos órgãos de produção normativa. SCHMITT, Carl. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica.* Trad. Montserrat Herrero. Madrid: Editorial Tecnos, 1996, p. 9-44. Isso apontaria para um sincretismo entre normativismo e decisionismo, culminando no preenchimento político do campo normativo. SAAD-DINIZ, Eduardo. *Inimigo e pessoa no direito penal… op. cit.,* p. 131.

[58] THORNHILL, Chris. Niklas Luhmann, Carl Schmitt and the modern form of the political. *European Journal of Social Theory,* 10, n. 4, 2007, p. 505.

que a política sequer existiria da maneira como hoje é conhecida se não houvesse sua diferenciação em relação a um direito válido passível de ser modificado por meio de *impulsos políticos*. Dito de outro modo: decide-se *politicamente* acerca de qual direito deve ser seguido – por meio de um árduo processo politizado de negociações, mediação de interesses, operações no código governo/oposição, diálogos com a opinião pública –; entretanto, a partir do momento em que se positiva uma legislação, o direito atua conforme seus próprios programas na definição daquilo que é conforme ou contrário a si. Entre os sistemas jurídico e político há uma relação não de subjugo, mas sim "parasitária": um possibilita o desenvolvimento do outro, mantendo ambos, todavia, um grau aceitável de autonomia[59].

Resta ao direito superar a "armadilha epistêmica" da autopoiese, sendo obrigado portanto a traduzir na forma de discurso jurídico realidades próprias de outros sistemas sociais parciais, cada qual com uma *epistème* específica, adaptando-se desta forma à existência de muitas verdades – jurídica, científica, política. Daí a necessidade de serem buscadas vias de escape por meio da importação ao direito de elementos de outras áreas do conhecimento. Mas na condição de coadjuvantes, sem que isso prejudique a autorreferência e clausura operativa do sistema jurídico. Uma destas vias seria a utilização da "ponderação de interesses" – uma das etapas aplicativas do critério da proporcionalidade – como meio de superação de um razoamento jurídico formalista, o que traria para o cerne do raciocínio jurídico, se não a incorporação de um conhecimento sociológico, ao menos uma experimentação institucional que busca ponderar interesses sociais em conflito ou objetivos legislativos. E isso com o objetivo de, a partir desta interface, decidir aquilo que é conforme ou não-conforme ao direito[60].

Há, portanto, segundo o pensamento de Chris Thornhill, dois argumentos funcionais principais em torno da Constituição neste contexto teórico. Primeiramente, ela contribui para tornar o poder político mais plausível e socialmente aceitável, uma vez que este sensibiliza a si próprio; além disso, incrementa a manutenção da diferenciação funcional da sociedade, evitando excessos da política ou da própria sociedade sobre determinados subsistemas – daí os direitos constitucionais serem encarados como elementos de contraposição ao ímpeto desdiferenciador de determinadas forças sociais. Em segundo lugar, a Constituição como

---

[59] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad... op. cit.,* p. 487-505.

[60] TEUBNER, Gunther. El derecho como sistema autopoiético. Trad. Carlos Gómez-Jara Díez. In: TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global.* Trad. Manuel Cancio Melía e Carlos Gómez-Jara Díez (ed.). Lima: ARA Editores, 2005, p. 46-57.

acoplamento estrutural permite ao sistema político traduzir as demandas sociais em forma de comunicação jurídica, exercendo um filtro (inclusão/exclusão) sobre os intercâmbios político-sociais e bloqueando excessos de "politização". Destarte, os documentos constitucionais, bem como os direitos neles contidos, servem à criação de condições operativas do uso do poder político, buscando que este seja exercido de um modo a não prejudicar o caráter pluralista das sociedades modernas funcionalmente diferenciadas. Por isso o poder deve "permanecer sensível a normas constitucionais baseadas em direitos", sendo estes decorrentes das relações sociais – e não oriundos de uma justificação transcendente –, bem como condições impostas para que o poder político seja racionalmente transmitido e sobreviva[61].

Mas as Constituições, ao menos em seus formatos mais modernos, não se traduzem em mera "lei fundamental do Estado", abarcando também uma multiplicidade de setores da sociedade, como, por exemplo, a normatização constitucional das relações familiares[62]. Trabalhar a questão como uma relação constitucional vertical única *indivíduo-Estado* acaba sendo superado também em virtude de um fenômeno mais amplo: a extensão do âmbito de incidência dos direitos fundamentais às relações *horizontais* entre particulares, das quais o Estado não participa diretamente[63]. Ampliação esta de fundamental importância para trabalhar com assimetrias sociais graves, onde a violação a direitos individuais e sociais podem provir não somente do Estado, mas sim de diversos agentes privados – do âmbito familiar ao corporativo[64].

---

[61] "[...] *as constituições, as normas constitucionais e os direitos constitucionais são a forma mais provável do poder político de uma sociedade moderna.* As constituições, as normas constitucionais e os direitos constitucionais não são impostos ao poder por nenhum ambiente externo integrativo ou algum ordem externo de postulados. [...] são somente *normas sociais* e *direitos sociais,* e não possuem fonte alguma exceto os próprios intercâmbiso sistêmicos internos da sociedade". THORNHILL, Chris. Niklas Luhmann y la sociologia de la Constitución. Trad. Hugo Cadenas. In: CADENAS, Hugo; MASCAREÑO, Aldo; URQUIZA, Anahí (ed.). *Niklas Luhmann y el legado universalista de su teoría: aportes para el análisis de la complejidad social contemporánea.* Santiago: RIL Editores, 2012, p. 139-143.

[62] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 4. ed. Coimbra: Almedina, p. 1374.

[63] SILVA, Virgílo Afonso da. Direitos fundamentais e relações entre particulares. *Revista Direito GV,* v. 1, n. 1., maio 2005, p. 174. Tratando o assunto com maior profundidade, do mesmo autor, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. Na literatura jurídica alemã, pioneira nos debates sobre a problemática, cf., dentre outros, CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado.* Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paula Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009; BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Stato, costituzione, democrazia:* studi di teoria dela costituzione e di diritto costituzionale. Trad. Michele Nicoletti e Omar Brino. Milão: Giuffre, 2006, p. 214 e ss.

[64] SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 185.

Significa que entender a Constituição como um acoplamento entre o jurídico e o político implica mais do que somente a sensibilização do poder por meio dos direitos constitucionais com vistas à proteção do indivíduo em face do Estado. Implica também que ambos os subsistemas, em suas respectivas e específicas comunicações, devem trabalhar com o surgimento e intensificação de demandas sociais que pleiteiam a tutela de direitos individuais e coletivos contra iniciativas agressivas dos mais variados atores – não só públicos, mas também *privados*. É diante desta realidade que o sistema político absorve as comunicações sociais, processando então as operações que lhe são próprias com o objetivo de tentar respaldar por meio de algo que posteriormente se traduzirá em uma comunicação jurídica. Esta realidade não abarca apenas o âmbito legislativo, senão que também influencia a maneira pela qual os tribunais interpretam as controvérsias jurídico-penais envolvendo direitos fundamentais.

1.2. Vínculos possíveis entre constituição e direito penal: propostas para uma releitura

O movimento de positivação e autofundamentação constitucional do direito traz consigo uma série de implicações para o plano da dinâmica jurídica, entendida nos termos da tradição *kelseniana* como aquilo que diz respeito às formas de produção normativa[65]. É neste âmbito que a Constituição é decisiva para que o binômio legal/ilegal passe a ser diferenciado do *constitucional/inconstitucional* no momento da definição do que é conforme ou contrário ao direito – de modo que todas as normas jurídicas podem se mostrar contrárias às normas constitucionais[66], reforçando com isso a distinção entre lei e constituição.

Tal questão costuma ser trabalhada sob o ponto de vista de uma hierarquia normativa linear entre distintos escalões de um ordenamento jurídico determinado. Nesta linha, a ordem jurídica não é um sistema de normas coordenadas em uma horizontalidade nivelada, mas sim uma construção hierárquica por meio da qual a criação de uma norma inferior só é possível em virtude da existência de uma superior que a determina. E nesta estrutura hierárquica da ordem jurídica estatal, a Constituição – abaixo apenas da norma fundamental pressuposta[67] – viria a ser o ponto mais alto dentro de um Direito nacional[68]. Nesta teoria escalonada, há entre as normas inferiores em face das superiores uma relação de *dependência* unilateral, em uma imagem de supra e infra ordenação[69]. Este fenômeno ocorreria tanto mediante a determinação por uma norma superior do *procedimento* a ser observado para a criação de uma inferior, como também possivelmente por meio de uma determinação de *conteúdo* que a norma superior impõe diante da inferior[70].

De fato, ao cerrar o sistema jurídico em si, a Constituição estabelece uma hierarquia intrassistêmica entre as fontes do direito, diferenciando-se a si mesma das outras estruturas normativas, além de oferecer critérios no mínimo relevantes para que o direito possa se autodescrever – por exemplo, quando os preceitos constitucionais fornecem determinados

---

[65] Kelsen define como teoria jurídica dinâmica aquela que se concentra sobre os "atos de produção, aplicação ou observância determinados por normas jurídicas", tendo como objeto "o processo jurídico em que o direito é produzido e aplicado, o Direito no seu movimento". KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito... op. cit.,* p. 50.

[66] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad... op. cit.,* p. 545.

[67] Cf. nota 46 deste capítulo.

[68] KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado.* Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 181-182.

[69] BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 50.

[70] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito... op. cit.,* p. 155.

valores aos quais o direito deve servir. Inclusive é comum a um sistema autopoiético criar diferentes níveis de contraste, sendo atribuído a um deles a característica de inviolável, e ao qual o sistema pode fazer referência quando quiser descrever sua autopoiese ou quando necessitar operacionalizar suas necessidades[71]. Entretanto, como já abordado, não se trata de uma hierarquia linear, que isola um plano normativo em relação ao outro, mas sim de uma relação mais complexa na dinâmica jurídica. Aqui são resgatados os conceitos de *hierarquias entrelaçadas* ("tangled hierarchies") e *estranhas voltas* ("strange loops"), que denotam a não-linearidade desta relação hierárquica, mas sim de circularidade, envolvendo a supremacia da constituição e o constante processo de concretização constitucional por parte das decisões jurídicas oriundas dos órgãos legislativos e jurisdicionais[72].

Partindo do conceito desenvolvido por Herbert Krüger de um "princípio da não-identificação" do Estado[73], Alexander Hollerbach trabalha a ideia de uma "não-identificação" também no plano da Constituição. Sendo a configuração de uma sociedade plural marcada por uma multiplicidade de interesses e forças econômicas – em que se deve assegurar normativamente que estes interesses repercutam de modo livre e aberto na definição de processos socialmente cruciais –, na qual deve haver uma mediação formal entre grupos e associações com governo e cidadãos, não pode a Constituição estar identificada e comprometida com "concepções totais" de mundo, sejam estas ideológicas, religiosas, econômicas ou filosóficas. A "não-identificação" constitucional não se dirige apenas contra a instrumentalização da Constituição para a persecução de "ideologias totais", mas também contra manifestações específicas de determinados mecanismos característicos destas doutrinas totalizantes[74] – como, por exemplo, a confusão da vontade individual com a coletiva; da

---

[71] LUHMANN, Niklas. Verfassung als evolutionäre Errungenschaft... *op. cit.*, p. 190-191.

[72] Cf. infra, item 1.1.

[73] Herbert Krüger afirma que uma das características do Estado moderno é a sua não identificação absoluta com doutrinas de natureza política, religiosa, ideológica ou econômica, tampouco sua confusão com determinados grupos sociais ou classes. Cf. KRÜGER, Herbert. *Allgemeine staatslehre.* Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz: W. Kohlhammer Verlag, 1966, p. 178 e ss. Desenvolvendo o conceito, Ernst-Wolfgang Böckenförde trabalha a não-identificação (neutralidade) não apenas como o fato de o Estado não confundir sua substancialidade com nenhuma particularidade ou conteúdo específico, mas também relacionando-a enquanto *garantia* de que a particularidade poderá se desenvolver enquanto tal em um ambiente de liberdade. Afirma o autor que o Estado, ao progressivamente desmantelar as identificações em si existentes, abre caminho para a liberdade individual e faz de si mesmo "a casa comum de todos seus súditos e cidadãos". BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Stato, costituzione, democrazia... op. cit.*, p. 295-296.

[74] "Doutrinas totalizantes" ou "totalizadoras" não são conceitos aqui utilizados como remetentes a ideologias tradicionalmente tidas como política e juridicamente autoritárias. No sentido do texto, buscam ressaltar o caráter de determinadas interpretações jurídicas que acabam por sufocar todas as demais perspectivas possíveis acerca do conteúdo constitucional e penal, como se fossem as únicas corretas e passíveis de serem depreendidas do conjunto normativo; o qual, ademais, com elas estaria comprometido. A rejeição de tal modelo repercute

coletiva com a partidária; da partidária com a legalidade; ou desta com a ideia de uma verdade oficial impositiva[75]. Daí a exigência de garantir a imparcialidade dos juízos jurídicos não por meio de uma indagação acerca daquilo que o maior número de pessoas poderia desejar, mas sim mediante a consideração de todos os aspectos e interesses envolvidos em uma situação determinada[76].

Um ordenamento jurídico-constitucional comprometido com uma mundividência totalizadora seria subcomplexo e inadequado em relação às nuances da sociedade moderna, o que acabaria por bloquear o sistema jurídico, incapacitando-o na sua tarefa de reduzir complexidades para estabilizar expectativas normativas. Uma Constituição "identificada", dominada por "representações morais com validade social globalizante", só seria plausível em uma sociedade pré-moderna; todavia, em configurações sociais hipercomplexas – caracterizadas pela diferenciação funcional e a pluralidade de expectativas normativas –, causaria disfuncionalidades e apenas serviria como mecanismo excludente de concepções de mundo que deveriam igualmente ser ao menos consideradas no processo de criação e aplicação do direito[77].

Tais marcos teóricos implicam profundas alterações no modo de se entender a Constituição e, consequentemente, a relação desta última com o direito penal, permitindo uma releitura – sem que isso signifique um rompimento – dos vínculos tradicionalmente estabelecidos pela doutrina entre as duas esferas. Massimo Donini trabalha a questão separando dois momentos científicos distintos em que a ciência do direito penal no século XX buscou relacionar as duas searas jurídicas: um primeiro que entende este vínculo como mero *limite* do constitucional frente ao penal; e um segundo em que a Constituição passa a ser compreendida como *fundamento* que fornece um programa apriorístico de forma e conteúdo

---

diretamente na forma de se entender o problema da proporcionalidade, e como esta pode operar na mediação das tensões interpretativas características do processo de concretização judicial do direito constitucional e penal.

[75] Seguindo esta linha de raciocínio, a Constituição não é uma ferramenta manipulável, passível de ser colocada a partir de uma força externa a serviço de um projeto político, ideológico, econômico ou religioso. HOLLERBACH, Alexander. Ideologie und verfassung. In: MAIHOFER, Werner (org.). *Ideologie und Recht.* Frankfurt a. M.: Klostermann, 1969, p. 52-55.

[76] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade, v. 1... *op. cit.,* p. 246.

[77] NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica... op. cit.,* p. 68-69.

ao direito penal. Este segundo momento possuiria distintas vertentes conforme o grau de rigidez da construção[78].

O primeiro momento, de mais simples percepção, traduz o postulado da impossibilidade jurídica de o direito penal, mediante legislação ordinária e posterior aplicação judicial, ser produzido mediante procedimentos inadequados ou ser provido de conteúdos contrários aos preceitos constitucionais que lhe estão acima na estrutura normativa (Constituição como limite)[79]. Tal ideia não é falsa, mas especialmente esta segunda assertiva desperta atenção para a diferenciação teórica aqui proposta, por parecer sugerir a relegação do legislador infraconstitucional ou do juiz a papéis secundários, o que não necessariamente faz justiça à sua relevância. Realmente existe uma hierarquia entre o direito constitucional e o restante – diferenciação por meio da qual o direito declara a si mesmo improcedente sem precisar recorrer a instâncias exteriores –, mas a relação entre as duas esferas parece ser mais complexa, na medida em que as normas constitucionais têm seu sentido normativo dependente tanto da legislação quanto das decisões judiciais proferidas no processo de concretização constitucional. Aqui reside o movimento de *"strange loop",* em que a norma superior "volta para dentro" da inferior, em uma evidente hierarquia – todavia entrelaçada. Além disso, e talvez principalmente, o trânsito entre os patamares do binômio *constitucional/inconstitucional* não é tão claro, especialmente em sociedades plurais com uma multiplicidade de expectativas normativas em torno do significado das normas previstas nos dispositivos constitucionais[80]. Esta definição, ao contrário, carece de exaustivos exercícios

---

[78]DONINI, Massimo. Un derecho penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana. *Revista Penal,* n. 8, 2001.

[79] "A primeira relação existente entre o direito penal e a Constituição, surge, então, relacionada à necessidade que todos os ramos do ordenamento jurídico possuem de se conformarem aos preceitos constitucionais, estando o legislador infraconstitucional impossibilitado de criar normas que não encontrem respaldo no texto constitucional, e devendo empenhar-se para concretizar as regras que fundamentam o Estado". GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 25. Trabalhando esta necessidade de conformação do direito penal à constituição por razões hierárquico-normativa como a primeira relação mais visível entre as duas searas jurídicas, TERRADILLOS BASOCO, Juan M. La constitución penal. Los derechos de la libertad. In: TERRADILLOS BASOCO, Juan M. *Sistema penal y estado de derecho.* Lima: ARA Editores, 2010, p. 21.

[80] *Norma* não se confunde com *texto*; é, antes, o *sentido* edificado a partir de um processo interpretativo, em estágios de *construção* de sentidos (ou *atribuição de significado*) que dependerão do uso e da interpretação do enunciado normativo. Isso não implica que o significado está dependente de um uso individual do intérprete: há "traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem", desenvolvidos por meio de um processo comunicativo a partir da linguagem. O intérprete *constrói* e *reconstrói* o sentido da norma na medida em que se vale de significados contidos no uso linguístico, decorrentes das relações sociais comunicativas. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30-33.

interpretativos e argumentativos na tentativa de definir aquilo que é *conforme* ou *não-conforme* a Constituição.

No segundo momento distinguido por Donini, há uma reorientação desta relação do constitucional com o penal, especialmente quando, por influência das teses de Franco Bricola, constrói-se uma acepção de Constituição também como *fundamento* do direito penal, que fornece ao legislador um programa relativamente definido – "síntese *a priori"* – acerca das finalidades e meios de tutela. E isso tendo como base não um direito natural transcendentalmente legitimado, mas sim os preceitos constitucionais positivados[81]. Este modelo, apesar de considerado excessivamente rígido e fechado[82], chega a produzir ecos no pensamento jurídico-penal brasileiro[83], com potencial capacidade de orientar os processos de produção normativa envolvendo o direito penal. Ainda que ligado a um modelo menos cerrado de relação entre direito penal e constitucional, Luigi Ferrajoli parece partir entretanto da mesma estrutura escalonada quando afirma a constante ocorrência de antinomias entre "princípios de nível normativo superior e normas e práticas de nível inferior", especialmente se referindo ao distanciamento da produção e aplicação do direito penal em relação aos dispositivos constitucionais[84].

É perceptível em construções deste tipo, apesar de suas variações, um intento de racionalizar o poder punitivo do Estado por meio de sua submissão a expectativas normativas institucionalizadas no plano constitucional, capazes de orientar e sensibilizar a

---

[81] BRICOLA, Franco. Teoria generale del reato. *Novissimo Digesto Italiano,* XIX. Turim: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1973, p. 24.

[82] DONINI, Massimo. Principios constitucionales y sistema penal. Modelo y programa. In: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Derecho penal del estado social y democrático de derecho:* libro homenaje a Santiago Mir Puig. Madrid: La Ley, 2010, p. 89. No mesmo sentido, especificando as considerações com base na Constituição brasileira, Mariângela Gama de Magalhães Gomes afirma que a Constituição não é construída com a finalidade de estabelecer um catálogo de bens jurídicos penalmente tuteláveis, tampouco tem a capacidade de dizer por si só que determinado interesse social *deve* inexoravelmente ser protegido pelo direito penal por meio de *específicas* formas de tutela. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal... op. cit.,* p. 93-94.

[83] Assim, Luciano Feldens assevera: "Na lição proposta por Bricola, isso implica verificar se não é possível, ou mesmo necessário, encontrar na Constituição uma espécie de síntese *a priori,* ou seja, um modelo de intervenção penal que se imponha *desde fora* ou *desde acima,* enfim, um programa mais ou menos detalhado que vincule o legislador tanto a respeito dos fins como dos instrumentos de tutela". FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal:* a constituição penal. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 61.

[84] FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón:* teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñéz, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mahino et al. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 27. No prólogo da edição espanhola da obra aqui citada, Norberto Bobbio inclusive classifica Ferrajoli como inserido na tradição jurídica positivista, nas linhas de Kelsen, Hart e do positivismo jurídico italiano, embora não prescindisse de uma validez substancial das normas penais – com base em direitos fundamentais de liberdade –, para além da validez formal. BOBBIO, Norberto. Prologo. In: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón... op. cit.,* p. 17.

autorreprodução do direito penal diante dos problemas que lhe são apresentados. A princípio, este é justamente um dos sentidos de existência das Constituições como acoplamentos estruturais entre política e direito: excluir determinados modos de interrelação entre os dois subsistemas, sensibilizando o exercício do poder para torná-lo mais socialmente aceitável e, consequentemente, mais eficiente na persecução de suas finalidades. Porém, algumas ressalvas precisam ser feitas, a fim de que análises desta natureza se coadunem com o caráter plural e hipercomplexo das sociedades contemporâneas, e a consequente influência que este cenário traz por sobre o direito penal e os modos de interpretá-lo[85].

Transformações recentes no direito público causaram significativos deslocamentos acerca da tradicional ideia de soberania estatal, que viriam a repercutir na posterior visão a respeito da Constituição. Anteriormente, do ponto de vista da soberania interna, todas as relações dos poderes públicos com outros atores colocavam estes últimos em condição de *sujeição*, configurando-se a autoridade estatal como um "centro" social de onde emana poder. O que se verifica, contudo, é uma ampla variedade de fatores de erosão desta centralidade organizacional plasmada na figura do Estado, tais como o pluralismo interno das sociedades modernas, a formação de centros alternativos de poder (econômico, religioso, cultural e político), ou a criação de espaços de supraestatalidade, na qual é possível até mesmo que cidadãos de um determinado Estado exerçam seus direitos contra este em ambientes internacionais. Esta descentralização faz com que a ciência do direito público – no qual o direito penal está incluso – se veja obrigada a formular suas categorias sem a pretensão de produzir um "significado concreto definível *a priori"*. Prescinde, portanto, do recurso a um "centro" ordenador: seja este o Estado, seja a própria Constituição. Esta, em sociedades onde existem diversos grupos com distintos projetos e visões de mundo, e onde existe um poder multicêntrico, não pode mais ter como pretensão o estabelecimento direto e predeterminado das condições de vida social. Limita-se a construir estruturas para que estas condições se deem e para que os projetos dos diferentes grupos sociais coexistam. Antes que substituir uma anterior soberania estatal por outra constitucional, mais adequado é trabalhar a ideia de uma "Constituição sem soberano": mais ponto de chegada que de partida[86].

---

[85] Aqui se compreende tanto a interpretação autêntica – dos órgãos responsáveis pela produção e aplicação do direito – como a doutrinária. Questionamentos e aprofundamentos acerca da temática presentes em FERRAZ JR., Tercio. *Introdução ao estudo do direito.* 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 261-263.

[86] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil.* Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, Comunidad de Madrir, 1995, p. 10-14.

Em virtude destas novas situações, quaisquer percepções totalizantes – tanto advindas da doutrina como dos intérpretes autênticos do direito – acerca da relação entre Constituição e direito penal são inadequadas para se adaptarem à complexidade social. Não existe uma política criminal específica e concreta passível de ser retirada direta e univocamente de um ordenamento jurídico-constitucional. Se possível fosse, deixaria ele de ser um instrumento estruturador das condições básicas da vida social para se tornar um programa absoluto ou até mesmo partidarista. O que sim existem são determinadas linhas gerais que estabelecem fronteiras constitucionais que não podem ser transpostas[87]; sob risco de, caso contrário, ser relativizado a tal ponto o conteúdo da Constituição que dela seria retirada a força normativa.

Este raciocínio só é coerentemente cerrado, não obstante, se for assumido que tal conteúdo depende de atribuições de sentido normativo ocorridas em constantes processos de concretização constitucional – para os quais são indispensáveis as atividades legislativa e judicial, e nos quais devem ser levadas em consideração uma multiplicidade de expectativas normativas a respeito da definição daquilo que é constitucional/inconstitucional. Pretender, em sentido diverso, que da Constituição sejam sempre extraídas direta e univocamente normas de decisão exaustivamente determinadas para a solução de casos concretos significa sobrecarregar seu alcance, o que levaria paradoxalmente ao oposto do pretendido: a degradação de sua força normativa[88]. E, mais que isso, seria abrir as portas a uma promoção puramente nominalista de recursos argumentativos a noções constitucionais, as quais acabam por ser conformarem às percepções solipsistas daquele que está a observar o direito, servindo a toda sorte de objetivo[89].

---

[87] CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal:* concepto y principios constitucionales. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 84-85.

[88] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales.* Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 40.

[89] Como exemplo, Antonio Junqueira de Azevedo constata uma utilização vazia da ideia de dignidade humana para os mais variados fins, o que retira o conteúdo do conceito, o qual é transformado em artifício de retórica argumentativa. Nos dizeres do autor: "O direito do século XXI não se contenta com os conceitos axiológicos formais, que podem ser usados retoricamente para qualquer tese. Mal o século XX se livrou do vazio do 'bando dos quatro' – os quatro conceitos jurídicos indeterminados: função social, ordem pública, boa-fé, interesse público –, preenchendo-os, pela lei, doutrina e jurisprudência, com alguma diretriz material, surge, agora, no século XXI, problema idêntico com a expressão 'dignidade da pessoa humana'!". AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista USP*, n. 53, mar.-mai., 2002, p. 93.

Embora se trate de universos teóricos completamente diferentes[90], uma tentativa de sustentação constitucional do direito penal é verificável também em linhas científicas com bases assentadas na Alemanha[91]. Neste país, diversas correntes a respeito transitaram a partir da década de 1960 do século anterior desde orientações constitucionalistas da interpretação doutrinária penal até perspectivas menos otimistas a respeito desta relação[92]. Como exemplo, especialmente os trabalhos de Claus Roxin acerca de um sistema jurídico-penal[93] fundamentado por preceitos reitores de política criminal e seus subsequentes desenvolvimentos[94]. Nestas estruturações teóricas, a política criminal desempenha não só um papel de mera penetração ou influência em noções de dogmática jurídico-penal; mas, antes e sobretudo, estas são *determinadas* e *cunhadas* por proposições da política criminal, a qual

---

[90] Santiago Mir Puig expõe a diferença entre a perspectiva italiana e alemã em torno do direito penal. Aquela teria alterado por diversas vezes seu objeto conforme o método científico empregado pelas diferentes escolas; esta, por sua vez, teria mantido as atenções mais focadas sobre o ordenamento jurídico, embora isso não signifique de modo algum uma uniformidade em torno das conclusões. Com maior profundidade, MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal:* concepto y método. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003, p.153 e ss.

[91] No pensamento alemão, Lothar Kuhlen expõe como marco tendencial um deslocamento da colocação de problemas e da busca de respostas desde uma perspectiva penalista em direção a uma análise constitucionalista, o qual o autor recomenda que a ciência do direito penal observe e reflita sobre. Os pressupostos teóricos e as conclusões, todavia, não se confundem. Cf. KUHLEN, Lothar. Anmerkungen zum Verhältnis von Strafrecht und Verfassungsrecht. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias,* vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 401 e ss.

[92] Utilizando uma divisão realizada por Luis Greco, o primeiro momento do pensamento penal alemão a respeito do assunto é caracterizado pela tentativa de interpretar problemas do direito penal desde critérios constitucionais, a partir dos quais se buscava trabalhar as finalidades da pena e conceitos dogmáticos como culpabilidade, necessidade e merecimento de pena. Um segundo estágio seria marcado por um maior ceticismo acerca das influências da Constituição sobre a teoria do bem jurídico e os escopos da punição. Entretanto, contemporaneamente a ciência alemã teria voltado a se deparar com uma tentativa de conter os excessos do poder punitivo do Estado e de enfrentar as problemáticas jurídico-penais a partir de parâmetros próprios da dogmática constitucional – daí inclusive releituras destas problemáticas a partir de perspectivas fortemente assentadas sobre teorias dos direitos fundamentais. Sobre esta passagem histórica, com diversas referências bibliográficas, cf. GRECO, Luis. Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht? Zu den Grenzen einer verfassungsrechtlichen Orientierung der Strafrechtswissenschaft. In: BRUNHÖBER, B.; HÖFFLER, K; KASPAR; J. et al. *Strafrecht und Verfassung.* Baden-Baden: Nomos, 2013, p. 15-20.

[93] O sistema que possibilita uma comunicação entre dogmática jurídico-penal, política criminal e criminologia é um *sistema aberto,* o que não significa uma contradição com o desenvolvimento anteriormente exposto a partir da teoria dos sistemas. *Sistema aberto* aqui é aquele caracterizado, simultaneamente, por uma abertura cognitiva e por um fechamento operativo. No que concerne a este fechamento operativo, cumpre utilizar o cerne da teoria do delito como fonte dos filtros pelos quais um fato deve passar até ser caracterizado como delito, configurando-se um limite ao poder punitivo pela própria dogmática. Pela abertura cognitiva, tem-se que a criminalização não pode obedecer a critérios matemáticos e lógico-formais, sendo tributária das orientações das *finalidades da pena.* No cerne da dogmática jurídico-penal há uma decorrência de uma opção de índole político-criminal, inclusive no que tange a um conceito material de delito, tendo sempre em vista as finalidades da pena auferidas de pesquisas interdisciplinares. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena:* conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 32 e ss.

[94] Cf. ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 61-74 e 85-89.

passa a fixar os limites da punibilidade e servir como padrão crítico ao direito constituído e constituendo. Entretanto, esta política criminal não tem como fonte apelos diretos ao sistema social, mas sim recursos a um quadro de valores minimamente consentidos e positivados no quadro constitucional; é, portanto, "imanente ao sistema jurídico-constitucional" e condicionada de forma estrita pelos "fundamentos jurídico-políticos da concepção do Estado"[95]. Jürgen Wolter avança ainda mais nestas proposições ao afirmar que o direito penal poderia ser traduzido como "direito constitucional aplicado"[96].

Estas teorizações, para incrementarem seu potencial descritivo das dinâmicas envolvendo a relação entre direito penal e Constituição, precisam ser observadas com cautela. Há que se ter como ressalva que de uma fundamentação constitucional do direito penal não decorre um modelo único correto de intervenção – que faz com que todos os restantes sejam em si erráticos –, tampouco um catálogo rígido de bens a serem tutelados – que faz com que todos os outros sejam ilegítimos[97]. Este conteúdo, por outro lado, depende de uma seleção de variadas expectativas normativas a ser proporcionada nos processos de produção institucional de normas pelo legislador e na construção hermenêutica realizada pelo juiz, e que delimitarão o teor dos direitos e deveres legais e constitucionais[98].

---

[95] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal.* Parte geral, t. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 33-35. Cláudio do Prado Amaral afirma que a política criminal teria como base, portanto, a Constituição, relacionando-se aos direitos e garantias fundamentais nesta consagrados, não se admitindo interferências na liberdade dos indivíduos de modo considerado arbitrário – seja na decisão por uma tipificação, na cominação de uma pena ou na imposição concreta desta. AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea*: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 209.

[96] Afirma Wolter que o fundamento do direito penal e da punição é o direito à liberdade, a dignidade humana e o princípio do Estado de Direito. Cf. WOLTER, Jürgen. Problemas político-criminales y jurídico-constitucionales de uns sistema internacional del derecho penal. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (ed.). *Política criminal y nuevo derecho penal:* libro homenaje a Claus Roxin. Barcelona: José María Bosch Editor, 1997, p. 102. Entendendo-a como um condensador de uma série de direitos, Helena Regina Lobo da Costa afirma que a dignidade humana opera no direito penal enquanto postulado normativo ("critério material de interpretação de normas penais") e enquanto princípio. Cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana:* teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 61 e ss.

[97] Ana Elisa Liberatore Silva Bechara caminha em linha similar, asseverando que ser hierarquicamente superior e ter elementos teleológicos não faz da Constituição um "supercódigo totalizante", supressor da autonomia de outras searas do direito, as quais poderiam se estruturar sobre bases distintas das constitucionais. Entender o sistema constitucional como uma ordem fechada, da qual derivaria diretamente as normas penais, acabaria por "subtrair a estratégia criminalizadora das regras de discussão pública próprias de um regime democrático e pluralista, sendo precisamente o respeito a essas regras que impede que a Constituição se transforme em uma espécie de direito natural positivado, rígido e intangível". SILVA, Ana Elisa Liberatore. *Da teoria do bem jurídico* como critério de legitimidade do direito penal. Tese de Livre-Docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010, p. 46.

[98] "O problema não reside na discricionariedade, mas sim na forma seletiva de estruturação da complexidade. A produção normativa constituinte ou legislativa (em sentido amplo) importa já uma forte redução ou estruturação seletiva de expectativas normativas existentes na sociedade sobre quais são os direitos e os deveres. Essa seleção pelos procedimentos constitucionais ou legislativos não esgota o processo seletivo. A interpretação dos textos

Não há uma política criminal unívoca presente na Constituição. Ao contrário, o que há são diretrizes gerais e fronteiras que os atores do sistema jurídico não podem transcender em suas operações. Todavia, mesmo tais fronteiras não se fazem presentes de modo imanente, carecendo também de definições e balizamentos por meio dos mencionados processos de atribuição de sentido e seleção estabilizadora de expectativas normativas. Evidente que o modelo de Estado constitucionalmente adotado influencia a estrutura do direito penal[99], mas isso não pode ser levado de modo absoluto a uma austeridade: afinal, há uma grande diversidade de acepções acerca dos limites da "moldura" do quadro constitucional, bem como e a respeito da maneira que este deve ser preenchido[100]. Exemplo pode ser obtido nas discussões acadêmicas acerca da abstração *jakobsiana* de um direito penal do inimigo, nas quais tanto seus críticos[101] como seus defensores[102] recorrem nas respectivas argumentações a

---

constitucionais e legais e a respectiva concretização normativa perante o caso importam uma nova seleção sobre as diversas expectativas normativas e também cognitivas que se desenvolvem em torno de definir-se quais os direitos e deveres estabelecidos na Constituição e nas leis". NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules... op. cit.*, p. 57.

[99] Não se pode afirmar que o direito penal de um Estado totalitário seria o mesmo de um Estado estruturado sobre bases democráticas. É provável que, naquele, o sistema jurídico-penal contivesse disposições de imposição de padrões morais e ideológicos, enquanto que neste último haveria de se buscar o pluralismo e tolerância essenciais à convivência social. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime:* uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 131.

[100] Esta metáfora caracteriza uma constituição que limita a atividade legislativa, sendo tal constituição apenas a moldura, sem, contudo, definir com exatidão o preenchimento do quadro. O "como" o legislador maneja este interior é uma questão de oportunidade política, não havendo uma *única resposta* correta a um conflito entre direitos fundamentais, abrindo espaço para um exercício ponderativo – ao contrário de concepções *totalizantes* de constituição, que impõem determinados caminhos sem abrir grandes espaços ponderativos. Não se trata de uma teoria neutra, muito pelo contrário: a ideia de "constituição-moldura" se adequa à teoria dos princípios, que leva os direitos fundamentais a sério e os enxerga como *mandamentos* de otimização. Indo além: esta teoria dos princípios não exige do legislador e do exegeta *uma única resposta correta* para determinado problema jurídico, podendo haver mais de uma solução para uma colisão entre os direitos envolvidos. O controle de constitucionalidade seria definir os limites da moldura, e não o preenchimento do quadro. SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*s... *op. cit.*, 115-122.

[101] Francisco Muñoz Conde, por exemplo, afirma o direito penal do inimigo como de difícil compatibilidade com princípios basilares de um Direito penal de um Estado de Direito; sem, contudo, aprofundar acerca do que compreende como "princípios" ou "Estado de Direito". MUÑOZ CONDE, Francisco. Dogmática jurídico penal y política criminal: una relación conflictiva, pero necesaria. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 21, v. 105, nov.-dez. 2013, p. 110-111. Em outro escrito, o mesmo autor qualifica o modelo penal trabalhado por Jakobs como "contrário aos princípios liberais do Estado de Direito e inclusive aos direitos fundamentais reconhecidos nas constituições". MUÑOZ CONDE, Francisco. La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo. In: CAMPO MORENO, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.). *La generalización del derecho penal de excepción:* tendencias legislativas. Estudios de Derecho Judicial128. Madrid: CGOJ, 2007, p. 29.

[102] Pontua Miguel Polaino-Orts que o direito penal do inimigo, ao invés de ser antidemocrático e contrário a mínimas garantias, na realidade "pressupõe um contexto democrático e responde a um esquema legislativo de combate proporcional de um foco excepcional de perigo, e – ao exigir a exata comprovação prévia da real periculosidade do sujeito – surge como modo de contenção frente ao poder onímodo no Estado de Direito, racionalizando o tratamento penal e introduzindo um alto índice de democraticidade em tal forma de combate".

valores como “Estado de Direito” ou “democracia”, todavia em sentidos diametralmente opostos.

Otto Lagodny adverte ainda para as diferenças de perspectivas entre a ciência do direito penal e a dogmática constitucional, apontando que esta última, por ter sua “rede tecida com malhas muito grandes” e ter outros fundamentos e preocupações, aceita como propositadas intervenções estatais que não passariam por um filtro que fosse baseado nos postulados historicamente construídos pela dogmática jurídico-penal[103]. Não se trata de, como Luis Greco, separar as duas esferas, afirmando que o direito constitucional, em uma perspectiva *negativa,* se daria por satisfeito com a fixação das barreiras ainda a serem determinadas acerca daquilo que é ou não jurídico; enquanto que a ciência penal, em uma perspectiva *positiva,* teria como paradigma a busca da melhor resposta possível[104]. Desenvolver a ideia desta forma parece potencializar um isolamento do direito penal em relação justamente à área jurídica com a qual ele possivelmente mais se relaciona – o direito constitucional –, e isso em nome de uma autoafirmação científica que acabaria por prejudicar a própria capacidade do direito penal de se mostrar adequado às complexas dinâmicas da sociedade e do Estado. É, por outro lado, apenas o caso de reconhecer que a Constituição, embora instrumento importante de sensibilização do exercício do poder e da intervenção punitiva, não contém todo o arcabouço instrumental para tanto em seu cerne, tampouco basta em si mesma neste propósito, devendo haver uma mútua observação entre as dogmáticas constitucional e penal[105].

É neste contexto que se corre o risco de uma fundamentação político-criminal constitucionalmente embasada do direito penal, com pretensões iniciais de impor barreiras ao exercício do poder punitivo, transparecer na verdade não só dificuldades para alcançar este

---

POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo:* fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia. Barcelona: Bosch, 2009, p. 548-549.

[103] LAGODNY, Otto. El derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional. Trad. Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. 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. 134-135.

[104] GRECO, Luis. Verfassungskonforme oder legitimes Strafrecht?...*op. cit.,* p. 24.

[105] Sobre o tema, tratando especificamente da Constituição brasileira, e ressaltando a necessidade de se buscar os limites de legitimação do direito penal não só no documento constitucional, mas nas próprias construções da dogmática penal, mais ou menos internalizadas pelas decisões jurídicas do direito positivo, Cf. RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. Notas sobre a insuficiência da interpretação exclusivamente constitucional do direito penal. BEÇAK, Rubens; POVEDA VELASCO, Ignácio Maria [org.]. *O direito e o futuro da pessoa:* estudos em homenagem ao professor Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Atlas, 2011, p. 195-197; e também RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Fundamentos de direito penal brasileiro:* lei penal e teoria geral do crime. São Paulo: Atlas, 2010.

propósito, mas também se mostre uma alavanca propulsora do exato oposto[106]. Por buscar seus elementos em um campo composto por inúmeras percepções e em conceitos pouco precisos teoricamente, a política criminal acaba por não fornecer, por si só, referências criteriosas realmente capazes de orientar o sentido operacional do direito penal – algo agravado ainda mais pela indeterminação acerca da real identidade e conteúdo desta política criminal. Aqui, em vez de se abrir cognitivamente o sistema jurídico para aumentar a capacidade de rendimento do seu fechamento operativo, acabam por ser abertas portas para que a política adentre indiscriminadamente o sistema jurídico-penal[107].

Isso guarda relação direta com outros vínculos existentes entre Constituição e direito penal, mais especificamente no plano da estática jurídica[108]. A contaminação do direito pela política acaba por prejudicar o que, de início, não deveria ser encarado como algo negativo: a relação do sistema jurídico (penal) com as tentativas de seu entorno de influenciar a definição dos direitos e deveres jurídico-penais, bem como a percepção dos cientistas acerca deste fenômeno e da relação do direito penal com a defesa dos direitos fundamentais. Analisar estas condições problemáticas permitirá compreender mais profundamente o cenário em que a proporcionalidade surge como critério de interpretação jurídica de casos – penais e extrapenais – que envolvem direitos fundamentais em situação de constrição e conflito, permitindo em seguida se perceber as potencialidades e os riscos na sua utilização.

---

[106] Em contrariedade à tendência de defesa da preponderância da política criminal, Fábio Roberto D'Avila critica a excessiva amplitude conceitual desta e a flexibilização de regras penais de garantia em decorrência da política criminal, o que legitimaria inclusive afastamento destas garantias em nome de objetivos prevencionistas oriundos de preceitos político-criminais. D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal:* escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 26 e 29-33.

[107] SAAD-DINIZ, Eduardo. *Inimigo e pessoa no direito penal... op. cit.,* p. 87-90.

[108] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito... op. cit.,* p. 50.

1.3. Corrupção do sistema pelo entorno: sistema jurídico-penal e a tensão liberdade-segurança

Se por um lado, no patamar da dinâmica jurídica uma das principais consequências do processo de positivação do direito foi a distinção entre Constituição e lei – e todas as exploradas implicações –, por outro, na estática jurídica esta positivação trouxe como efeito a distinção entre regras e princípios constitucionais. Uma vez que perdem significado institucional os modelos de direito natural, especialmente em sociedades complexas na qual não se consegue mais com facilidade identificar um denominador comum quanto às perspectivas valorativas, não se tem uma orientação normativa a partir de princípios metajurídicos. Daí o início da construção gradual de princípios constitucionais[109].

Embora a discussão doutrinária acerca da distinção entre princípios e regras seja extensa, o principal foco distintivo encontra-se na estrutura dos direitos garantidos por estas diferentes estruturas normativas. Nas regras, são assegurados direitos ou impostos deveres de modo definitivo, enquanto os princípios o fazem *prima facie*[110]. Por isso, na perspectiva de Robert Alexy, as normas-princípio são definidas como "mandamentos de otimização", a serem satisfeitos em distintas gradações conforme as possibilidades fáticas e jurídicas, sendo estas últimas determinadas pelos princípios e regras colidentes em um determinado conflito normativo; enquanto que as normas-regra, se válidas, impõem que seja feito exatamente de modo imediato aquilo que exigem conforme o fática e juridicamente possível[111].

Marcelo Neves trabalha a questão de modo distinto, mas não totalmente incompatível com estas proposições. Em um primeiro momento, o autor se aproxima do modelo de Alexy quanto a seus resultados, especificamente na acepção deste de princípios como razões *prima facie* e regras como razões definitivas para decidir, a não exatamente como razões para ações. Entretanto, em sociedades com múltiplos pontos de observação, da mesma forma que não se

---

[109] NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules... op. cit.,* p. 117. Luigi Ferrajoli, sobre isso, também afirma que nos modernos Estados constitucionais, o direito positivo assimilou grande parte daquilo que antes eram trabalhados pelo pensamento jusnaturalista do racionalismo ilustrado valores de justiça, como a importância da pessoa humana, os direitos políticos e civis, bem como outras garantias de natureza penal. Tais elementos das doutrinas de direito natural teriam sido incorporados às constituições modernas na forma de "princípios normativos fundamentais", de conteúdo negativo e positivo, conforme exigissem uma abstenção ou uma prestação. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón... op. cit.,* p. 355-356.

[110] SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado,* v. 4, 2006, p. 27.

[111] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 90-91.

pode encontrar um "ideal regulativo" capaz de encontrar um consenso presente em uma moralidade comunitária, também resulta difícil transferir este "ideal" para uma noção de "ponto ótimo" – afinal, este variaria conforme o ponto de observação e não pode ser definido de forma apriorística. Cabe antes debater acerca das estruturas normativas capazes de absorver o dissenso *estrutural* da esfera pública a respeito dos direitos e deveres constitucionais. Daí Neves admitir a tese de Alexy apenas enquanto este afirma os princípios constitucionais como razões *prima facie*; prescindindo em absoluto, por outro lado, da tese de que estes têm um caráter otimizante, considerado como inadequado a uma sociedade complexa e funcionalmente diferenciada. Por isso desenvolve um conceito de princípios constitucionais como artefatos normativos que absorvem e ao mesmo tempo estimulam o dissenso social sobre um sistema jurídico, exercendo um papel de filtro redutor de complexidade em relação às diversas expectativas normativas e, com isso, abrindo espaço para a formulação de uma norma definitiva (regra)[112].

Contudo, parece ser possível trabalhar os dois universos teóricos, reconhecendo suas diferenças, porém os aproximando naquilo em que podem ser compatibilizados. Jan-R. Sieckmann afirma que não resta claro o conceito de otimização nas teorizações *alexyanas*, inexistindo nelas um critério apto a encontrar soluções ótimas diante de um problema que suscita um juízo de ponderação. Esta última é traduzida por Alexy, por sua vez, como uma regra segundo a qual a intervenção em um direito fundamental deve ser tão importante quanto as razões que a justificam. Isso, entretanto, segundo Sieckmann, é um "parâmetro comparativo", mas não um critério otimizador que permite distinguir determinadas soluções como melhores que outras[113]. Além disso, utilizando uma noção da sociologia de Luhmann, não se pode perder de vista a natureza contingente das decisões jurídicas[114], compreendendo-se a contingência como a característica daquilo que é de um modo, mas poderia ser de outro,

---

[112] O autor tece críticas parecidas ao modelo de Ronald Dworkin, que concebe como ideal regulativo um "Juiz Hércules" capaz de identificar a moral coletiva e produzir uma decisão correta (e única). NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules... op. cit.,* p. 60, 68, 82-83, 118.

[113] SIECKMANN, Jan-R. Los derechos fundamentales como principios. Trad. Daniel Oliver-Lalana. In: SIECKMANN, Jan-R. (ed.). *La teoría principialista de los derechos fundamentales:* estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 30. Apesar de Alexy trabalhar expressamente uma analogia com o ótimo de Pareto, esta é por ele restringida apenas às duas primeiras etapas de sua construção do seu teste de proporcionalidade (idoneidade e necessidade), que será melhor analisado adiante. Na última regra, porém, a proporcionalidade em sentido estrito, ocorreria uma ponderação, mas não necessariamente uma busca de uma inexorável eficiência à Pareto. Cf. ALEXY, Robert. La fórmula del peso. Trad. Carlos Bernal Pulido. In: In: CARBONELL, Miguel; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coord.). El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo. Lima: Palestra, 2010.

[114] LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad… op. cit.,* p. 99.

remetendo assim a outras possibilidades e a uma seleção necessária[115]. Desta forma, um princípio constitucional positivado (decisão jurídica), ainda que concebido teoricamente como mandamento a ser otimizado, não significa que tenha um único sentido normativo a ser maximizado, tampouco implica a exclusão de outras percepções distintas a respeito de seu conteúdo e alcance. Ao contrário, por ser contingente, parece possibilitar, ou ao menos conviver, mediante adaptações no momento do processo de concretização constitucional, com a variabilidade interpretativa requerida pelo modelo proposto por Marcelo Neves.

Estes direitos fundamentais, incorporados na forma de princípios às Constituições modernas, têm como propósito o asseguramento de condições mínimas de existência livre e digna; o que, todavia, só é alcançado se a liberdade individual é protegida em medida equilibrada em relação à liberdade da vida em sociedade. O indivíduo é verdadeiramente livre somente em uma comunidade também livre, e vice-versa[116]. Afinal, o desenvolvimento da subjetividade concreta de cada um é mediado pelo social, podendo encontrar espaço de consolidação apenas diante de possibilidades empíricas mínimas para a socialidade[117]. Do contrário, ocorrem processos de "atomização social" pelos quais se enfraquecem os vínculos sociais e se canalizam todas as demandas de decisão aos indivíduos, quando na realidade a autonomia é diretamente relacionada com a heteronomia[118]. Cabe ao Estado, neste cenário,

---

[115] RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann… *op. cit.*, p. 30.

[116] HESSE, Konrad. Significado dos direitos fundamentais. Trad. Carlos dos Santos Almeida. In: HESSE, Konrad. Temas fundamentais do direito constitucional. Org. e trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 33.

[117] Günther Jakobs trabalha o assunto mencionando o exemplo de Kaspar Hauser, garoto que teria sido encontrado na Alemanha do século XIX com grandes déficits de sociabilidade, após passar os primeiros anos de sua vida trancado em uma cela sem contato direto ou verbal com outros seres humanos. Cf. JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional.* Trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feiióo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000, p. 31-32.

[118] Isso não significa a existência de um *eu* unilateralmente constituído pela comunidade em que está inserido, como se a identidade do sujeito não fosse construída, mas apenas deterministicamente encontrada – o que ocorreria em um extremismo comunitarista. Se a ideia de um sujeito absolutamente desvinculado parece pouco precisa, um sujeito "radicalmente situado" parece igualmente problemático. A identidade do sujeito seria, desta forma, influenciada pela comunidade apenas em certa medida, mas participando o *eu* da constituição desta identidade. O fato de um sujeito ser constituído intersubjetivamente não implica necessariamente que as pessoas não possam refletir sobre si mesmas criticamente, questionando suas vinculações e valores. Autonomia ética implica então a possibilidade de se falar de uma identidade "minha", bem como de uma "responsabilidade pessoal" pelas escolhas da vida, e estas realizadas por um sujeito "situado" em diferentes comunidades (escola, família, religião, Estado) que não podem ser reduzidas a uma homogeneidade. Por isso, é necessário diferenciar, nestas relações entre sujeito e comunidades, entre concepções da *pessoa* sob um aspecto político-jurídico ("pessoa para o direito" traduziriam uma noção abstrata que não poderia ser adotada ontologicamente, dependendo por outro lado da atribuição de direitos e deveres jurídicos) e um aspecto ético (em que se leva em consideração a pessoa em seus mais diversos atributos). Do contrário, corre-se o risco de um comunitarismo exacerbado que poderia confundir a defesa de direitos individuais com demanda por planos individualistas de vida de pessoas "desvinculadas" de seu meio – o que não seria adequado. FORST, Rainer. *Contexts of justice:*

proporcionar as estruturas institucionais que possibilitem a efetivação das aspirações individuais de autonomia. Não é o poder público uma instituição que se limita a assegurar o direito de propriedade, as liberdades individuais ou o respeito contratual; vai além, estimulando a realização daquilo que a sociedade civil não é capaz por si mesma, e proporcionando que as demandas sociais de reconhecimento se tornem realidade. Com isso, retira os sujeitos de sua concepção egoística, em uma condição para o exercício verdadeiro de uma liberdade atenciosa para com a alteridade[119].

Em razão disso, além dos "direitos de defesa" (*status negativus*), pelos quais o indivíduo exige o respeito às suas liberdades contra determinadas ingerências estatais, tem lugar ainda direitos fundamentais prestacionais (*status positivus*), por meio dos quais os diferentes atores sociais podem demandar perante o Estado que este promova ações positivas – inclusive restritivas de liberdades – com o escopo de resguardar direitos, evocando-se com isso um dever estatal de proteção. Como terceira categoria, ainda, direitos de participação nos assuntos públicos (*status activus*)[120].

Disso se extrai, primeiramente, a conclusão de que os direitos fundamentais não implicam apenas a proteção da individualidade contra ingerências estatais indevidas, senão que acarretam também a necessidade de que o Estado leve a cabo atuações positivas de proteção, paradoxalmente restringindo até as liberdades mais tradicionais com o fito justamente de protegê-las[121]. Tal consequência ganha novos significados em um contexto no

---

political philosophy beyond liberalism and communitarianism. Trad. John M. M. Farrell. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 2002, p. 16-27.

[119] Com maiores detalhes, SAFATLE, Vladimir. *Grande hotel abismo:* por uma reconstrução da teoria do reconhecimento. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 76-87. O raciocínio será retomado no segundo capitulo, por ocasião de um maior aprofundamento acerca das discussões sobre a pena na filosofia hegeliana.

[120] CALLIESS, Christian. Dimensions of fundamental rights. In: Pünder, Hermann; WALDHOFF, Christian. *Debates in german public law.* Oxford, Portland: Hart Publishing, 2014, p. 28-29. A divisão apresentada por Christian Calliess segue o desenvolvimento teórico de Georg Jellinek. Cf. JELLINEK, Georg. *Diritti pubblici subbiettivi.* Trad. Gaetano Vitagliano. Milão: Società Editrice Libraria, 1912, p. 105 e ss.

[121] Frutíferos debates sobre o assunto ocorrem nas deliberações acerca do papel estatal a ser desempenhado no binômio restrição/promoção da liberdade de expressão. Owen Fiss aponta que determinadas modalidades de discurso, se fossem deixadas absolutamente livres, prejudicariam a própria liberdade da expressão, na medida em que se direcionam à desqualificação prévia do discurso do outro, como no caso dos discursos de ódio (*hate speech*), direcionados a menosprezar e previamente desqualificar eventuais discursos futuros de determinados grupos sociais. FISS, Owen M. *The irony of free speech.* Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 8-9. São interessantes também as indagações de Cass R. Sunstein sobre se, ainda no plano da liberdade de expressão, um sistema desregulado de livre mercado de ideias realmente seria funcional à promoção deste direito. Na liberdade de imprensa, por exemplo, poderia se configurar a circulação de informações assentadas tão somente na ideia da busca de lucro, distribuindo-se o direito de se expressar de acordo com a finalidade de obter ingressos financeiros – em prejuízo de opiniões minoritárias com menor apelo popular e menos lucrativas. Cf. SUNSTEIN, Cass R. *Democracy and the problem of free speech.* New York: The Free Press, 1993, p. 17-18. Na

qual diversas violações de direitos humanos penalmente tuteláveis não partem apenas do Estado[122], mas também – e em alguns casos principalmente – de atores privados[123]. Em segundo lugar, como decorrência dos direitos de *status activus*, é possível inferir ainda das constatações anteriores a não-restrição da participação popular nos assuntos públicos ao mero ato de votar, o que confinaria o *político* ao Estado[124]. É necessário reconhecer outras ferramentas de participação que não se reduzam a eleições periódicas, buscando com isso uma maior amplitude dos espaços de atuação e diálogo popular nos assuntos públicos – inclusive fora dos limites estatais tradicionais[125].

Esta ampliação dos direitos fundamentais, obtida por meio de lutas sociais, é um reflexo de um processo assentado em dois fios evolutivos entrelaçados: como decorrência da noção jurídica de igualdade presente no direito moderno, a ampliação do *status* de "pessoa de direito" não se deu apenas no plano objetivo, mas também se estendeu para o aspecto social, transferindo-se assim a um número maior e crescente de membros da sociedade. No primeiro

---

literatura jurídica brasileira, defendendo uma postura mais ativa do Estado, mas também dissertando sobre as variantes teóricas sobre o assunto, SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico,* Salvador, n. 16, mai.-ago. 2007, p. 20. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 20 Mar. 2014. Opinião contrária pode ser encontrada em Ronald Dworkin, para o qual em sociedades democráticas em que o Estado trata seus cidadãos como agentes morais responsáveis, deveriam ser protegidas até as "expressões que odiamos". DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 319-320.

[122] "Requerer o reconhecimento da privatização dos direitos humanos não é sugerir que o Estado deveria despojar-se da sua responsabilidade de assegurar respeito a direitos humanos; ao contrário, é sugerido que o Estado não deveria ser considerado detentor de um monopólio do abuso do poder". CLAPHAM, Andrew. *Human rights in the private sphere.* Oxford: Clarendon Press, 1993, p. 9.

[123] No âmbito corporativo, por exemplo, formas recentes de violações de direitos por parte de empresas incluem a exploração abusiva de recursos naturais, parcerias com governos autoritários na repressão a populações locais, bem como desrespeito à privacidade, vida, saúde ou a direitos laborais mínimos. STEPHENS, Beth. The amorality of profit: transnational corporations and human rights. In: KINLEY, David. *Human rights and corporations.* Farnham: Ashgate Pubishing, 2009, p. 27-28. Importante ressaltar, entretanto, que apesar de atores privados como as grandes corporações terem incrementado significativamente seu poderio econômico, político e social, com repercussões na esfera penal, isso não significa uma anulação do poder estatal. O que parece se constatar, por outro lado, não é uma relação "corporações-*ou*-Estado", dando-se tal ligação na realidade de uma maneira sensivelmente mais complexa e por vezes até mesmo simbiótica, havendo casos em que ambos os poderes se aumentam reciprocamente. TOMBS, Steve; WHYTE, Dave. Scrutinizing the powerful: crime, conteporary political economy, and critical social research. In: TOMBS, Steve; WHYTE, Dave. *Unmasking the crimes of the powerful:* scrutinizing States & corporations. Nova York: Peter Lang Publishing, 2001, p. 3-4. Caso distinto parece se dar, entretanto, em novas formas de criminalidade atentatórias contra os direitos humanos que se dão em um contexto de paralelismo ou mesmo oposição ao Estado – como o terrorismo ou o tráfico de pessoas –, o que exige por parte deste iniciativas de proteção. HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje.* Trad. Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 426-427.

[124] Sobre o assunto, Carole Pateman: "A noção de uma sociedade participativa exige que o alcance do termo 'político' seja ampliado para cobrir esferas exteriores ao governo nacional". PATEMAN, Carole. *Participação e teoria democrática.* Trad. Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 140-141.

[125] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice:* o social e o político na pós-modernidade. 7. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999, p. 232-233.

aspecto, o direito ganha conteúdo material, o qual considera e lida juridicamente com as diferenças quanto às chances individuais de se realizar as liberdades socialmente asseguradas. No segundo, por sua vez, universaliza-se a relação jurídica para que abarque uma esfera maior de pessoas e grupos. Neste ponto, o que ocorre é um prosseguimento da "luta por reconhecimento", todavia no interior do direito: os conflitos práticos subsequentes ao reconhecimento desrespeitado refletem confrontos em torno do *conteúdo material* e *alcance social* do *status* de pessoa (já) juridicamente reconhecido[126].

Isso tem reflexos diretos nas dinâmicas sociais em conexão com as relações jurídicas envolvendo direitos fundamentais. É intensificado o processo de "demandas por reconhecimento constitucional" por parte dos mais variados grupos, que buscam que suas diversidades sejam reconhecidas e protegidas pelo Estado. Como exemplo, e para expor que não se trata apenas de exigências de igualdade, James Tully cita o caso das pautas dos movimentos feministas que não pleiteiam apenas o mesmo direito a voz em relação a homens nas instituições constitucionais e suas respectivas tradições interpretativas, requerendo sim a reformulação destas para que acomodem jurídica e politicamente as peculiaridades da visão feminina de mundo[127]. No âmbito penal, ainda, isso pode ser notado também em casos particulares de discriminação positiva[128] para tutela de determinados direitos fundamentais, como no caso da proteção penal contra a violência de gênero[129] e o racismo[130], bem como nos

---

[126] HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento:* a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 195-196.

[127] TULLY, James. *Strange multiplicity:* constitutionalism in an age of diversity. Nova York: Cambridge University Press, 2006, p. 1-3.

[128] A discriminação positiva seria adequada em políticas direcionadas a melhorias na qualidade de vida de setores menos favorecidos, com a finalidade de equilibrar suas situações em comparação a outros grupos que, por alguma razão, estejam na posição de mais favorecidos e sobre aqueles exerçam algum modo de subjugo. Em outras palavras, intenta-se igualar o estado de alguém que se encontra de alguma forma em desvantagem. BOLEA BARDON, Carolina. En los límites del derecho penal frente a la violencia doméstica y de género. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* n. 09-02, 2007, p. 24. Disponível em: < http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-02.pdf>. Acesso em: 21 Mar. 2014.

[129] "E, de qualquer modo, trata-se aqui de comprovar como o Direito penal ajudou em um primeiro momento a perpetuar a discriminação por razão de sexo para se converter na atualidade em um dos instrumentos, talvez não o mais adequado, mas sem dúvida o mais intimidatório, dos que se serve o Estado social e democrático de Direito para erradicar a violência contra a mulher no casal, uma vez que esta violência se entende como manifestação estrutural da desigualdade e a discriminação em função de gênero". FARALDO CABANA, Patricia. Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género. *Revista Penal,* n. 17, 2006, p. 73. A respeito do tema, cf. ainda POLAINO-ORTS, Miguel. Discriminación positiva y violência contra la mujer. La legitimación de un enemigo de género. In: POLAINO-ORTS, Miguel; UGAZ HEUDEBERT, Juan Diego. *Feminicidio y discriminación positiva em derecho penal.* Lima: ARA Editores, 2012. Em perspectiva crítica, opinando que as tendências político-criminais recentes em torno da violência de gênero refletem um viés de moralismo e paternalismo jurídico-penais, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge da.

movimentos de vítimas em geral[131] e nos recentes debates brasileiros acerca de inovações legislativo-penais envolvendo homofobia[132].

Jesús-María Silva Sánchez utiliza o termo *gestores atípicos da moral* para designar estes grupos de pressão que protestam contra variadas vulnerações de direitos humanos, e que demandam o incremento da intensidade e amplitude do poder punitivo como forma de proteção dos interesses respectivamente por eles defendidos[133]. A terminologia empregada, entretanto, parece ser dotada de uma carga valorativa demasiadamente negativa, necessitando de um rearranjo interpretativo para uma maior compatibilização a sociedades estruturadas sobre um pluralismo político convidativo aos diferentes setores para que se manifestem acerca da construção do direito[134]. Se tais "gestores" se formaram, é porque previamente a eles surgiram novas modalidades de agressão desconhecidas do direito penal tradicional[135]; e o

---

Tipificação criminal da violência de gênero: paternalismo legal ou moralismo penal? *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais,* São Paulo: IBCCRIM, n. 166, set. 2006.

[130] Sobre a atuação do direito penal na reprovação de práticas racistas, em especial atenção à construção jurisprudencial brasileira por parte do Supremo Tribunal Federal sobre a temática, cf. REALE JUNIOR, Miguel. Anti-semitismo é racismo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 43, ano 11, abr.-jun. 2003, p. 323-348.

[131] "Junto ao novo espírito anticonvencional, o segundo fator incisivo na evolução doutrinária da *moderna Vitimologia* vem determinado pelo auge dos *movimentos sociais.* Na medida em que reforçam suas posições relativas como vítimas individuais, as vítimas, enquanto agrupadas e coordenadas, vão se convertendo em influentes coletivos de pressão, novas instâncias sociais de consulta política imprescindível. Desde sua primeira emergência, as associações de vítimas se constituem assim em poderosos *lobbies* políticos". HERRERA MORENO, Myriam. *La hora de la víctima:* compendio de victimología. Madrid: EDERSA, 1996, p. 118.

[132] Acerca das diferentes pautas de movimentos contrários à homofobia e suas demandas envolvendo a seara criminal no Brasil, vide CARVALHO, Salo de. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia *queer. Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 99, 2012, p. 187-211.

[133] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal:* aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 66-69. Em um tom crítico a estes "gestores", qualificando sua influência no meio penal como "de todo deletéria", Renato de Mello Jorge Silveira afirma que o brado por direitos na seara penal por parte destas entidades representativas desvirtua o sistema, criando proteções que recorrentemente são meramente simbólicas e carentes de fundamento dogmático. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A mídia e a lei da mordaça. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais,* São Paulo: São Paulo: IBCCRIM, n. 94, set. 2000.

[134] Miguel Jerez define os grupos de interesse como atores do sistema social que articulam as aspirações individuais e coletivas as quais, sem eles, chegariam aos poderes públicos em direções mais díspares e de modo menos concentrado. Destarte, contribuiriam estes agrupamentos à racionalidade, congruência e viabilidade das demandas perante o Estado. Um *grupo de interesse* se torna, segundo a visão do autor, um *grupo de pressão* a partir do momento em que deixa de operar apenas no âmbito social, tornando-se um ator que parte para o cenário político-institucional, buscando influenciar a política ou promover suas ideias em um contexto de tomada de decisão – no âmbito dos poderes legislativo, executivo e judiciário. JEREZ, Miguel. Los grupos de presión. In: DEL ÁGUILA, Rafael (coord.). *Manual de ciencia política.* 5. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2008, p. 295-297.

[135] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *big crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico). In: PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *Mutaciones de Leviatán:* legitimación de los nuevos modelos penales. Madrid: Ediciones Akal, Universidad Internacional de Andalucía, 2005, p. 266-267.

aumento de sua influência está relacionado à criação de espaços democráticos que incentivam uma maior participação popular nos assuntos públicos para além de eleições regulares – o que, por si só, não é nocivo, e inclusive já se mostrou necessário para importantes transformações jurídicas históricas[136]. O problema reside em outro patamar, mais especificamente na utilização do direito penal como medida primeira ou exclusiva de tentar contemplar certas necessidades sociais; mas o alargamento da abrangência jurídico-penal em si mesmo é compreensível diante da complexificação das relações sociais[137].

Paralelamente a estas demandas coletivas específicas por tutela jurídico-penal, desenvolve-se ainda um apelo para que a intervenção punitiva seja dotada de uma maior funcionalidade, alavancando as discussões em torno da segurança e em que medida esta pode ser proporcionada pelo direito penal[138]. No que tange aos assuntos mais estritamente internos às fronteiras nacionais – especialmente após a identificação de uma tendência generalizada de acentuação da frequência do cometimento de crimes violentos[139] e em meio a uma nova

---

[136] Nos Estados Unidos, por exemplo, especialmente a partir da década de 1950, o litígio judicial é empregado como especial instrumento de reforma social, a ponto de poder ser encarado como um movimento. Destaca-se neste âmbito a atividade de grupos defensores dos direitos civis com alguma receptividade nas cortes estadunidenses da época, a ponto de se falar em uma *"law-reform strategy".* HANDLER, Joel F. *Social movements and the legal system:* a theory of law reform and social change. New York, San Francisco, London: Academic Press, 1978, p. 1 e ss. Na realidade a própria disponibilidade e a escassez de recursos jurídicos traduzem um ímpeto ao conflito social. Isso porque, tendo em vista os diferentes grupos de uma sociedade não raro terem pontos de vista contrapostos a respeito de uma mesma questão, não se arriscam aqueles a não ter o direito – ou pelo menos parte do direito – a seu lado: seja para empregá-lo, seja para neutralizá-lo enquanto ferramenta à disposição do grupo com interesse oposto. TURK, Austin T. Law as a weapon in social conflict. In: McCANN, Michael. *Law and social movements.* Aldershot: Ashgate Publishing, 2006, p. 293. Daí a importância do papel do Poder Judiciário de lidar com os projetos dos distintos agrupamentos sociais, exercendo a atividade interpretativa de modo a possibilitar a coexistência em meio à diferença, dentro do permitido por determinados parâmetros constitucionais.

[137] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Critérios político-criminais da intervenção penal no âmbito econômico: uma lógica equivocada. In: FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael [coord.]. *Direito penal econômico:* questões atuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 42-43.

[138] SAAD-DINIZ, Eduardo. *Pessoa e inimigo no direito penal... op. cit.,* p. 25. Não se trabalha aqui com a noção de segurança como bem jurídico a ser tutelado de modo autônomo pelo direito penal. Sobre isso, Renato de Mello Jorge Silveira alerta para os riscos às estruturas democráticas de se permitirem criminalizações indefinidas em virtude de uma ideia abstrata e pouco determinada de segurança. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A segurança como critério de estipulação de crimes. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). *Direito Penal como crítica da pena:* estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70. aniversário em 2 de setembro de 2012. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 659.

[139] Apesar de reconhecer a controvérsia acerca de diagnósticos de crescimento da criminalidade urbana a partir de análises de estatísticas oficiais, Sergio Adorno afirma a possibilidade de constatação de uma inclinação mundial a uma mais frequente ocorrência de delitos – em especial dos que impõem grave ameaça à integridade física ou vida humanas – desde a década de 1950. O autor expõe dados empíricos percentuais que indicam índices de maior ocorrência de crimes como roubos e homicídios nos mais diferentes países, desde Inglaterra e França, até Estados Unidos e Brasil, o que supõe em termos não ser um fenômeno adstrito a um continente ou configuração social específica. Para uma verificação integral dos dados trazidos no referido estudo, cf. ADORNO, Sergio. O gerenciamento público da violência urbana: a justiça em ação. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio (org.). *São Paulo sem medo:* um diagnóstico da violência urbana. Rio de Janeiro: Garamond, 1998.

cultura popular menos tolerante com a criminalidade cotidiana[140] –, verifica-se um maior alarme social em relação à violência urbana. Disso decorre uma agudização perante o Estado de pressões por segurança, canalizadas por atuações midiáticas seletivas, que repercutem diretamente sobre o direito penal[141]. Já no âmbito internacional, Klaus Günther identifica a ambivalência do mundo globalizado, em que o cidadão cosmopolita (*Weltbürger*), ao mesmo tempo em que recebe novas liberdades em um contexto de desenvolvimento tecnológico e mitigação das fronteiras nacionais, acaba por outro lado se refugiando no *status* de "cidadão nacional" quando se trata de sua segurança contra ameaças contemporâneas, como as redes terroristas e a criminalidade organizada transnacional. Nestas condições, emerge um direito penal "de segurança transnacional", potencializado pelos atentados nos Estados Unidos em 11 de Setembro de 2001[142].

Este fenômeno não deixa de representar um viés do aumento das demandas sociais por tutela penal de direitos fundamentais, mas neste ponto focado em algo bem mais amplo, descrito por Josef Isensee como "direito fundamental à segurança" (*Grundrecht auf Sicherheit*). Este teria percorrido as expectativas em torno do Estado nas distintas fases de sua evolução: proteção contra a violência proveniente de os outros indivíduos em um ambiente de lacunas de poder; posteriormente, na passagem do Estado moderno para o de Direito, busca de segurança contra os desmandos oriundos do próprio arbítrio estatal; e, por fim, a segurança contra os riscos econômicos advindos da vida social. Cada etapa exigiria posturas estatais especificamente desenvolvidas para corresponder às expectativas decorrentes dos distintos

---

[140] David Garland discute como a descrença nas instituições do *welfarismo* penal, bem como a sensação geral de precariedade gerada a partir da implementação de políticas sociais de austeridade, ensejaram especialmente a partir das décadas de 1970 e 1980 um aumento das preocupações com a gestão dos riscos, inclusive por parte dos cidadãos de serem vitimados pela delinquência urbana – o que levaria a uma menor tolerância em relação ao crime e à figura do delinquente. GARLAND, David. *La cultura del control:* crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Trad. Máximo Sozzo. Barcelona: Editorial Gedisa, 2005, p. 258 e ss.

[141] Neste ponto surgem as discussões a respeito de uma "cultura do medo", pela qual se acredita estar vivenciando um momento especialmente perigoso, legitimando políticas securitárias de maior rigidez constritiva. A sociedade tende a aceitar mais facilmente restrições rigorosas às suas liberdades em situações nas quais se propagandeiam tais medidas como imprescindíveis para o controle do delito e a obtenção de segurança. PESTANA, Débora Regina. *Cultura do medo:* reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: Editora Método, 2003, p. 95.

[142] GÜNTHER, Klaus. Ciudadano cosmopolita entre libertad y seguridad. Trad. Peter Storandt. In: LEYVA, Gustavo (ed.). *La teoría crítica y las tareas actuales de la crítica.* Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: Universidad Autónoma Metropolitana – Iztapalapa, 2005, p. 353 e ss. Especificamente sobre o terror, Fábio Roberto D'Avila descreve a "guerra contra o terrorismo" como responsável por levar a dimensões extremas a tradicional tensão entre *segurança* e *liberdade* na seara jurídico-penal, servindo este conflito como argumento decisivo a favor da adoção de medidas securitárias, ainda que em prejuízo de determinados limites jurídicos. D'AVILA, Fabio Roberto. O direito penal na "luta contra o terrorismo". In: ANDRADE, Manual da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda et al. *Direito penal:* fundamentos dogmáticos e político-criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 188.

fatores de perigo. Todavia, em vez de excludentes entre si, as três camadas de legitimação são complementares: a proteção contra a inseguridade laboral, por exemplo, não torna a defesa da liberdade (segurança contra coerções estatais arbitrárias) algo supérfluo[143].

Para além deste *status* de direito fundamental atribuído à segurança, que a faz ser especialmente considerada no manejo das tensões penais concretas do atual estágio da modernidade, Cass R. Sunstein atenta para o fato de que, em democracias deliberativas, é necessário que os poderes públicos levem em conta as aspirações e anseios populares na formulação de suas decisões. Deste modo, segundo o autor, a receptividade a um receio público efetivamente existente é algo não só inevitável, como também desejável – o que parece uma perspectiva socialmente adequada a estruturas democráticas baseadas na ideia de participação. Sunstein alerta, contudo, em imprescindível ressalva, que democracias realmente sólidas não se submetem à absolutização do medo face aos riscos, mas sim utilizam suas instâncias deliberativas para dispersar os receios populares infundados, evitando assim um norteamento populista de suas decisões[144].

Deste modo, parece estar um tanto desfocado o debate acerca de um prejuízo sofrido pelo sistema jurídico-penal em sua racionalidade em virtude do recurso à ideia de segurança em contraposição à de liberdade, ou em decorrência de uma maior participação nos assuntos públicos por parte de grupos que demandam uma tutela penal de interesses específicos. Primeiramente, porque não se pode exigir por parte destes movimentos de pressão uma precisão técnico-dogmática em seus requerimentos perante o Estado: suas comunicações não são científicas, mas sim "comunicações de protesto" que expressam uma determinada expectativa em relação à postura que se espera do *outro*, possibilitando a partir delas um controle de uma distinção baseada no binômio "ser a favor ou contra algo"[145]. Ou seja, não são os responsáveis pela decisão (comunicação) *jurídica* final, seja ela legislativa ou

---

[143] O autor, entretanto, a partir de uma visão contratualista de Estado, delimita sua compreensão acerca de segurança a partir dos fundamentos da mesma: o dever dos cidadãos de manutenção da paz – abdicando de interferências ilegais sobre a esfera jurídica de outrem – e o monopólio estatal do uso da força. Engloba, portanto, interesses como a integridade física e patrimonial da pessoa, bem como a liberdade contra coerções, concentrando-se no *status positivus* da segurança. ISENSEE, Josef. *Das Grundrecht auf Sicherheit:* zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates. Berlim, Nova York: Walter de Gruyter, 1983, p. 17-18, 23-34.

[144] SUNSTEIN, Cass R. *The laws of fear:* beyond the precautionary principle. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 1-2.

[145] JAPP, Klaus P. The form of protest in the new social movements. In: BAECKER, Dirk (ed.). Problems of form. Trad. Michael Irmscher e Leah Edwards. Standford: Standford University Press, 1999, p. 156 e 158.

judicial[146] – esta sim haveria de ser necessariamente tributária de uma base dogmática. Em sistemas sociais funcionalmente diferenciados, entretanto, os grupos de pressão deveriam apenas irritar o direito para que este, em uma heterorreferência em suas operações de produção normativa e construção hermenêutica, considerasse seu entorno. Não podem tais movimentos ser integralmente responsabilizados por uma irracionalidade das intervenções jurídico-penais.

Em segundo lugar, parece igualmente problemático estabelecer uma oposição rígida entre condições de constituição da subjetividade ("aqui liberdade") *versus* condições de constituição da socialidade ("aqui coletivismo"): uma sociedade fora de funcionamento não proporciona as condições empíricas mínimas necessárias ao livre desenvolvimento das subjetividades, do que resultaria apenas um amontoado de indivíduos que, por desconhecerem algo comum, se isolam em suas percepções particulares[147]. Segurança e liberdade são duas faces de uma mesma moeda: ambas designam uma integridade de bens jurídicos que vão desde a proteção contra particulares, passando pela garantia de liberdades frente ao Estado e alcançando a defesa contra perigos públicos diversos. Conforme Isensee, não há uma antinomia entre tais valores legais, mas apenas uma inafastável tensão presente em casos concretos específicos, o que exige um exercício ponderativo por parte daquele que decide[148]. Logo, esta tensão – e não antinomia – se faz presente com frequência, e, em certa medida, é

---

[146] Evidente que a atuação de tais grupos cria determinadas condições sociais propícias à predominância da política sobre o direito, bem como a produção de atos normativos simbólicos, noções que serão exploradas a seguir. Neste sentido, Cf. SCHILD, Wolfgang. Funktionale und nicht-funktionale Bedeutung des Gesetzes: einige Anmerkungen zur Gesetzgebungslehre am Beispiel des materiellen Strafrechts. In: TAMMELO, Ilmar; MOCK, Erhard (org.). *Rechtstheorie und Gesetzgebung:* Festschrift für Robert Weimar. Frankfurt am Main, Berna, Nova York: Verlag Peter Lang, 1986, p. 199. Para uma análise mais abrangente do pensamento de Wolfgang Schild sobre a legislação simbólica, com referências, cf. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica... op. cit.,* p. 33 e ss. O que se pontua, contudo, é que em ambientes deliberativos o diálogo social para a tomada de decisões jurídicas deveria ser encarado com maior normalidade, devendo-se buscar sim os fatores problemáticos *institucionais* que viabilizam uma eventual perda de racionalidade punitiva, ao invés de atribuir esta diretamente a quem não tem o poder sobre a decisão final, tampouco tamanha capacidade para influenciá-la.

[147] "Não se trata, desde logo, de inverter os termos; não se afirma aqui que toda sociedade em funcionamento seja uma sociedade na qual os sujeitos obtêm o que é seu direito, mas sim tão somente se afirma, ainda que decididamente, que sem uma sociedade em funcionamento não há nada mais que um acúmulo casual de indivíduos humanos que, ao carecer de algo comum de caráter vinculante, não conhecem mundo objetivo e por isso não podem transpassar o marco de suas respectivas percepções individuais". JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona... op. cit.,* p. 31-32.

[148] ISENSEE, Josef. *Das Grundrecht auf Sicherheit... op. cit.,* p. 21. O mesmo autor, em outra ocasião, após ser indagado se o direito fundamental à segurança teria prioridade sobre a liberdade, rejeitou uma escolha absoluta entre os dois princípios. Afirmou que a liberdade "só pode existir e se desenvolver em uma comunidade baseada na coexistência pacífica", e que, por outro lado, nem mesmo uma segurança hipoteticamente perfeita seria capaz de garantir uma ditadura totalitária. Cf. Freiheit oder Sicherheit – Ist Deutschland auf dem Weg in den Überwachungsstaat? *Horch und Guck*, Aktuell un Kontrovers, Heft 59, 2007, p. 60 e ss. Disponível em: <http://www.hug-archiv.de/059/05916.pdf>. Acesso em: 23 Mar. 2014.

até mesmo inerente a uma extensa gama de problemas penais colocados perante o agente estatal responsável pela decisão jurídica, não podendo também ser qualificada como causadora dos excessos punitivos.

O problema parece residir na dificuldade empírica de verificação da autopoiese dos sistemas jurídicos em geral, que na realidade estariam inseridos mais em uma configuração de *alopoiese,* termo oriundo do grego *alo* ("outro") *poiesis* ("produção"), e que indica a produção e reprodução do sistema jurídico não a partir de suas estruturas internas, mas sim externas. O direito é, com isso, determinado por prescrições provenientes diretamente do ambiente, prejudicando a diferenciação entre sistema e entorno, bem como a capacidade do sistema jurídico de se reciclar mediante sua abertura cognitiva. Não mais se constitui um sistema autorreferente, apto a orientar as expectativas normativas; ao contrário, perde sua autonomia, sobrepondo-se ao binômio "lícito/ilícito" outros códigos comunicativos, como o político ("poder/não-poder") ou o econômico ("ter/não-ter")[149].

Sistemas jurídicos expostos com frequência a tais intromissões adentram um "estado de corrupção". Não renunciam à normatividade, mas mantêm a si mesmos simulando legalidade, reconhecendo mesmo em suas normas que são incapazes de resistir às pressões da política ou de outros subsistemas. Mediatizam o código binário próprio do direito para subordiná-lo a interesses diversos, e, neste sentido, surge como sistema apenas de modo esparso e desconexo. Nestes contextos, o direito deixa de ser encarado como um subsistema social autopoiético orientado à estabilização contrafática de expectativas normativas, passando a ser visto como instrumento de poder à disposição daqueles com capacidade – ainda que momentânea – de se impor[150].

A este fenômeno se relaciona a proliferação de uma legislação simbólica que faz emergir a percepção de que as leis não expressam conteúdos jurídicos, mas antes formas peculiares de atos políticos. Aqui reside a distinção entre função *instrumental, simbólica* e

---

[149] NEVES, Marcelo. From the autopoiesis to the allopoiesis of law. Trad. Margaret Griesse e Jeffrey Hoff. *Journal of Law and Society,* Oxford: Blackwell Publishers, v. 28, n. 2, jun. 2001, p. 255 e 258. Conforme Antônio Luz da Costa, a alopoiese descreve a "(re)produção do sistema por critérios, programas e códigos do ambiente"; restando o sistema jurídico, no caso, a serviço de finalidades políticas ou econômicas, ou mesmo submetidos a caprichos de influências afetivas (por exemplo, familiares). COSTA, Antônio Carlos Luz. *Irritation und Allopoiesis im Rechtssystem:* eine systemtheorestische Analyse der polizeilichen Beobachtung in der Stadt Teixeira de Freitas, Brasilien. Tese de doutoramento apresentada perante a Universidade de Hamburgo. Hamburgo, 2012. Disponível em: < http://ediss.sub.uni-hamburg.de/volltexte/2012/5498/pdf/Dissertation.pdf >. Acesso em: 23 Mar. 2014.

[150] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad... op. cit.,* p. 137-138.

expressiva. A primeira enseja uma relação mais fixa e direta entre meios elegidos e fins perseguidos; o *expressivo* denota uma exteriorização catártica, expurgação sentimental que objetiva expressar diferencialmente a personalidade do sujeito; enquanto que o *simbólico* caracteriza-se pela prevalência de um significado mediato e indireto por sobre o significado intrínseco e imediato do agir. Nas dinâmicas sociais efetivas, entretanto, um só ato pode levar consigo as três funções, de modo que, no lugar de uma relação de exclusividade, há que se trabalhar com a ideia de predominância. Especificando para o campo do direito, a legislação simbólica até estabelece uma remissão normativo-jurídica à realidade, mas somente de modo secundário, predominando de maneira hipertrófica o sentido político ou ideológico do ato[151]. É de se ressalvar, contudo, que o caráter simbólico das decisões jurídicas tal qual aqui compreendido não se limita apenas às decisões de caráter legislativo, abrangendo também as judiciais[152].

Determinado ato normativo ter uma natureza simbólica pode consistir tão somente em uma de suas várias características, não sendo isoladamente algo problemático. Os próprios direitos humanos, por exemplo, aos quais recorrentemente se faz referência na justificação ou crítica de incriminações concretas, têm em seu cerne um conteúdo claramente simbólico enquanto afirmação política de conquistas jurídicas e sociais historicamente situadas. Ocorre, porém, que esta força simbólica dos direitos fundamentais acarreta um fenômeno ambivalente: por um lado, opera como mecanismo proporcionador de inclusão jurídica das diferentes pessoas e grupos, em um cenário de dissenso estrutural; por outro – e aqui reside o perigo disfuncional do simbolismo normativo –, torna-se um poderoso instrumento de manipulação política, a qual pode aparecer tanto na forma de camuflagem de situações de

---

[151] NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica... op. cit.,* p. 32. Neves, em sua descrição, apoia-se nas descrições de GUSFIELD, Joseph R. *Symbolic crusade: status politics* and the American temperance movement. Urbana, Londres: University of Illinois Press, 1966, p. 170, 178-79, e nas classificações presentes fundamentalmente em KINDERMANN, Harald. Alibigesetzgebung als symbolische Gesetzgebung. In: VOIGT, Rüdiger (org.). *Symbole der Politik, Politik der Symbole.* Opladen: Leske, Budrich, 1989, p. 270.

[152] Exemplos podem ser retirados de estudos de Renato Treves, que relata como a magistratura italiana, no passado, por diversas vezes colocou o direito a serviço do patronato em casos referentes greves e demais conflitos laborais; além de, em um segundo momento, ter se mostrado bem mais tolerante com atos de violência oriundos de grupos fascistas do que aqueles advindos de outros setores políticos. Depois descreve ainda como, após a subida dos fascistas ao poder, teriam os juízes optado por uma postura de prudência em relação às diretrizes do regime, embora prosseguindo com o modo rígido de lidar com os casos relacionados a movimentos trabalhistas. Cf. TREVES, Renato. *Giustizia e giudici nella società italiana.* Bari: Editora Laterza, 1972, p. 59-63.

privação de direitos, ou ainda enquanto arbitrariedades que acabam servindo justamente à violação dos direitos humanos[153].

Não parece o caso de se estabelecer, todavia, uma contraposição absoluta entre, de um lado, legislador e magistrado como aqueles que iludem, e de outro, cidadãos como aqueles que são iludidos. As condições sociais que impulsionam a criação de decisões jurídicas simbólicas constituem um fator determinante para a formulação destas, especialmente em um mundo de mudanças rápidas que leva as normas a perderem sua realidade, mitigando-se assim as fronteiras entre realidade e aspiração (ou encenação), engano e autoengano. Neste cenário, o decisor frequentemente não é sempre apenas produtor intencional de interpretações simbólicas, mas também vítima delas[154]. O que não afasta o fato de, especialmente nos casos de "decisões jurídicas álibi" – aqui ampliando a noção tradicional de "legislações-álibi"[155] –, construírem-se as condições ideais para que o direito penal seja utilizado como instrumento politicamente simbólico nos âmbitos legislativo[156] ou judicial[157], com vistas a: *(i)* encobrir o

---

[153] NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado,* Salvador, n. 4, out.-dez. 2005, p. 3. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-4-outubro-2005-Marcelo%20Neves.pdf>. Acesso em: 20 Mar. 2014. Neste ponto parece se destacar o que Paul Craig Roberts e Lawrence M. Stratton denominaram "tirania das boas intenções", uma manipulação negativa de conteúdos jurídico-constitucionais, precisamente em nome e ao mesmo tempo em detrimento destes, ensejada pela perda da percepção de que o mesmo direito protetor das liberdades pode a estas, sob determinadas condições, constituir uma ameaça. ROBERTS, Paul Craig; STRATTON, Lawrence M. *The tyranny of good intentions:* how prosecutors and bureaucrats are trampling the constitution in the name of justice. Roseville: Forum, 2000, p. 31 e ss.

[154] Ideias presentes em NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica... op. cit.,* p. 40, assentadas, dentre outras fontes, marcadamente nas teses presentes em HEGENBARTH, Rainer. Symbolische und instrumentelle Funktionen moderner Gesetze. *Zeitschrift für Rechtspolitik,* ano 14, caderno 9, set. 1981, p. 203-204.

[155] Legislação-álibi é aquela que busca não uma busca pela efetiva resolução de problemas, mas sim apenas uma construção de confiança por parte dos cidadãos nos governos ou no Estado. Em outras palavras, pretende ela criar confiança em relação ao sistema, por meio da transmissão à sociedade de que determinadas situações problemáticas estão sob o controle dos responsáveis. KINDERMANN, Harald. *Symbolische Gesetzgebung... op. cit.,* p. 234. Como exemplo da utilização política de um direito penal simbólico enquanto álibi, especificando a discussão para as recentes tendências político-criminais sobre o terrorismo, cf. SCHULTE, Phillip H. *Terrorismus und Anti-Terrorismus-Gesetzgebung:* eine rechtssoziologische Analyse. Münster, Nova York, Munique, Berlim: Waxmann, 2008, p. 234.

[156] "O aspirante a cargo público sabe que sucesso eleitoral é um pré-requisito para o exercício de influência e poder e que, a fim de ganhar mais votos do que candidatos rivais, é imperativo averiguar as opiniões dos eleitores, e então satisfazê-las. Políticos eleitos em todo lugar são agudamente cientes da necessidade de manter seus ouvidos próximos ao chão. A habilidade reside em interpretar os sinais recebidos, alguns altos porém irregulares, outros fracos, todavia mais consistentes, e as utilidades para as quais eles são então colocados". WINDLESHAM, Lord. *Politics, punishment, and populism.* Nova York, Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 3.

[157] "Dentre todas as especulações possíveis, a mais curiosa delas têm sido os esforços por alinhamento do Poder Judiciário brasileiro a um standard internacional de prevenção à corrupção, lavagem de dinheiro e improbidade administrativa. [...] Essa postura de recrudescimento da intervenção punitiva, atendendo a padrões internacionais, deve ser vista com muitas ressalvas. É verdade que o plano de metas do Judiciário veicula a ideia de proteção da sociedade brasileira em vista da danosidade da corrupção e da lavagem de dinheiro, ao reprovar a malversação de recursos públicos em benefícios privados. E que a partir desse ideário torna-se possível justificar

déficit estatal de estabilização de expectativas normativas ou de tutela de direitos constitucionalmente positivados – o que tem repercussões destacadamente nocivas[158] em searas como o direito penal[159], que manejam e não raro opõem princípios jurídicos de especial relevância social[160] –; ou ainda, e aqui de modo mais claramente consciente, *(ii)* dissimular o

---

a restrição das esferas de liberdade dos 'acusados' ou mesmo 'envolvidos' nessas relações incestuosas, se o que se pretende ao final é a ampliação do modelo brasileiro de segurança pública. Sem embargo, algo que em princípio seria a defesa da sociedade mais parecem esforços para a inserção do modelo brasileiro em uma identidade internacional de mercado, garantindo a segurança e a confiança das relações negociais e dos investimentos internacionais". SAAD-DINIZ, Eduardo. Notas sobre a intervenção da mídia no livre conhecimento e o papel do "novo defensor penal". In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda. *AP 470:* análise da intervenção da mídia no julgamento do mensalão a partir de entrevistas com a defesa. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 292-293.

[158] Esta crise transcende a mera inefetividade estatal na tutela dos direitos fundamentais – e todos os impactos negativos decorrentes dela –, atingindo a própria confiança e opinião da população acerca do papel inclusivo que estes direitos desempenham em uma sociedade democrática. SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 12, n. 47, mar.-abr. 2004, p. 74. Como exemplo, e mais especificamente no plano da segurança pública, Sergio Adorno destaca como possível herança cultural de períodos autoritários da história brasileira a percepção popular de que direitos humanos seriam "privilégios de bandidos" e contribuiriam para a impunidade. ADORNO, Sérgio. Insegurança versus direitos humanos: entre a lei e a ordem. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP,* vol. 11, n. 2, out. 1999, p. 133-135. Pesquisa publicada em 2010 pela Secretaria de Direitos Humanos do governo federal do Brasil revelou uma ambivalência da acepção popular dos brasileiros sobre o assunto. Indicou, primeiramente, que 34% dos brasileiros em alguma medida concordam com a afirmação "direitos humanos deveriam ser só para pessoas direitas". Segundo, mostrou que 43% da população brasileira está de acordo com a assertiva "bandido bom é bandido morto". Terceiro, 59% manifestam conformidade com pelo menos alguns destes dois postulados. Contudo, e ao mesmo tempo, 98% assentem com a noção de que "todo mundo merece respeito". Isso pode, por um lado, indicar uma dessubjetivação daqueles encarados socialmente como "criminosos"; ou, possivelmente e como alternativa, sugerir que para parte da sociedade brasileira a negação de direitos – mesmo à vida – não implica inexoravelmente um desrespeito. A mesma pesquisa revelou ainda que pouco mais da metade dos brasileiros (52%) se declara a favor de "direitos humanos dos presos", enquanto que a parcela da população manifestamente contrária a tais direitos atinge 31%. Para esta análise e outras notas sobre os resultados, cf. CANO, Ignacio. Direitos humanos, criminalidade e segurança pública. In: BRASIL, Presidência da República. *Direitos humanos:* percepções da opinião pública: análises de pesquisa nacional. Organização por Gustavo Venturini. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010, p. 67. Disponível em: < http://portal.mj.gov.br/sedh/biblioteca/livro_percepcoes/percepcoes.pdf>. Acesso em: 27 Mar. 2014.

[159] Winfried Hassemer alerta que o direito penal simbólico é fruto da crise da concepção de um direito penal orientado a consequências, e constitui efeito colateral de uma "ganância preventiva" que relega a um segundo plano – ou sequer apresenta – questionamentos a respeito da efetividade protetiva da intervenção punitiva, ou então do que esta visa a proteger. HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Trad. Elena Larrauri. In: BUSTOS RAMÍREZ, Juan (dir.). *Pena y estado:* función simbólica de la pena. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur, 1995, p. 30 e ss. Para uma perspectiva criminológica crítica, cf. BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. Trad. Mauricio Martínez Sánchez. In: BUSTOS RAMÍREZ, Juan (dir.). *Pena y estado:* función simbólica de la pena. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur, 1995, p. 37-56.

[160] Particularmente sobre o caso do advento da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) no direito brasileiro, afirma Alberto Silva Franco que "o Movimento da Lei e da Ordem depositou seus ovos de serpente no texto constitucional e gestou a categoria do crime hediondo [...], numa luta contra o crime, sem descanso, mas fadada ao insucesso, por seu irracionalismo e sua passionalidade e unilateralidade", considerando também que "As consequências de uma guerra, sem quartel, contra determinados delitos e categorias de delinquentes, servirem para estiolar direitos e garantias constitucionais [...]". FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos:* anotações sistemáticas à lei 8.072/90. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 86 e 98.

uso do crime e da insegurança como capitais políticos aptos a produzirem ordenação social[161] ou governabilidade acerca de assuntos que transcendem a esfera penal (*"governing through crime"*[162]).

Uma comparação pode contribuir à colocação do problema de uma forma mais apropriada. A existência de empresas multinacionais com demasiado poderio econômico não coloca em perigo, por si só, a liberdade de investigação científica; o perigo decorre sim de uma efetiva e concreta corrupção estrutural causada pelos meios financeiro e corporativo sobre as pesquisas, prejudicando a autonomia do subsistema científico[163]. Da mesma forma, parece pouco preciso partir do pressuposto de que a mera existência de forças sociais oriundas da política, da economia ou da sociedade civil constitui por si mesma um elemento suficientemente proporcionador de irracionalidades punitivas. Um sistema jurídico-penal consistente deveria ter a capacidade de lidar, de modo adequado e por meio de seus próprios instrumentos, com as distintas comunicações advindas do entorno e que o irritam, sem que isso significasse a perda de sua autopoiese ou racionalidade.

É neste contexto que ganha relevância discutir como o sistema jurídico-penal pode reagir à alopoiese ocasionada pelos impulsos desdiferenciadores de subsistemas sociais expansivos como a economia e a política, construindo e consolidando mecanismos jurídico-interpretativos capazes de assegurar a autonomia sistêmica do direito, de maneira a conciliar heterorreferência e abertura cognitiva com uma imprescindível clausura operativa. Como a proposta soa demasiadamente ambiciosa, e como este trabalho deve reconhecer suas limitações materiais e delimitações de conteúdo e de objeto, será dado especial enfoque ao papel que os tribunais – especialmente cortes constitucionais – podem desempenhar neste contexto, bem como a funcionalidade e os riscos do uso da proporcionalidade como instrumento dogmático de verificação da procedência da intervenção punitiva.

---

[161] PAVARINI, Massimo. Gobierno del miedo o a través del miedo? In: Máximo Sozzo (org.). *Por una sociología crítica del control social:* ensayos en honor a Juan S. Pegoraro. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2010, p. 145.

[162] SIMON, Jonathan. *Governing through crime:* how the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear. Nova York: Oxford University Press, 2007, p. 3 e ss.

[163] TEUBNER, Gunther. La constitucionalización de la sociedad global. Trad. Manuel Cancio Melía. In: TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global.* Trad. Manuel Cancio Melía e Carlos Gómez-Jara Díez (ed.). Lima: ARA Editores, 2005, p. 95-96.

1.4. Interpretação judicial do direito penal em sociedades complexas e o problema da proporcionalidade

O cenário até aqui descrito caracteriza um sistema social total (sociedade) e um parcial (jurídico) dotados de um crescente número de elementos. Isso implica que as distintas possibilidades de relações entre tais elementos se multiplicam, superando a própria capacidade deles de efetivamente se relacionarem entre si. Daí a imprescindibilidade de *seleção*: todo sistema social se vê obrigado a desenvolver uma capacidade seletiva, escolhendo algumas das relações em detrimento de todas as outras possíveis. Esta maior dimensão das possibilidades de relação entre os elementos comparação com a aptidão destas relações de serem concretizadas, quando tomada em conjunto com a necessária seletividade sistêmica, é o que caracteriza a complexidade[164]. Por esta razão a complexidade está diretamente relacionada com a colocação de padrões de seleção, isto é, com a ideia de contingência[165], entendida como a condição própria daquilo que é de uma maneira, mas poderia ser de outra.

Este conceito é munido de uma significativa capacidade analítica, capaz de explicar algumas características essenciais da sociedade qualificada como *complexa*. Dentre elas, destaca-se, em primeiro lugar, a inexistência de um "primado funcional": sociedades funcionalmente diferenciadas não elevam o direito, por exemplo, a um patamar superior ao da política; os subsistemas se diferenciam, e são todos relevantes para o desempenho de determinada função relevante à ordem social, tendo ainda aumentada entre si uma interdependência segmentada e múltipla. Em segundo lugar, e relacionado ao primeiro traço fundamental, há um estrutural "déficit de coordenação social", uma vez que o fortalecimento da autorreferência dos subsistemas torna a sociedade carente de um vértice e de um centro

---

[164] Esta noção se relaciona com o que Luhmann denomina *complexidade de relações.* O mesmo autor diferencia ainda uma segunda espécie de complexidade, mas esta situada na *observação.* Se um sistema seleciona as relações que ocorrem dentro de si, é difícil prever quais serão as relações selecionadas: conhecer um elemento fornece informações adicionais sobre o sistema, mas não permite compreender este último em sua totalidade. Neste sentido, a complexidade é encarada como "falta de informação". LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad:* de la unidad a la diferencia. Trad. Josetxo Beriain e José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 26. Estas compreensões da complexidade – de operações e observacional – não implicam que ela seja um entrave a que surjam e se mantenham sistemas sociais; é ela, na realidade, uma condição de possibilidade para que isso ocorra, visto que todo sistema é menos complexo que seu entorno e tem como prestação justamente a redução da complexidade. RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío Rodríguez; RÍOS F., René. Las organizaciones sociales en una sociedad compleja. *Perspectivas CEES-UC*, Santiago, n. 2, jul. 2007, p. 11. Disponível em: < http://emprendimientossolidarios.uc.cl/download/Perspectivas_CEES-UC-2.pdf>. Acesso em: 29 Mar. 2014.

[165] LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales:* lineamientos para una teoría general. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Coord. Javier Torres Nafarrate. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana, 1998, p. 50.

idôneo a coordená-la permanentemente; o que acarreta ainda a dificuldade de, sem padecer de subcomplexidade, ser a sociedade ordenada com base em um único princípio regulativo – seja ele político, econômico ou jurídico. Reflexo disso é a descentralização e heterogeneização estrutural da sociedade, a qual se torna mais propensa ao pluralismo e à "possibilidade de experiências diversas", em um maior "politeísmo moral e político"[166].

Um interessante ponto de partida para observar e compreender a interpretação jurídica é o reconhecimento desta complexidade característica das sociedades contemporâneas. Nestas, em sua imensidão de experiências e de argumentos múltiplos e contrapostos, torna-se mais difícil indicar ao intérprete parâmetros seguros para apreensão das preferências sociais ou para contenção da variabilidade do direito. Sempre que o sistema jurídico busca ser absoluto, acaba se deparando com a contingência – mesmo a estabilização de expectativas significa consolidar uma estrutura contingente. Neste cenário, a decisão significa eleger uma dentre as várias alternativas possíveis. Disso se retira o papel da interpretação jurídica: construir alternativas que permitam interpretar o direito e a sociedade, abrindo caminho para que a partir disso se escolha uma destas possibilidades (decisão). E isso de modo diretamente conectado com o entorno social: interpreta-se o direito da sociedade na sociedade; em última instância, é a sociedade mesma a interpretada, mas por meio dos recursos próprios do direito. Interpretar é auto-observação do direito e hetero-observação da sociedade. Significa construir sentido por meio de comunicações efêmeras, que podem a partir de uma decisão posterior estabilizar expectativas, mas que ao mesmo tempo abrem um amplo horizonte de possibilidades futuras. Deste modo, cada decisão oriunda de um processo interpretativo repercute no sistema e faz com que o interior deste esteja em estado de constante alteração[167].

Comunicação implica um evento específico que, para ocorrer, necessita da concorrência de mais de um ator, e no qual se dão sucessivamente três processos seletivos. Primeiramente, *Alter* escolhe qual das diferentes alternativas de que dispõe será efetivamente transmitida no processo comunicativo ("o que vou dizer"); em segundo lugar, também *Alter* elege ainda uma forma pela qual a comunicação se dará ("como vou dizer"); e, por fim, procede-se a uma seleção de compreensão/incompreensão, mas desta vez protagonizada por *Ego*, que opta por uma das diferentes possibilidades de compreensão a partir daquilo que *Alter* anteriormente lhe transmitiu ("o que entendo"). Não se trata de uma via unilateral em que

---

[166] MILLÁN, René. Sociedad compleja: ¿cómo se integra? *Desacatos*, n. 28, set.-dez. 2008, p. 84-87.

[167] CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do direito e movimentos sociais... op. cit.*, p. 132-141.

Alter apenas diz, enquanto *Ego* apenas escuta, ou vice-versa; a comunicação apenas se aperfeiçoa quando *Ego* reage afirmando que *compreende* ou *não compreende*, ou ainda *como compreende* aquilo que lhe foi passado previamente por *Alter*[168].

Esta relação implica necessariamente uma dupla contingência no mundo social, por meio da qual tanto *Alter* quanto *Ego* reconhecem e incorporam as perspectivas um do outro como se suas próprias fossem; o que enseja, como contrapartida, uma necessária assunção de que o outro detém uma liberdade para variar seu comportamento. Também para o outro o mundo é complexo e contingente: *Ego* tem plena consciência de que *Alter* pode desenvolver uma conduta que signifique a frustração de uma expectativa; pode enganá-lo, enganar-se ou errar. O preço que se paga por absorver expectativas alheias é a inconfiabilidade. O comportamento alheio não pode ser tido como algo determinado e invariável, mas sim expectável dentro de sua seletividade, vez que é escolhido em meio a uma série de alternativas. E esta relação de expectativas não ocorre apenas em relação ao comportamento, mas também em torno das expectativas do outro: nutrem-se expectativas a respeito dos comportamentos *e* expectativas alheias[169].

As noções de complexidade e dupla contingência nas comunicações fornecem uma interessante chave de leitura para compreender como a interpretação do direito tem lugar na relação – nem sempre harmoniosa – entre os Poderes Legislativo e Judiciário. Quando o intérprete-aplicador faz menção ao legislador (não de maneira personificada, mas tendo em conta este como uma instituição, uma posição comunicativa), atribui sentido ao texto

---

[168] RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann… *op. cit.*, p. 32-33. A atribuição de sentido é fundamental na compreensão do processo comunicativo da interpretação. Por meio dela, os sistemas sociais, em sua busca por reduzir complexidade, operam reproduzindo a forma atualidade/potencialidade. Quer dizer: ao selecionar uma das possibilidades de compreensão, em detrimento de outras, o sistema remete as restantes alternativas não escolhidas para o campo do potencial, podendo estas um dia virem a ser atualizadas. Essa definição daquilo que é atual e potencial ocorre fundamentalmente em três dimensões. Uma delas é a *objetiva* (*"objetual"*), na qual se estabelece a diferenciação entre *isto/outro*: a atualização de um sentido determinado (por exemplo, o sentido do que significa um "cão") exclui todos os demais sentidos (o mesmo ser "cão" não será mais compreendido como "gato", "casa" ou "árvore"). Já na dimensão temporal, ocorre a distinção entre passado e futuro, restando o presente como terceiro excluído, vez que consiste no momento em que a operação é realizada. Por fim, a dimensão *social*, sendo esta a que tem lugar a distinção aqui trabalhada entre *Ego* e *Alter*, a qual, por sua vez, não remete a pessoas concretas, mas sim a posições comunicativas, e faz surgir a ideia de dupla contingência. GALINDO MONTEAGUDO, Jorge. La teoría sistémica de la sociedad de Niklas Luhann: alcances y límites. In: LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad.* Trad. Javier Torres Nafarrete. Ciudad de México: Herder, 2006, p. XXXVII.

[169] "Sob as condições da dupla contingência, portanto, todo experimentar e todo agir social possui uma dupla relevância: uma ao nível das expectativas imediatas de comportamento, na satisfação ou no desapontamento daquilo que se espera do outro; a outra em termos de avaliação do significado do comportamento próprio em relação às expectativas do outro. Na área de integração entre esses dois planos é que deve ser localizada a função do normativo – e assim também do direito". LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I... op. cit.*, p. 48.

normativo por este último expedido. A comunicação produzida pelo legislador *Alter* é dotada de um conteúdo informativo ("eu digo que tu dirás isso"), que carece de compreensão por parte do juiz *Ego* ("eu digo que tu disseste isso"). Este, por sua vez, e tendo em vista se tratar de uma relação duplamente contingente, pode se equivocar ou de alguma outra maneira frustrar a expectativa do Poder Legislativo a respeito do conteúdo da informação que anteriormente produziu. *Ego* – juiz – não afirma que o teor decisório é unicamente seu; ao contrário, antes dá um sentido àquilo que *Alter* previamente havia dito, explicitando o que compreendeu acerca desta mensagem. Aqui se nota a tríade *mensagem-informação-compreensão*, sempre presente em processos comunicativos completos. A relação entre legislador e juiz é, portanto, de alteridade, sendo mantidos intactos dois níveis distintos: o da *produção* institucional normativa do Legislativo, o qual realiza uma primeira dação de sentido; e o da *construção* hermenêutica por meio da concretização da norma, realizada pelo Judiciário, o qual promove uma segunda atribuição de sentido, desta vez em definitivo[170].

Isso indica uma superação de concepções tradicionais que colocam o ato de legislar em um grau hierarquicamente superior ao de julgar, dando lugar a uma percepção diferente, segundo a qual a relação entre as competências legislativa e judicial é na realidade circular, havendo uma restrição recíproca do espaço decisório de cada uma. O intérprete-aplicador segue as instruções do enunciado normativo, conforme aquilo que compreende acerca da mensagem que recebeu; enquanto o legislador necessariamente deve considerar como aquilo por ele produzido será recebido e trabalhado pelos tribunais. O fato de os tribunais serem obrigados a emitir uma decisão (*non liquet*), enquanto as outras instâncias jurídicas têm – em regra – a faculdade de prescindir de um ato decisório, até conduz à conclusão de que a jurisdição se encontra no centro do sistema jurídico, ao passo que a atividade legiferante se insere na periferia do mesmo. A periferia possui características diferentes das do centro: tem maior contato com as comunicações do entorno (ambiente) do sistema jurídico, mas não é obrigada a decidir, não funcionando como mera extensão de vontades externas; por isso, para Luhmann, é principalmente na periferia que se garante a autonomia do direito, a partir do momento em que ela pode escolher não decidir apesar das pressões comunicativas em sentido contrário. Importante notar, contudo, que pensar em termos de relação centro-periferia não

[170] NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules... op. cit.*, p. 10-11 e 126.

enseja uma superioridade do centro (jurisdição) em prejuízo da periferia (legislação), mas sim circularidade e complementaridade[171].

No entanto, sociedades complexas – as quais estão longe de serem desconsideradas pela teorização *luhmanniana* – impõem aos órgãos responsáveis pela interpretação e aplicação do direito que estes tenham uma sensibilidade distinta em face da pluralidade, o que redimensiona os contornos da interpretação jurídica realizada pelos tribunais e, a partir disso, permite também uma releitura do papel desempenhado por estas instituições.

Peter Häberle trabalha a questão sob o prisma dos participantes no processo interpretativo da constituição. Para o autor, em uma esfera pública pluralista, deixa de fazer sentido trabalhar a interpretação constitucional como algo próprio exclusivamente dos órgãos jurisdicionais constitucionalmente incumbidos desta tarefa e aqueles formalmente vinculados à lide. A interpretação seria sim um processo aberto do qual participam todas as instituições estatais, cidadãos, potências públicas e grupos sociais. Mesmo aqueles que não se relacionam diretamente com um litígio concreto vivenciam uma realidade constitucional a qual interpretam cotidianamente; são, portanto, potenciais exegetas coparticipantes, cuja influência nos procedimentos interpretativos formais é antes um fator de legitimação que de perturbação. O raio de interpretação se amplia, uma vez que todos podem oferecer alternativas a um aplicador do direito que, neste modelo, mais serviria como um "mediador"[172].

---

[171] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad... op. cit.,* p. 364-367 e 383-385. Esta afirmação de que a periferia é a responsável pela autonomia do direito quando opta por não decidir – e com isso servindo como um "amortecedor" que recepciona as comunicações do ambiente e define aquilo que adentra e o que não adentra o sistema –, além de não poder ser levada às últimas consequências, torna necessário um esclarecimento acerca do trânsito entre os dois extremos do código binário próprio do sistema. Uma decisão judicial que entenda que determinada conduta ou norma se encontra no polo negativo do código ("desconforme ao direito", ou ainda, a depender da tradução, "ilícito", "ilegal", "não direito", todos buscando designar um correspondente ao original *unrecht*) não lança o objeto de julgamento para fora do sistema jurídico. Na realidade, e paradoxalmente, aquilo que não é conforme ao direito integra o sistema, disso inclusive decorrendo as condições imprescindíveis à imposição de uma sanção. Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 159.

[172] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional:* a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antionio Fabris Editor, 1997, p. 13, 23-28, 33-34. Em outro espaço, desta vez discorrendo sobre os riscos e os limites de sua própria teoria, Häberle pontua: "A interpretação constitucional, portanto, não só deve evitar cair no turbilhão das decisões políticas urgentes ou imediatas mais cotidianas, nem nas pressões de uma opinião pública pré-configurada e preestabelecida de antemão, senão que tampouco deveria cair no predomínio das associações e agrupamentos cidadãos (*Eschenburg*). O ponto de equilíbrio seria lograr uma 'democracia cidadã de todos'. Para evitar estes perigos se requer, por um lado, criar toda uma gama de finos instrumentos racionais de interpretação pluralista (ou plural), assim como de métodos correntes, e, por outra, criar uma estruturação e organização do âmbito público de cunho pluralista, como, por exemplo, mediante leis que favoreçam uma participação plural de toda a cidadania na radiotelevisão. [...] Os déficits de pluralismo, que são também simultaneamente déficit do público, podem mostrara aqui sua faceta mais negativa [...]. O problema

A abordagem de Häberle é interessante por incluir o pluralismo e o dissenso das sociedades hipercomplexas como fator elementar da interpretação constitucional, cujos métodos, por sua vez, também haveriam de ser influenciados por esta característica. Também é notória por denotar que o texto constitucional por si só não é algo que possa ser superestimado, sobressaltando a função criativa do juiz e evidenciando que a concretização constitucional deve ir além de uma simples relação entre Legislativo e Judiciário. Não explora, contudo, todos os meandros desta relação (multilateral). Ao mesmo tempo em que explicita seu entendimento pela criatividade da atividade jurisdicional, por outro lado desconsidera que o intérprete-aplicador não é um simples "mediador" dos atores sociais na coparticipação destes na hermenêutica constitucional, mas sim um *selecionador* de distintas – e por vezes contrapostas – expectativas normativas presentes em um conflito jurídico. Afinal, interpretar é construir e solidificar alternativas por meio de um processo argumentativo, o que importa selecionar caminhos que necessariamente acarretarão o afastamento de outros tantos possíveis. Esta perspectiva evidencia que, a princípio, a esfera pública, inclusive o Poder Judiciário, está sim aberta às interpretações emergentes na esfera pública plural, mas o caminho interpretação-argumentação-decisão não consiste em uma "mediação" de pontos de vista, traduzindo-se antes em uma *seleção* de uma ou mais expectativas normativas, em detrimento de outras tantas relevantes presentes nas comunicações sociais e jurídicas[173].

A abrangência material, temporal e pessoal do direito constitucional acaba fazendo com que esta seara jurídica esteja entre os que mais suscitam controvérsias em torno das expectativas normativas a respeito de seus respectivos textos[174]. Isso alcança tamanhos níveis de relevância a ponto de influenciar técnicas de exegese da legislação ordinária (interpretação

---

não é outro que o de encontrar o caminho correto, algo nada fácil – diga-se de passagem –, que exige grande tato e sensibilidade e, sobretudo, constância". HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución:* estudios de teoría constitucional de la sociedad aberta. Trad. Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 85 e ss.

[173] NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã:* uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. Trad. pelo próprio autor. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 203-204.

[174] NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã... op. cit.*, p. 205. Sobre isso, assevera Luís Roberto Barroso: "[...] as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido". BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição:* fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 348.

conforme a constituição)[175], consequentemente incrementando em quase todas as discussões jurídicas ao menos um potencial destas para ensejar conflitos interpretativos.

Entretanto, julgamentos envolvendo questões penais parecem ter uma capacidade similar, ou no mínimo próxima, de gerar dissenso interpretativo, e não só em razão de o direito penal ser tão proximamente vinculado com o constitucional. A violação de normas jurídico-penais faz surgir um conflito que não se reduz ao plano das pessoas individualmente consideradas e envolvidas com o caso: como o direito penal apenas assegura normas cuja observação é indispensável à manutenção de uma configuração social básica, tanto a frustração de uma expectativa, quanto o conflito e a exigência de uma reação estatal transcendem o plano da pessoa singular, devendo ser encaradas como eventos importantes para o sistema de relações sociais[176]. Se o evento delitivo é dotado de uma tal dimensão social, e se o direito penal lida com questões tão caras à sociedade (e controversas), é natural que em sociedades complexas e democráticas a interpretação das normas jurídico-penais não só reflita como também impulsione e esteja aberta ao dissenso já presente de modo estrutural na esfera pública[177], bem como ainda às expectativas daqueles que vivenciam a realidade normativa (penal) tanto quanto os intérpretes-aplicadores.

---

[175] Para uma visão crítica dos métodos interpretativos, inclusive acerca da interpretação conforme a constituição, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio (org.). *Interpretação constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2007, p. 115 e ss. Virgílio Afonso da Silva analisa que quando a Corte recorre à interpretação conforme, acaba tendo por finalidade adequar a interpretação do dispositivo legal àquilo que o próprio tribunal considera ser constitucional. De modo que esta técnica de exegese implica a necessidade de uma postura equilibrada por parte dos tribunais constitucionais, respeitando as funções legislativas por um lado, mas ao mesmo tempo desempenhando sua função hermenêutica de corrigir e até mesmo estender, em casos bastante específicos, o alcance da norma. SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*, v. 3, p. 191-210, 2006.

[176] JAKOBS, Günther. *Derecho penal,* parte general: fundamentos y teoría de la imputación. Trad Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 12.

[177] Isso permite uma relação com o que as teorias criminológicas da anomia designaram como uma funcionalidade social presente no fenômeno criminal. Uma das possibilidades de interpretar esta abordagem é encarar os problemas criminais como produtores de reflexão, bem como os julgamentos penais – especialmente os que têm uma conotação mais evidentemente coletiva – como espaços nos quais são discutidas questões socialmente importantes. Buscando explicar este viés funcional da teoria da anomia, Sérgio Salomão Shecaira afirma que, na perspectiva da mesma, o crime pode até mesmo servir como um fator desencadeador de mudanças sociais e estreitador de relações no âmbito da sociedade. Mas, e aqui mantendo coerência teórica com o que vem sendo aqui desenvolvido, esta funcionalidade não exclui a existência de uma controvérsia social estrutural a respeito da interpretação jurídica e dos problemas sociais relevantes, mas antes denota a possibilidade de esta se manifestar no meio penal impulsionando o estabelecimento de consensos mínimos. Cf., a respeito da questão, SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia.* 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 233. Trabalhando a funcionalidade do crime como característica daquilo que não é necessariamente nocivo, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología:* una introducción a sus fundamentos teóricos. 6. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 435 e ss.

Também a interpretação do direito penal[178] envolve a necessidade de seleção por parte do intérprete-aplicador de determinadas expectativas normativas em detrimento de outras, o que parece mais visível em determinadas circunstâncias específicas. Um primeiro exemplo ocorre já no plano da tipicidade. Embora os elementos *descritivos* do tipo também sejam passíveis de alguma valoração por parte do exegeta, e não obstante ainda os elementos *normativos* poderem ser igualmente dotados de características empiricamente constatáveis[179], estes últimos inegavelmente exigem do intérprete em sentido estrito uma mais aguda remissão a valorações sociais ou políticas na delimitação do alcance do tipo penal – o que demanda a abertura da exegese à dinâmica interpretativa de uma sociedade aberta dos exegetas da Constituição[180] e do direito como um todo. O mesmo se dá com outros institutos que buscam distinguir o *típico* do *atípico*, como é o caso da remissão por parte do intérprete à ordem social e constitucional (sempre espaços de controvérsias) para designar aquilo que é socialmente adequado[181] ou penalmente insignificante[182]; bem como da demarcação da linha dogmática que separa o risco permitido do proibido. Tal agudização interpretativa também

---

[178] Para uma compreensão ampla a respeito dos distintos modelos de interpretação aplicados ao direito penal (literal, lógica, restritiva, extensiva, sistemática, teleológica e como concreção), cf. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*, parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

[179] Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*, Parte General. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 138-139. Pioneiro nas discussões sobre os elementos normativos do tipo penal é Max Ernst Mayer, que trabalha estas estruturas dogmáticas como aquelas integrantes de um resultado típico que possuem tão somente um significado valorativo, sendo realizadas apenas no mundo do direito. MAYER, Max Ernst. *Derecho penal*, Parte General. Trad. Sergio Politoff Lipschitz. Montevideo: Editorial B de F; Buenos Aires: Euros Editores, 2007, p. 228 e ss. Didaticamente, sobre a dicotomia, José Cerezo Mir define os elementos descritivos como os que aludem a "objetos, seres ou atos perceptíveis pelos sentidos", nos quais o conteúdo valorativo é substancialmente reduzido (como "coisa" nos delitos patrimoniais); ao passo em que os normativos remetem implicitamente a uma ética social e aos usos socialmente construídos, impondo ao juiz a realização de um juízo de valor. CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*, parte general, tomo II: teoría jurídica del delito. Madrid: Editorial Tecnos, 2005, p. 116-118. Günther Jakobs conceitua os elementos típicos normativos como aqueles que fazem referência a fatos caracterizados por uma evidente carga social e que adquirem a forma de fatos jurídicos, em oposição aos elementos nos quais esta relação social está mais encoberta. JAKOBS, Günther. *Dolus malus.* Trad. Yamila Fakhouri Gómez. *InDret*, n. 4, 2009. Disponível em: < http://www.indret.com/pdf/674.pdf>. Acesso em: 02 Mai. 2014, p. 11. Sobre o tema, cf. ainda ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal:* tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Trad. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979, p. 60-63.

[180] REALE JÚNIOR, Miguel. Anti-semitismo é racismo... *op. cit.*, p. 326-327.

[181] "Não obstante, o exercício de direitos constitucionais (vinculados a princípios democráticos constitutivos da ordem política e social) reveste, no âmbito penal, não só transcendência para a justificação de condutas (exclusão da antijuridicidade), senão *também* para estabelecer a relevância típica das mesmas". MORALES PRATS, Fermin. Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora. *Cuadernos de política criminal*, Madrid: Edersa, n. 36, 1988, p. 687-688. Sobre o tema da adequação social, no Brasil, cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2010. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Adequação social e direito penal. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (coord.). *Direito penal contemporâneo.* São Paulo: Saraiva, 2011.

[182] Asseverando que a mínima ofensa deve ser avaliada conforme a casuística, RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Fundamentos de direito penal brasileiro... op. cit.*, p. 94.

emerge no patamar da *antijuridicidade* – na qual se fazem presentes uma colisão de interesses socialmente relevantes, e também proposições acerca de como este conflito deve ser resolvido; problema este que implica uma divergência interpretativa a respeito do conteúdo e abrangência de tais interesses, assim como de qual deles deve prevalecer nos casos concretos[183] –, bem como na distinção entre o *punível* e o *não-punível*[184]. Sem contar ainda as hipóteses concretas que de algum modo trabalham com princípios constitucionais colidentes[185], ou com distintas compreensões com relação a um só princípio.

Estes exemplos denotam a sempre difícil situação dos juízes, responsáveis por, de um lado, não ultrapassarem os limites da legalidade penal e da coerência sistêmica no que tange a outros precedentes judiciais; e, de outro, gerenciarem em suas respectivas margens de liberdade interpretativa as peculiaridades do caso concreto[186]. Mas não só: como afirmado, os intérpretes-aplicadores atuam seletivamente, excluindo e acolhendo distintas expectativas normativas a respeito de direitos e deveres jurídicos (penais inclusive), por meio disso definindo tanto as normas presentes nos textos legais, como também as consequências normativas concretas (aplicação ou não da pena ou medida de segurança, por exemplo) decorrentes da internalização pelo sistema jurídico de determinados eventos sociais (delito). Em uma sociedade complexa caracterizada por uma esfera pública pluralista, cabe à jurisdição essencialmente absorver este dissenso estrutural concernente à determinação dos direitos e

---

[183] "Parecem notáveis as implicações relativas à função da pena ainda acerca de problemas da teoria geral da antijuridicidade. Esta é a categoria do delito pela qual se procura oferecer a regulação correta de conflitos entre interesses contrastantes". MOCCIA, Sergio. *Il diritto penale tra essere e valore:* funzione dela pena e sistemática teleológica. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, p. 191. Bechara, partindo dessa relação entre ponderação de interesses e definição das hipóteses excludentes da antijuridicidade, afirma ser a proporcionalidade da intervenção punitiva o "critério fundamental para a fixação das causas de justificação". BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico... op. cit.*, p. 176-177.

[184] É o caso, por exemplo, em que a proporcionalidade pode atuar como importante critério de interpretação na definição dos casos em que pode o Estado prescindir da aplicação da pena. Sobre o assunto, apesar de não trabalhar em termos explícitos com o critério da proporcionalidade, SCHROEDER, Friedrich-Christian. A renúncia à sanção no direito alemão. Trad. Gustavo de Carvalho Marin. In: SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal.* Eduardo Saad-Diniz, Andrés Falcone e Gustavo de Carvalho Marin (org.). São Paulo: LiberArs, 2013, p. 61-69.

[185] Enrique Bacigalupo pontua que os conflitos entre direitos fundamentais – cuja maioria tem uma estrutura principiológica – independe de estes serem considerados como "direitos subjetivos de defesa" ou como dotados de um "duplo caráter" enquanto integrantes de uma ordem objetiva. Pelo contrário, as colisões inter-princípios vão além desta discussão se inserem também nas problemáticas penais, como é o caso das recorrentes tensões entre liberdade de expressão e o direito à honra. BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal.* Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999, p. 183-185. No Brasil, acerca dos princípios penais, constitucionalmente amparados de modo explícito ou implícito, AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios penais:* da legalidade à culpabilidade. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

[186] GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito penal e interpretação jurisprudencial:* do princípio da legalidade às súmulas vinculantes. São Paulo: Atlas, 2008, p. 45.

deveres jurídico-penais, considerando a dimensão social do fenômeno penal e toda a complexidade das relações sociais observadas[187].

Evidente que isso ganha contornos ainda mais próprios na seara penal, na qual grande parte dos casos apresentados às instâncias jurisdicionais para julgamento envolvem questões predominantemente fáticas e empíricas[188], tendo assim uma elucidação que pode a princípio aparecer como menos problemática e controversa, ao menos quando comparadas a conflitos jurídicos envolvendo interpretações sobre o conteúdo das normas. Todavia, mesmo os fatos não são realidades "brutas" dadas, no sentido de puramente encontradas por um "sujeito cognoscente", sem uma mediação conceitual ou uma implicação subjetiva. O juiz não se depara com fatos puros, mas sim com proposições a eles relativas ("representações cognoscitivas") que são também mediadas pela linguagem. Tais proposições estão igualmente submetidas à ambiguidade e vagueza, bem como à exegese do intérprete – o qual atua não como um descritor neutro do que já independentemente existe, senão como "construtor desde dentro" dos fatos julgados[189]. Ademais, no que concerne às situações que interessam ao sistema jurídico, é difícil separá-las de modo rígido entre *somente fáticas* ou *somente de direito.* Estes polos recorrentemente se mostram entrelaçados nas situações concretas, sendo mais apropriado trabalhar com a ideia de uma relação de predominância[190].

Um direito positivado, tido como não-imanente e mutável, é um espaço constantemente aberto à interpretação e argumentação: há sempre um processo argumentativo contínuo em torno da definição da melhor forma de se interpretar determinado material jurídico[191]. Isso não exclui, porém, o fato de que é principalmente nas hipóteses em que há especial dúvida sobre a norma legal aplicável – como em concretos confrontos interpessoais ou controles de norma abstratos – que a interpretação e a argumentação se sensibilizam em

---

[187] Cf. NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules... op. cit.*, p. 57-61.

[188] "Uma das insuficiências mais notáveis da teoria da argumentação jurídica que tem sido elaborada nas últimas décadas é a escassa ou nula atenção que se presta à argumentação em matéria de fatos. Essa carência é particularmente grave em relação com o Direito penal, cuja aplicação apresenta mais frequentemente questões relativas à prova dos fatos que problemas de interpretação normativa". ATIENZA, Manuel. Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez. In: ATIENZA, Manuel. *Cuestiones judiciales.* México, D.F.: Distribuciones Fontamara, 2001, p. 25.

[189] ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. *Doxa*, n. 12, 1992, p. 264-265. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10045/10731>. Acesso em: 02 Mai. 2014.

[190] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 648-649.

[191] MACCORMICK, Neil. Direito, interpretação e razoabilidade. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. *Direito e interpretação:* racionalidade e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 34-38.

maior grau, operando aqui a distinção regra-princípio e a necessidade de se recorrer a critérios (como a regra da proporcionalidade) que permitam manejar a multiplicidade de expectativas normativas (consubstanciada nas discordâncias interpretativas)[192].

Este enfoque se afasta de concepções que veem como possível a busca de uma única resposta correta aos problemas jurídicos[193]. Também se distancia de teses que creem na figura de um Juiz Hércules que, orientado por suas convicções ideais acerca de valores de justiça e por um "senso de integridade constitucional", seria capaz de encontrar a melhor explicação para um evento legislativo já ocorrido, e estaria também habilitado a identificar os princípios de moralidade política de uma determinada comunidade[194]. Tais acepções transformam o juiz em um ideal regulativo incompatível com as múltiplas possibilidades que caracterizam os modelos atuais de sociedade[195], e desconsidera que o cerne do conceito de decisão – inclusive a jurídica – é a escolha de uma alternativa em meio a outras possíveis.

A atividade interpretativa judicial é na realidade uma seleção de expectativas normativas, imprescindivelmente pautada na absorção do dissenso estrutural característico da esfera pública hodierna. Seleção esta que, todavia, não se dá despadronizadamente. Em um primeiro movimento de *autovalidação* da exegese jurídica, é preciso que esta guarde uma relação de congruência com outras decisões do interior do sistema jurídico, assegurando com isso a consistência sistêmica por meio da redundância. Mas essa coerência decisória, para permitir que a mutabilidade do direito ocorra e se expresse, precisa indispensavelmente se conectar a procedimentos jurídicos que viabilizem uma reorientação das expectativas anteriormente selecionadas[196]. E aqui se fala de autovalidação porque se tem sempre uma

---

[192] NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules... op. cit.,* p. 95.

[193] Defendendo o paradigma da única resposta certa, cf. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio.* Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 175 e ss. Contrariamente a este posicionamento, Aulis Aarnio: "Caso se pretenda agora que uma das respostas dadas é 'melhor' que as outras ou que é a única correta, deve-se ter algum critério para esta postura. E, ademais, há que sair da discussão, o que significa recorrer a um *metaHércules J.,* e assim sucessivamente. Cada tentativa de provar que uma das respostas alternativas é a 'correta' conduz assim a um regresso ao infinito argumentativo, e isso está condenado necessariamente ao fracasso". AARNIO, Aulis. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. *op. cit.,* p. 56, 59-60. *Doxa, Cuadernos de Filosfía del Derecho,* n. 8, 1990, p. 32. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10045/10797>. Acesso em: 02 Mai. 2014.

[194] DWORKIN, Ronald. O império do direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 404-405 e 474.

[195] NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules...*

[196] Sobre os perigos de um respeito mecânico a precedentes judiciais em direito penal, atitude que encara as decisões anteriores de modo a não se aceitar nenhuma outra interpretação diferente da jurisprudencialmente estabelecida, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *El problema penal:* la tensión entre teoría y praxis en el derecho penal. Madrid: Iustel, 2012, p. 88. Especificamente sobre o caso brasileiro, cf. GOMES, Mariângela

referência ao sistema jurídico. Mas não basta: a atenção à pluralidade de perspectivas, imprescindível à validação das interpretações, enseja a ainda por uma *heterovalidação.* Por esta, ainda que a decisão seja algo sempre contingente, são excluídas aquelas compreensões tão "estranhas" (absurdas, implausíveis) que são impossíveis de serem racionalmente extraídas do conjunto fático-normativo à disposição do intérprete, e que por isso inviabilizam também a generalização destas interpretações como critérios consistentes para a resolução de outros casos que envolvam problema jurídico similar. Não se trata a heterovalidação de um (inexistente) consenso conteudístico, mas sim de um entendimento socialmente partilhado de expectativas quanto à multiplicidade de sentidos possíveis[197].

Em contextos marcados pelo uso predominantemente simbólico do poder punitivo penal, em que são nebulosas as fronteiras que separam política e direito, e no qual se torna nodosa uma tensão liberdade-segurança que deveria constituir um dilema comum a quase todas as decisões jurídico-penais, o que se tem como resultado é um problemático enrijecimento da política criminal[198], inclusive a legislativa[199]. Isso implica uma reorientação do entendimento da teoria *luhmanniana* de que os poderes legiferantes (periferia) são os responsáveis pela manutenção da autonomia do sistema jurídico, em virtude de terem a liberdade de escolher não decidir (com isso definindo o que adentra e o que não adentra o sistema).

O cenário até aqui descrito atribui ao Poder Judiciário novas responsabilidades, sendo corresponsável pela autonomia e operacionalidade do direito. Primeiramente, no concernente

---

Gama de Magalhães. Notas sobre as súmulas vinculantes em matéria penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 18, n. 84, p. 77-110, mai.-jun., 2010.

[197] NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã... op. cit.,* p. 207-213.

[198] "Tendo em vista a realidade de nossos países e aqueles paradigmas, esse modelo de política criminal neoliberal poderia ter como características o seguinte: a) é próprio de um contexto econômico, onde as privatizações de setores estratégicos do aparelho público tornam confusa a separação entre Estado e empresas; b) fomenta a orientação repressiva extremamente autoritária para com a criminalidade de rua; c) amplia a orientação preventiva, incluindo como criminosas as pessoas de contacto com os indiciados, ou aquelas suscetíveis de causarem perdas econômicas; d) estimula a expansão e a diversificação das sanções penais e extrapenais". TAVARES, Juarez. A globalização e os problemas de segurança pública. In: HOLLENSTEINER, Stephan (org.). *Estado e sociedade civil no processo de reformas no Brasil e na Alemanha.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 64.

[199] José Luis Díez Ripollés, embora com alguns pressupostos teóricos ligeiramente distintos dos aqui adotados – como uma visão mais negativa e pessimista acerca da participação das potências públicas na conformação do direito penal – afirma que a lei penal passou por uma ressignificação na contemporaneidade, especialmente quanto à pretensa assunção do *status* de código moral social e de instrumento de juridificação de conflitos sociais muito mais profundos; o que se torna mais problemático quando aliado ainda à relegação da legislação em matéria criminal ao "oportunismo social e político". DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales.* Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 14.

à abertura da exegese jurídica às distintas perspectivas características do dissenso estrutural, e em um panorama também de assimetria social nas relações econômicas e de poder – expoente em casos como o brasileiro –, cabe aos intérpretes-aplicadores a absorção da multiplicidade de expectativas em torno do direito (penal), de modo a evitar a demasiada hipertrofia de uma determinada leitura do problema normativo em prejuízo exacerbado das outras. Assim, por mais que decisão signifique escolha, e que escolhas sempre impliquem a exclusão ou redução de possibilidades, a decisão judicial em uma sociedade complexa reorienta as expectativas dos direta e indiretamente envolvidos na controvérsia; e se justifica na medida em que, apesar de seletiva, impede que o crescimento demasiado da perspectiva interpretativa de determinado grupo sufoque as outras (não juridicamente implausíveis) dos demais setores. Em segundo lugar, e especificamente no que tange a contextos alopoiéticos – no caso, de contaminação do código e programas jurídicos por critérios do entorno (perda da autonomia do direito) –, seria de incumbência dos intérpretes em sentido estrito promover uma *reação jurídica* em face tanto dos riscos do potencial desdiferenciador oriundo dos outros subsistemas (especialmente da política e da economia, mas também de relações familiares e de amizade, cientificistas, midiáticas, corporativistas ou de fundamentalismo religioso), como também dos perigos da negação da dupla contingência comum às comunicações sociais[200].

O sistema jurídico dispõe de importantes elementos para viabilizar este empreendimento, como é o caso dos direitos fundamentais. Estes, por sua vez, relacionam-se diretamente com a manutenção da diferenciação funcional da sociedade, permitindo a convivência de comunicações jurídicas distintas umas das outras e provenientes de diferentes esferas[201]. O que se tem aqui é a busca de uma máxima consistência das decisões jurídicas em atenção ao entorno do direito, composto de modo fragmentado pelos outros sistemas. O direito reage às diferenças do entorno reintroduzindo-as em seu interior. A afirmação do direito fundamental à liberdade religiosa em contextos sociais específicos, por exemplo, ratifica a autonomia do sistema religioso contra as ingerências passíveis de serem perpetradas pelos outros sistemas parciais, inclusive o próprio direito penal[202]. A partir disso atuam os

---

[200] NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules... op. cit.,* p. 162-170.

[201] Esta ideia se encontra em LUHMANN, Niklas. *Grundrechte als Institution:* ein Beitrag zur politischen Soziologie. Berlim: Duncker & Humblot, 1974, p. 23.

[202] A isso se conecta a relação entre liberdade religiosa, multiculturalismo e direito penal, mediada pela noção dogmática de adequação social. Sobre a aplicação da adequação social como chave de leitura para as fricções entre direito penal e peculiaridades culturais, Renato de Mello Jorge Silveira pontua: "Apesar de até poder ocorrer situação de erro cultural, o que aqui se advoga é o não aperfeiçoamento típico por meio de explicação cultural. Daí a utilização da adequação social, pois nem mesmo a figura desenhada por razões culturais chega a ser considerada típica. A interpretação de que uma determinada ação se justifica por uma herança cultural, não

direitos fundamentais como mecanismos que imunizam a sociedade e o indivíduo contra uma "simplificação totalizante" de iniciativa da política ou de outro sistema parcial com potencial desdiferenciador[203]. Logo, no direito penal, (i) evitam que determinada perspectiva interpretativa suprima a outra, (ii) colocam barreiras à captura do direito penal por parte das comunicações de outros subsistemas sociais, e (iii) aumentam as exigências de justificação do uso do poder penal.

A relação de dependência existente entre, de um lado, o livre desenvolvimento das distintas individualidades socialmente situadas, e, de outro, o asseguramento por parte do Estado das estruturas mínimas para tanto, atribui ao Poder Judiciário, em especial às cortes constitucionais, um papel relevante na efetivação dos direitos fundamentais[204]. Significa reconhecer nas incumbências da jurisdição em matéria constitucional e penal não só a garantia do mínimo essencial à manutenção do dissenso estrutural da esfera pública pluralista. Vai além: a partir do manejo da dogmática e dos direitos fundamentais para a interpretação dos casos criminais, tem a jurisdição o papel de colocar limites à expansão do entorno e seus influxos sobre o direito penal. E isso com a finalidade última de restabelecer ou certificar a

---

perfazendo, assim, o tipo penal, é muito mais eficaz do que o entendimento de que o indivíduo agiu guiado por erro. [...] A situação é bastante mais complexa, espelhando, mesmo, um verdadeiro não aperfeiçoamento típico por questões culturais". SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal... op. cit.*, p. 330-331. Do mesmo autor, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Multiculturalism and criminal law: the brasilian case. *Revue internationale de droit pénal*, v. 82, p. 507-521, 2011. Abordando especificamente a relação entre ordens jurídicas estatais e outras ordens locais extraestatais, planos que recorrentemente entram em conflito entre si, e defendendo uma relação de tolerância e mútuo aprendizado, NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo.* São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 216-229.

[203] MANCILLA, Nathaly. La constitución (chilena) y los derechos fundamentales ante los intentos desdiferenciadores de la política. In: CADENAS, Hugo; MASCAREÑO, Aldo; URQUIZA, Anahí (ed.). *Niklas Luhmann y el legado universalista de su teoría: aportes para el análisis de la complejidad social contemporánea.* Santiago: RIL Editores, 2012, p 330-331.

[204] BACIGALUPO, Enrique. Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional en la protección de los derechos fundamentales. In: BACIGALUPO, Enrique. *Justicia penal y derechos fundamentales.* Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 243 e ss. Isso, entretanto, não pode servir à sobrecarga do Poder Judiciário na tarefa de efetivação dos direitos fundamentais como forma de proteção do indivíduo e de manutenção da diferenciação funcional da sociedade. Esta missão parece cumprir, na realidade, ao todo do aparato estatal, sendo mais prudente falar em um regime de corresponsabilidade entre as instâncias deliberativas, ainda que se atribua ao Judiciário a posição de centro do sistema jurídico. Segundo Conrado Hübner Mendes, o modo convencional de se ter a jurisdição como "único centro de gravidade" e "único guardião" da constituição é prejudicial à própria observância da constitucionalidade, na medida em que se reduz – ou mesmo se exime – a responsabilidade dos outros atores políticos de, também eles, promoverem os valores constitucionais. Estes outros atores, na prática, abrigam-se detrás da falsa ideia de que apenas tomam "decisões políticas ordinárias", eximindo-se da obrigação de fornecer argumentos constitucionais consistentes. Este raciocínio ganha especial relevância no direito penal, onde impera a estrita legalidade, e cujos limites de legitimação constitucional exigem por parte do poder público que este justifique suficientemente uma constrição a algum direito fundamental, tanto por meio da ameaça legislativa abstrata como da imposição judicial concreta de pena. Sobre isso e para outras discussões a respeito dos limites e possibilidades de um árduo diálogo interinstitucional, cf. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.* Tese de Doutoramento apresentada perante a Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008, p. 5 e ss.

diferenciação funcional da sociedade e a própria autonomia do subsistema jurídico-penal – potencializando, por fim, a capacidade deste de efetivar de modo mais funcional sua abertura cognitiva, e de responder mais racionalmente às necessidades de uma sociedade complexa.

Neste contexto de distintas expectativas normativas sobre a conformação legislativa e judicial do direito penal, e de controvérsia sobre qual lado do pêndulo liberdade/segurança deve prevalecer nos conflitos de ordem criminal, é gerada uma constante instabilidade e perturbação das mediações normativas. As regras de proporcionalidade (idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) surgem então como mecanismos dogmáticos úteis à decisão judicial responsável por demarcar diferenças entre as pessoas envolvidas na lide e entre as perspectivas colidentes, bem como a conter os excessos punitivos das intervenções jurídico-penais. Buscam elas "referenciais interpretativos para controlar as indeterminações", com vistas ao restabelecimento da estabilidade normativa[205].

Já sob a perspectiva dos influxos entre sistemas e a recorrente corrupção do sistema jurídico pelo entorno, a proporcionalidade, quando utilizada moderadamente, oferece racionalidade jurídica à política (utiliza parâmetros constitucionais para mediar tensões entre direitos fundamentais), e racionalidade política ao direito (opera relacionando distintas expectativas normativas em torno dos meios escolhidos e fins almejados pelas decisões jurídicas). Todavia, constitui uma moeda de dois lados: se utilizada desmedidamente e sem um conteúdo dogmático definido, aumenta os riscos de irracionalidade de ambos os sistemas (político e jurídico), os quais passam a trabalhar com ponderações *ad hoc* (não sistemicamente generalizáveis), sempre dependentes das qualidades concretas de interesses particularistas incidentes em cada caso concreto[206].

Em cenários problemáticos como esse, não há redundância do sistema jurídico, tampouco as decisões conduzem a uma redução de complexidade realmente efetiva (as possibilidades continuam múltiplas e imprevisíveis). Isso que torna o direito elástico e facilmente acomodável aos particularismos concretos, mediante argumentações desprovidas de pretensões de congruência. Terreno fértil para que fórmulas como "proporcionalidade" e "ponderação de interesses" sirvam, de modo nominalista, como mero reforço argumentativo

---

[205] SAAD-DINIZ, Eduardo. Regras de proporcionalidade e oportunidade na interpretação penal. In: OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Direito penal econômico:* estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 469-470 e 481.

[206] NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules... op. cit.*, p. 195-196.

para – consciente ou inconscientemente – fundamentar a abertura do direito a sistemas possivelmente mais rígidos (como a economia), a depender do contexto social[207]. Especificamente no campo penal, o risco do uso desmedido ou impreciso da proporcionalidade na interpretação jurídica se mostra, por um lado, na possibilidade de serem justificadas criminalizações de forma genérica, mediante um teste formal que atribui pouca relevância ao *conteúdo material* das medidas punitivas[208] – o que debilita qualquer intenção de serem as regras de proporcionalidade tidas como instrumentos de reação jurídica mediadores de direitos fundamentais colidentes, aptos, portanto, a bloquear com racionalidade jurídica os ímpetos desdiferenciadores advindos das forças sociais do ambiente.

A proporcionalidade pode se traduzir em poderoso instrumento não só de verificação de legitimidade constitucional das intervenções punitivas, mas também de capacitação da interpretação jurídica para dar conta das distintas demandas sociais em torno do direito penal sem que este perca a racionalidade jurídica. Todavia, por outro lado, sem uma delimitação das hipóteses nas quais podem ser úteis enquanto critérios interpretativos, e sem uma delimitação de seu conteúdo dogmático, as regras de proporcionalidade podem contribuir para que o direito se torne mais facilmente amoldável a interesses particularistas nos processos de argumentação jurídica – e aqui é necessário ressaltar a ausência de uma intencionalidade propriamente negativa por parte dos intérpretes concretamente considerados. Panorama este que não só prejudica a diferenciação funcional da sociedade, como também corrói as bases de uma esfera pública baseada no pluralismo e na capacidade das forças sociais de influenciarem a interpretação do direito penal, o qual acaba escancarado de modo pouco salutar às influências assimétricas do entorno.

---

[207] LUHMANN, Niklas. El derecho como sistema social... *op. cit.*, p. 78-79.

[208] SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. Trad. María Martín Lorenzo y Mirja Feldmann. 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. 212-214.

2. A PROPORCIONALIDADE DAS PENAS

2.1. Uma distinção necessária

O uso do termo "proporcionalidade" não é unívoco, ou ao menos não deveria o ser, quando aplicado à análise dos problemas penais. Ao contrário, designa fenômenos distintos, com origens históricas igualmente diferentes, envolvendo universos teóricos e consequências práticas que igualmente não se confundem. A compreensão do movimento conceitual da proporcionalidade no âmbito penal enseja a diferenciação entre dois de seus possíveis sentidos: o primeiro deles, tradicional na ciência penal, designa a exigência de uma relação de gradação entre a infração e sua consequência jurídica ("a pena como proporcional ao delito"); enquanto que o segundo faz referência à máxima de proporcionalidade enquanto critério de verificação da legitimidade da intervenção – estatal ou não – nos direitos fundamentais, em função da finalidade desta ("a necessidade de justificação para a constrição de um direito fundamental")[209].

Neste terceiro capítulo, serão expostos alguns dos debates centrais em torno da fórmula da proporcionalidade das penas, buscando com isso definir seu preenchimento dogmático e discutir algumas linhas gerais sobre o assunto. Estas possibilitarão, primeiramente, demarcar qual das diferentes noções de proporcionalidade constitui o objeto principal do trabalho. Em segundo lugar, servirão também como fundamento teórico para a verificação empírica a ser realizada no quarto capítulo, especialmente por permitirem observar, nos acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, qual dos sentidos de proporcionalidade é o predominantemente utilizado pela Corte, bem como a qual deles as decisões estão a fazer menção no momento de suas justificações.

---

[209] Esta distinção é feita de modo muito claro em RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Fundamentos de direito penal brasileiro... op. cit.*, p. 94-98. Nicolás García Rivas também acentua a necessidade de serem separadas as duas noções em torno do mesmo vocábulo: "Existem duas acepções do princípio da proporcionalidade. Por um lado trata-se de um princípio geral regulador da intervenção penal, a qual, enquanto lesiva a direitos fundamentais, deve estar sujeita aos critérios gerais que regem a limitação dos mesmos. Desde este ponto de vista, a proporcionalidade se situa no vértice de apoio dos princípios da lesividade e intervenção mínima. [...] Por isso, irei me referir tão somente à segunda versão do princípio da proporcionalidade, segundo a qual este se limita a exigir que as consequências jurídicas impostas a quem comete um fato delitivo estejam em consonância com a gravidade do mesmo". GARCÍA RIVAS, Nicolás. Los principios del derecho penal constitucional (II): el principio de proporcionalidad de las consecuencias jurídicas. In: SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón (comp.). *Derecho penal:* parte general. Madrid: Iustel, 2002 (versão digital).

2.2. Filosofia da punição e a exigência de correspondência gradativa entre comportamento e pena

2.2.1. Os "reformadores"

A primeira noção de proporcionalidade aplicada ao pensamento penal diz respeito à exigência de coerência entre a gravidade da punição e a do comportamento proibido. Embora com algumas referências oriundas da filosofia antiga[210], é no período da Ilustração que esta máxima ganha especial relevo[211]. Montesquieu e Cesare Beccaria são apontados por Mariângela Gama de Magalhães Gomes como dois dos expoentes iniciais da defesa iluminista de uma ideia de proporcionalidade penal[212]; caminhando ambos, cada um à sua maneira peculiar, no sentido da fixação de uma proporção entre delitos e penas com viés predominantemente preventivo, partindo da ideia que devem ser tanto maiores os empecilhos ao cometimento de um crime quanto maior for a medida em que este contrariar o bem público[213]. Assim, a proporcionalidade das penas – estas dotadas de uma finalidade dissuasória – não adviria de uma ordem absoluta de valores, assumindo no pensamento destes autores uma função finalisticamente justificada, em virtude de estabelecer um limite ao grau

---

[210] Por exemplo, Platão, no Livro IX de seu *As leis*, ilustra bem a questão quando, após a personagem *O ateniense* defender o estabelecimento de uma única lei e uma única punição indiscriminadamente a toda sorte de furtos e de furtadores, tem lugar a resposta da outra personagem, *Clínias:* "Como poderemos nós dizer, estrangeiro, que não há qualquer diferença entre um furto grave e um pequeno furto, um furto num sítio sagrado e outro num profano, e [nos posicionar diante] de todas as outras diferenças que podem existir no ato de um furto, enquanto que o legislador deve adequar a punição a cada crime pela aplicação de penas diversas nesses casos variados?". PLATÃO. *As leis*, ou da legislação e *epinomis*. Trad. Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 1999, p. 361-362.

[211] FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón... op. cit.*, p. 398.

[212] Cf. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal... op. cit.*, p. 45-50. Este trabalho proporá, como se notará adiante, partirá destas referências analisadas por Gomes, e seguirá verificando algumas iniciativas similares também em filósofos como Voltaire e Jeremy Bentham; destacando, no entanto e principalmente, que a defesa de uma proporcionalidade das penas é mais um produto da época – e do espírito que a envolvia –, do que propriamente uma construção intelectual proveniente de um grupo circunscrito de pensadores determinados.

[213] Montesquieu, há de se ressalvar, partia da ideia de que as penas deveriam assumir múltiplas formas, conforme a natureza do delito cometido e o tipo de dano causado à sociedade, consistindo deste modo em uma teorização mais próxima da ideia do talião. É comum, entretanto, a ambos os autores a preocupação com a proporcionalidade das penas menos em virtude das exigências de se atribuir a cada um o seu na medida de sua responsabilidade, e mais em função de necessidades securitárias. Isso é percebido nas próprias passagens em que cada um trabalha o tema: Montesquieu chega a utilizar o termo "segurança pública" ("*sûreté publique"*) para justificar a necessidade de um sistema jurídico diferenciar suas penas; enquanto que Beccaria, por sua vez, fundamenta a ideia defendendo o escopo de tornar os delitos mais raros em razão dos males sociais que provocam.. Cf. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.* Trad. Alexis Augusto Couto de Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 47; e MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis.* Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 100-101.

de intimidação penal "ao *quantum* necessário de compressão das liberdades para o bom funcionamento da sociedade"[214].

Esta forma de pensar a proporcionalidade (como um mecanismo do qual depende a própria inocorrência de delitos)[215] parece dar força às considerações de Michel Foucault acerca da "reforma" moderna da penalidade. Em *Vigiar e punir*, Foucault é bastante crítico em relação aos denominados "reformadores" – como o próprio Beccaria –, afirmando ser a reformulação das punições não exatamente uma nova sensibilidade para com aqueles que eram condenados a penas degradantes ou excessivas; tratava-se antes, segundo a interpretação *foucaltiana*, de uma remodelação do aparato punitivo que tinha como real objetivo incrementá-lo em sua eficácia, regularidade e efetividade. O propósito da "reforma", nestes termos, não seria uma diminuição das punições, mas sim uma melhoria da *qualidade* das mesmas, com vistas a universalizar, disseminar e aprofundar na sociedade o poder de punir. Entre tais escopos e as proposições dos teóricos da reforma haveria uma "notável coincidência estratégica": o fim dos suplícios e o combate às penas desproporcionais indicariam uma nova técnica punitiva, apta a tornar o poder sancionatório mais econômico, eficaz e socialmente generalizável, o que dependeria diretamente da constância e discrição pelo qual ele é exercido[216]. Polêmica, a crítica de Foucault parece lançar dúvida acerca do que efetivamente motivava também as "reformas" da Ilustração baseadas na ideia de proporcionalidade penal: se realmente uma humanização das punições, ou uma melhoria substancial na qualidade do poder punitivo.

Seja como for, a filosofia penal predominante no período iluminista tem como um de seus principais méritos o fato de ter diferenciado a "analogia entre delito e pena" e a "proporcionalidade das penas" propriamente considerada. A primeira das noções, herança pré-moderna, traduz a ideia de correspondência físico-naturalística entre o crime e o tipo de aflição causada pela penalidade – por exemplo, punindo o sacrilégio retirando do condenado as vantagens da religião. Essa identidade naturalista só pode ter como consequência uma ampla variedade de castigos possíveis, dos corporais aos infamantes, subdivididos ainda em uma série de outras modalidades conforme o modo de expressão do comportamento

---

[214] DIAS, Jorge de Fiqueiredo. *Direito penal.* Parte geral, t. I... *op. cit.*, p. 64.

[215] Beccaria mesmo afirma: "Se uma pena igual é destinada a dois delitos que desigualmente ofendem a sociedade, os homens não encontrarão um obstáculo mais forte para cometer o maior delito, se junto com este eles encontram uma maior vantagem". BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas... op. cit.*, p. 49.

[216] FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir:* nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 64-70.

criminoso. Já a proporcionalidade das punições comporta um nexo de merecimento entre a extensão do dano causado à vítima ou à sociedade e a resposta institucional que será em seguida imposta ao culpado. A ideia de legalidade e o caráter convencional das penas seria, nesta linha, o responsável por relacionar intrinsecamente este conceito de proporcionalidade ao advento de penas abstratas de natureza privativa de liberdade ou pecuniária[217].

A era ilustrada – e não só Beccaria e Montesquieu – concebe a proporcionalidade das penas em relação aos delitos primordialmente como uma condição para evitá-los. Mesma linha de pensamento é encontrada, por exemplo, em Voltaire, que trabalha a desproporcionalidade penal como um fator até mesmo criminógeno; afinal, se a sanção aplicada a um roubo pouco gravoso for igual a outro de maior monta, o delinquente tenderia a se arriscar a roubos maiores, ou mesmo ao homicídio como forma de encobrir o delito anteriormente cometido[218]. Também aqui se destaca o forte utilitarismo no pensamento dos "reformadores" iluministas, a ponto de Voltaire, colocando em cheque a pretensa "humanização" das sanções própria de seu tempo, posicionar-se contrariamente à pena de morte em razão de sua antieconomicidade, já que, com ela, o Estado acabaria incapacitado de explorar o trabalho dos condenados[219].

Já no direito inglês, em grande escala sob a influência dos escritos de Beccaria[220], Jeremy Bentham adota uma noção utilitarista de proporcionalidade, baseada em um *princípio da utilidade* segundo o qual a aprovação de qualquer ação humana ou medida governamental depende de sua capacidade para aumentar a felicidade dos indivíduos ou da comunidade – sendo, a partir disso, definidos os parâmetros de crítica da legislação penal. A punição, em si perniciosa, só seria admissível para Bentham se direcionada a "evitar um mal maior". Daí o estabelecimento pelo autor de uma série de normas de proporcionalidade, orientadas a impedir

---

[217] PRIETO SANCHÍS, Luis. *La filosofía penal de la ilustración.* Talplan, México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, p. 36-38. Cf., também, FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón… op. cit.,* p. 398,

[218] "Sendo a mesma pena para um pequeno roubo como para um considerável, é evidente que um homem que queira roubar, tratará de roubar muito. [...] Mas se a pena fosse proporcional ao delito, se o ladrão fosse condenado aos trabalhos forçados, então os amos entregariam sem escrúpulo os ladrões à justiça; então não haveria vergonha alguma em fazer isto, e o roubo seria menos frequente. Tudo prova a grande verdade de que uma lei rigorosa produz muitas vezes os maiores crimes". VOLTAIRE. Comentario sobre el libro "De los delitos y de las penas" por um abogado de provincias. Trad. Juan Antonio de las Casas. Madrid: Alianza Editorial, 2002, p. 161-162.

[219] VORMBAUM, Thomas; BOHLANDER, Michael. *A modern history of german criminal law.* Trad. Margaret Hiley. Heidelberg: Springer, Volkswagen Stiftung, 2014, p. 26-27.

[220] A teoria penológica de Bentham e sua noção utilitarista da proporcionalidade são, em grande escala, influenciadas pelos escritos de Beccaria. Cf. RISTROPH, Alice. Proportionality as a principle of limited government. *Duke Law Jorunal* , Durham: Duke University School of Law, 2005, vol. 55, p. 272.

a ocorrência do delito ou reduzir os prejuízos dele decorrentes; estabelecendo-se, por meio de uma lógica que envolve o sopesamento de dores e prazeres, maiores desincentivos ao delinquente quanto maior a capacidade da conduta de causar dano[221].

Tais normas postuladas por Bentham se assentariam sobre as bases dos objetivos gerais da legislação penal. O primeiro deles seria impedir o cometimento de delitos, na medida do possível e dos benefícios disso decorrentes. O segundo propõe que, não sendo possível evitar a comissão de determinada infração, o direito deveria ao menos conduzir as pessoas a cometerem crimes de menor gravidade. Em terceiro lugar, tendo o delinquente decidido por um delito em particular, o sistema jurídico deveria buscar que o comportamento criminoso causasse o menor prejuízo possível. Por fim, o quarto dos objetivos determina que, qualquer que seja o dano que se pretenda evitar, isso deve ser realizado do modo menos custoso possível[222].

Correlacionadas a estas finalidades são as nove normas de proporcionalidade propostas por Bentham. São elas, em síntese: *(i)* a grandeza da punição não deve ser inferior ao suficiente para superar os benefícios da conduta criminosa, sob risco de tornar a sanção ineficaz; *(ii)* quanto maior a danosidade decorrente do delito, maior será o preço admissível de ser pago por meio da punição (quanto mais ofensiva a conduta, mais grave pode ser a pena orientada à prevenção); *(iii)* se uma pessoa pode escolher entre dois delitos distintos, a sanção

---

[221] BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation.* Kitchener: Batoche Books, 2000, p. 14-15 e 134. Uma das principais críticas ao utilitarismo, enquanto fundamento de uma ética do resultado, sugere que este não leva em consideração as distinções entre as pessoas enquanto indivíduos; sendo, por isso, incapaz de assegurar os direitos básicos delas. O fundamento predominantemente empírico desta corrente de pensamento faria com que ela se submetesse aos limites cognoscitivos da empiria, notadamente a incerteza sobre os desenvolvimentos e eventos posteriores, além de um excessivo subjetivismo decisório por parte do ator social responsável pela promoção de um juízo utilitarista. Também seria problemática, na visão dos críticos, a tendência a se colocar o agir individual demasiadamente em função de sua utilidade social (maior felicidade possível do maior número de pessoas possível), destacando-se ainda nesse sentido a aguda insegurança acerca dos critérios para quantificação das diferentes grandezas a serem comparadas na análise de custo-benefício, na tentativa de se definir qual a mais útil. Para uma análise mais pormenorizada destes e outros aspectos críticos do utilitarismo pensado por Bentham, cf. MATHIS, Klaus. *Efficiency instead of justice?* Searching for the philosophical foundations of the economic analysis of law. Trad. Deborah Shannon. Dordrecht: Springer, 2009, p. 111-119.

[222] BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation… op. cit.,* p. 140. Aqui se percebe que o utilitarismo *benthamiano* acaba por elevar a dissuasão (*deterrence*) à condição de função primordial da pena, acarretando grandes atritos axiológicos em decorrência da justificação dos meios pelos fins. A principal destas controvérsias seria a acusação por parte dos críticos no sentido de que, sendo o utilitarismo levado a proporções absolutas, acabaria por se justificar até mesmo a punição de inocentes, desde que os efeitos nocivos desta prática fossem superados pelos "benefícios agregados" (dissuasão de práticas criminosas e proteção da sociedade). Sobre o tema, VON HIRSCH, Andrew. Proportionality in the philosophy of punishment. *Crime and Justice,* Chicago: The University of Chicago Press, vol. 16, 1992, p. 57-59; e KAUFMAN, Whitley R. P. *Honor and revenge:* a theory of punishment. Dordrecht: Springer, 2013, p. 24-25 e 29-32.

imposta ao mais grave deve ser de tal modo suficiente para induzir o agente ao menos grave; *(iv)* a pena deve ser modulada para cada crime particular, de maneira que cada estágio do prejuízo causado pelo comportamento criminoso necessita ser acompanhado por um incentivo legal dissuasório direcionado ao agente; *(v)* a gravidade da penalidade não pode superar em hipótese alguma o estritamente necessário para cumprir quaisquer das finalidades anteriormente expostas; *(vi)* é preciso punir de modo distinto conforme as peculiaridades do caso concreto e do criminoso individualmente considerado, vez que cada indivíduo responde de modo distinto a uma determinada carga aflitiva infligida; *(viii)* a magnitude da punição é inversamente proporcional à certeza de sua aplicação; *(viii)* do mesmo modo, se a penalidade não é aplicada de modo próximo ao cometimento do crime, também deve ela ser aumentada em sua proporção; e, por fim, *(ix)* no caso do delinquente habitual, a sanção deve ser aplicada não apenas de modo a superar os benefícios daquela infração particular, mas também os das outras ofensas provavelmente perpetradas por aquele agente[223].

De todo modo, trata-se de uma noção de uma proporcionalidade instrumentalizada, cuja força não pode ser atribuída apenas um grupo restrito de autores determinados. É, primariamente, uma decorrência, mais estrutural e menos personalista, da chamada *racionalidade penal moderna*, uma nova rede de sentidos construída a partir da segunda metade do século XVIII no mundo ocidental em torno do sistema de justiça criminal, e que viria a influenciar diversas gerações jurídico-penais futuras, tendo na proporcionalidade das penas um de seus pilares de sustentação[224].

2.2.2. Pena e o imperativo categórico de Kant

Não obstante este viés originariamente preventivo, a instrumentalização da proporcionalidade das penas como forma de evitar crimes futuros não é inata ao conceito. Immanuel Kant, tratando da sanção oriunda de um tribunal (*poena forensis*), afirma que não

---

[223] BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation… op. cit.*, p. 141-144.

[224] Trata-se aqui de uma compreensão distinta a respeito de um direito penal "construído e percebido como um subsistema jurídico com identidade própria". A racionalidade penal moderna implica duas acepções: uma primeira, teórico-formal, que designa uma nova forma de pensar a justiça criminal, que distingue a si mesma de outras racionalidades e de outros sistemas simultâneos; e uma segunda, empírico-descritiva, que concerne a uma modalidade concreta de racionalidade, ou seja, historicamente ocorrida e situada (no caso, meados do século XVIII). Dentre os vários elementos estruturantes desta "racionalidade penal moderna", Álvaro Pires identifica a proporcionalidade das punições como um de seus princípios basilares. Para uma análise mais detalhada, cf. PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Revista Novos Estudos CEBRAP*, n. 68, São Paulo: CEBRAP, 2004, p. 39 e ss.

pode ser ela imposta como meio para a promoção de qualquer finalidade, seja em favor do criminoso ou da sociedade. Tal assertiva decorre da premissa kantiana segundo a qual ser humano algum pode ser encarado como um meio para qualquer fim externo a si. A pena seria, ao contrário, imponível unicamente como resposta ao fato de ter havido um crime, consistindo em um *imperativo categórico*[225], uma exigência de justiça – o que leva Kant a afirmar que se "a justiça desaparecer não haverá mais valor algum na vida dos seres humanos sobre a Terra".

Um dos pontos altos desta relação do autor com as exigências de justiça por meio da pena é o seu chamado "exemplo da ilha". Tal "exemplo" parte da abstração de uma sociedade civil hipotética, a qual estaria a ponto de ser desfeita; por exemplo, a dispersão pelo mundo de todos os membros de uma comunidade habitante de uma ilha. Kant pontua, entretanto, que isso só poderia ocorrer se o último assassino daquele corpo social recebesse a sua pena capital – sendo esta entendida pelo autor como o castigo merecido no caso de homicídios. Caso contrário, prossegue, este mesmo povo se converteria em um "colaborador nessa violação pública da justiça" [226].

Uma das possíveis interpretações desta alegoria kantiana é a de que a compensação do anterior estado de paz jurídica (pena) só poderia se dar em uma comunidade jurídica *existente*, razão lógica pela qual a sanção só poderia ser imposta *antes* que aquele corpo social se dissolvesse. Afinal, a esta sociedade pertenceria o autor do crime; ela teria sido a perturbada por seu comportamento; e, também, é a ela que – desconsiderando-se a pena de morte[227] – o delinquente continuaria juridicamente vinculado após a execução da sua punição. Tal maneira de interpretar o exemplo da ilha conduz à conclusão de que a pena, para Kant, deve ser moderada; mas, principalmente, e ao contrário do que à primeira vista pode fazer parecer, tem

---

[225] A representação de um princípio objetivo, se constritivo para a vontade de um ser humano, é um mandamento da razão, cuja fórmula é denominada *imperativo.* Todo imperativo expressa um *dever ser*, lei objetiva da razão humana, que se direciona a uma vontade; a qual, de natureza subjetiva, nem sempre se determina de acordo com tal lei. Os imperativos seriam, assim, "fórmulas para expressar a relação entre as leis objetivas do querer em geral e a imperfeição subjetiva da vontade". Consistindo os imperativos em mandamentos, Kant os divide entre aqueles que ordenam *hipoteticamente* e os que o fazem *categoricamente.* Os imperativos *hipotéticos* designam a necessidade de uma ação com vistas a algum propósito, ou seja, como meio para se alcançar determinado fim. Os *categóricos*, por sua vez, comportam mandamentos para que determinadas ações sejam praticadas não porque possibilitam a obtenção de um bem, mas tão somente porque são boas *em si mesmas.* Posteriormente, Kant afirma que o imperativo categórico é único, e passível de ser sintetizado na seguinte fórmula: "atue somente segundo uma máxima tal que possas querer ao mesmo tempo que se torne uma lei universal". KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres.* Trad. Manuel G. Morente. Madrid: Calpe, 1921, p. 54-56, 59 e 66-67.

[226]. KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes.* Trad. Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2003, p. 176.

[227] Cf., mais adiante neste mesmo subitem, uma releitura do lugar da pena de morte nas ideias de Kant, quando inserida no todo do pensamento filosófico do autor.

ela uma "vocação de continuidade entre a comunidade jurídica" que a impõe e o indivíduo punido[228].

Na filosofia kantiana, o direito consiste nas condições que permitem a conciliação do arbítrio de uma pessoa ao arbítrio dos demais, conforme uma lei universal de liberdade. Uma lesão de tamanha magnitude ao sistema jurídico, como é o caso do delito, significaria uma ofensa a estas próprias condições nas quais os indivíduos podem se relacionar em situação de liberdade e igualdade. Destas relações o delinquente tentaria se apoderar, mediante seu comportamento, em vez de delas tomar parte. Não poderia esta sociedade civil – que no universo kantiano se aproxima da noção de Estado –, ainda que a ponto de se desfazer, simplesmente deixar de reagir ao crime, pois assim ficaria evidente que nunca se quis realmente assegurar tal comunidade estruturada em torno da liberdade e da igualdade dos indivíduos que a compõem.[229].

É esta base que permite a Kant, no que tange à *qualidade* e à *quantidade* das sanções, defender penas estritamente correspondentes à intensidade e à modalidade do mal causado pelo delito, com vistas a nenhum outro escopo que não a realização da justiça. É verdade que o faz de modo mais calcado nas proposições do talião[230], o que parece aproximar seu modelo mais àquela que acima se denominou "analogia entre delito e pena". Entretanto, um dos legados centrais de Kant no campo da filosofia da punição é a estipulação de penas proporcionais ao delito de modo não-orientado essencialmente à prevenção, e não a herança pelos penalistas que se basearam em seu pensamento das mesmas proposições quanto a temas como a multiplicidade das modalidades punitivas ou a possibilidade de pena de morte.

Rainer Zaczyk, sobre este tema, formula interpretação segundo a qual "haveria que pensar e argumentar com Kant contra Kant". Zaczyk afirma, primeiramente, que o recurso expresso do referido filósofo alemão à Lei do Talião o faz incorrer em erro, uma vez que a retribuição por meio da sanção não poderia ser compreendida como um princípio material, de

---

[228] Cf. sobre o tema GRECO, Luís. A ilha de Kant. In: In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70. aniversário em 2 de setembro de 2012. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 263-280.

[229] ZACZYK, Rainer. El Estado y la pena: consideraciones sobre el denominado "ejemplo de la isla" en La Metafísica de las Costumbres de Kant. Trad. Jorge Fernando Perdomo Torres. In: ZACZYK, Rainer. *Libertad, derecho y fundamentación de la pena.* Eduardo Montealegre Lynett, Nathalia Bautista Pizarro, José Antonio Caro John e Miguel Polaino-Orts (comp.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 147-155.

[230] Cf., inclusive também quanto aos assuntos tratados nos parágrafos anteriores, KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes… op. cit.,* p. 174-180.

modo a reduzir o delito e a resposta jurídica à sua dimensão físico-naturalística. A punição, ao contrário, só poderia ser compreendida como uma "instituição jurídica razoável", cenário em que o Talião constituiria apenas um princípio formal: o homicídio seria causa de uma lesão *ao Direito*, devendo a morte de alguém ser superada mediante a pena enquanto instituição pertencente ao sistema do direito, e que incide como *redutora* da liberdade jurídica do indivíduo. O pensamento de Kant, se considerado holisticamente, segundo Zaczyk, é incoerente com a existência de uma pena de morte, chegando o autor até mesmo a negar a juridicidade desta forma punitiva. Afinal, a filosofia jurídica kantiana tem como pressuposto a liberdade como direito inato e a percepção da pessoa como unidade vivente, além de fornecer as bases para que se compreenda o direito como uma comunidade em que os seres humanos se reúnem com o objetivo de participar de seus direitos. Nestes termos, não poderia competir à comunidade jurídica (unidade posterior) o poder de destruir a pessoa individual (unidade vivente), cuja existência livre, neste universo teórico, traduz-se em própria condição de possibilidade (imprescindível) para a construção e sustentação do direito. A pena jurídica só poderia ser concebida, assim, no plano externo da liberdade; ou, do modo como hoje a entendemos, penas privativas de liberdade, constritivas sobre o patrimônio ou de algum modo restritivas de direitos[231].

Interpretação complementar é realizada por Nelson Potter, para quem a teoria kantiana a respeito da pena teria uma série de elementos que a afastariam de um caráter exclusivamente retribucionista. Segundo este autor, a sanção penal em Kant recebe tal classificação porque a qualidade e a quantidade das penas realmente se assentam sobre bases puramente retributivas; ou seja, sem levar em conta exigências preventivas. Potter reconhece que esta construção é central no pensamento do referido filósofo alemão sobre o instituto da punição, sendo inclusive correlata à natureza *deontológica* da filosofia moral do autor (cf. nota 218, infra). Todavia, a pena não deixaria de ter um essencial efeito dissuasório (*deterrence*); um *"side-effect",* que se consubstanciaria em "incentivos" ao delinquente para que este obedeça ao direito – o que seria inclusive a razão nuclear da associação dos indivíduos em direção a uma comunidade jurídica[232].

---

[231] ZACZYK, Rainer. "Ha matado, entonces debe morir". Kant y el derecho penal. Trad. Miguel Polaino-Orts. In: ZACZYK, Rainer. *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*. Eduardo Montealegre Lynett, Nathalia Bautista Pizarro, José Antonio Caro John e Miguel Polaino-Orts (comp.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 127-131.

[232] POTTER, Nelson. Kant on punishment. In: HILL JR., Thomas E (ed.). *The Blackwell guide to Kant's ethics.* Chichester: Wiley-Blackwell, 2009, p. 179-195.

2.2.3. Hegel e a pena proporcional como instrumento de subjetivação

Também Georg Wilhelm Friedrich Hegel, embora partindo de pressupostos filosóficos bastante diferentes, defendia a noção de proporcionalidade das penas rejeitando, a princípio, teorias que entendessem a punição como mecanismo preventivo, reformador ou dissuasório[233]. A compreensão do real significado da pena em Hegel e como este pensa a ideia de sanções proporcionais enseja uma aproximação a alguns dos elementos centrais de sua filosofia, que de algum modo se relacionam com a punição.

Hegel estabelece o crime como a mais grave das formas de se cometer uma injustiça. O atuar delitivo expressa um "juízo negativo infinito", por meio do qual é negado não somente o *particular* (a coisa efetivamente absorvida na vontade livre), mas também o *universal* contido no predicado daquilo que pertence, ou seja, a própria capacidade jurídica do sujeito prejudicado ao arrepio de sua opinião (§95). A violação do direito pelo delinquente, embora tenha uma existência exterior positiva, dentro de si é absolutamente nula: carrega consigo a causa de sua própria anulação, a qual se manifesta pela aniquilação da violação anterior (§97). Tal construção é reflexo da defesa hegeliana do "fato de uma violência se anular com outra violência", de modo a destruir a si mesma por meio de uma *segunda* violência necessária, pela qual se nega *primeira* (§92). Esta segunda violência é a pena. A lesão do direito é, para a vontade particular do prejudicado e dos demais, apenas algo negativo. Tem uma dimensão positiva apenas enquanto vontade particular do delinquente. Mas esta exteriorização positiva de sua vontade na forma de delito é nula em si mesma, vez que o direito, absoluto, não pode ser eliminado. A vontade exteriorizada do delinquente precisa ser violada por meio da punição para que o delito seja abstratamente suprimido; e o direito, restaurado e tornado efetivo por meio da eliminação de sua lesão (§99)[234].

---

[233] TAYLOR, Charles. *Hegel.* Nova York: Cambridge University Press, 2005, p. 429.

[234] Os símbolos §, colocados entre parênteses no texto, são aqui utilizados como referências às subdivisões utilizadas por Hegel dentro de sua obra *Princípios da filosofia do direito,* facilitando o encontro das passagens em que o autor trabalha as teses descritas. No que tange à afirmação do crime como a modalidade mais gravosa de injustiça, complementa-se que o autor ainda desenvolve duas categorias por ele consideradas menos danosas: o *dano civil* (traduzido no conflito entre fundamentos jurídicos particulares dotados da pretensão de serem tidos como corretos, como no caso de um litígio judicial; não se configurando, assim, uma negação do direito, o qual continua a ser encarado como universal e decisivo *apesar* dos interesses privados contrapostos) e a *impostura* (esta de conteúdo fraudulento, que torna meramente aparente a vontade expressada por meio do contrato,

É qualificada como "irrazoável" por Hegel, no entanto, a consideração da pena como um mal a ser promovido unicamente por já existir outro mal, destacando em sua opinião a superficialidade também das teorias penais que fundamentam a sanção nas ideias de intimidação, ameaça e correção. É por isso que sua construção afirma não se tratar "deste mal nem deste bem", mas daquilo "que é justo e o que é injusto" (*nota* do §99). Hegel prefere tratar o crime não exatamente como um mal, mas como a mácula a um direito a qual precisa ser suprimida, havendo que se indagar sim a respeito da *essência* do delito a ser suprassumida. Por isso a pena constitui quanto ao criminoso uma maneira de sua liberdade existir; um direito já implicado no seu ato (§100), visto que este já carrega em si o que há de racional independentemente de uma adesão individual do agente[235].

Contendo a pena um direito do delinquente, a imposição dela a este o honra enquanto ser racional, já que sua ação calcada na razão é dotada de uma universalidade que estabelece leis já admitidas pelo agente em seu atuar. Esta dignificação, entretanto, não ocorre se a sanção é posicionada desconsiderando o ato do infrator, ou se o criminoso é tido como um animal perigoso a ser intimidado, corrigido ou inocuizado (nota do §100). São estes os fundamentos que conduzem Hegel a trabalhar sua noção de proporcionalidade das penas de modo crítico à prevenção, ao menos enquanto constituinte do núcleo duro da punição. A pena proporcional honra o delinquente enquanto ser racional e busca como significado a reafirmação da validade do direito; entretanto, superado o desafio da proporcionalidade, não há um impedimento a que a sanção assuma objetivos mais orientados à prevenção[236].

A pena abstratamente considerada levaria em consideração a "grandeza qualitativa e quantitativa" *do crime* para definir, de modo proporcional, as mesmas grandezas categoriais da resposta sancionatória enquanto supressora do delito. Não se procura, entretanto, uma identidade qualitativa entre fato e consequência jurídica – o que afasta a teoria hegeliana das ideias calcadas na lei de talião –, mas sim uma "igualdade do valor" proveniente "da natureza do crime em si" (§101), promovendo-se uma justiça não vingadora, mas *punitiva* (§103)[237]. Já na passagem hegeliana da pena abstrata à concreta, o instituto recebe uma ressignificação, mas ainda salientando a exigência de proporcionalidade, bem como a busca de uma coerência

---

desrespeitando o universal do direito). HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito.* Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 80-88.

[235] HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito... op. cit.,* p. 88-89.

[236] Cf. também nota 235, infra.

[237] HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito... op. cit.,* p. 89-93.

sistêmica que considere as diferenças entre os crimes na determinação da quantidade de pena para cada um deles. Hegel esclarece que não há uma medida sancionatória ideal para um delito determinado, e tampouco é possível definir como *a única possível* uma determinada diferenciação (quantitativa ou qualitativa) entre penas cominadas – distintas conforme a gravidade de seus respectivos delitos. Estas definições, na verdade, seriam bastante contingentes, dependendo fundamentalmente da realidade social concreta e da compreensão acerca do "perigo social" que a ação representa (§214 e nota; §218 e nota)[238].

Determinadas interpretações oriundas da doutrina penalista, destacando de maneira quase isolada a construção da sanção como *negação da negação*, afirmam que a pena na filosofia de Hegel se torna "pura e simples retribuição pelo mal causado"[239]. Eugenio Raul Zaffaroni chega a analisar a obra hegeliana mais em seu conjunto. Todavia, ainda assim entende criticamente que o pensamento de Hegel é dotado de um "grande conservantismo", por, ao se voltar à justificação racional do real, aniquilar a distinção entre *ser* e *dever ser*: Segundo a leitura de Zaffaroni, para Hegel tudo aquilo que *é* assim *é* porque *deve ser*. A opção hegeliana por trabalhar com um conceito de "homem político antigo", no lugar do kantiano "homem fim em si mesmo", teria como consequência a dissolução do indivíduo no interior do Estado. Ademais, a reafirmação por meio da pena de uma ordem jurídica, produto de um "espírito objetivo", faria com que a sanção justificasse a si mesma, prescindindo do reconhecimento de outro fundamento racional. O ápice do conservadorismo de Hegel residiria em seu conceito de "eticidade", interpretado por Zaffaroni como uma objetivação da moralidade no âmbito da família, da sociedade civil e, por fim, do Estado. Tal idealização deixaria em aberto onde afinal se insere o suposto ponto de partida do pensamento hegeliano (liberdade e autoconsciência), já que o grau máximo de sua objetivação é um poder público glorificado e hipertrofiado. Em termos penais, isso conduziria à dissipação da teoria do bem jurídico, sendo a vontade estatal convertida em bem máximo a ser tutelado pelo direito penal;

---

[238] Esta afirmativa, feita em tom de ressalva, tem como base os apontamentos feitos por S. W. Dyde, segundo o qual a pena para Hegel é *essencialmente* retributiva, mas pode *adicional e acidentalmente* desempenhar funções preventivas, intimidatórias ou reformativas, conforme as peculiaridades de cada caso e mais especificamente no que tange à definição do *método* da punição. DYDE, S. W. Hegel's conception of crime and punishment. *The Philosophical Review*, vol. 7, n. 1, jan. 1898, p, 63-64. Hegel, firmando sua posição sobre a contingência das decisões sobre a proporcionalidade *fato-pena* e *entre penas*, termina por afirmar que "Um código penal pertence essencialmente ao seu tempo e ao correspondente estado da sociedade civil". HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito... op. cit.*, p. 189-191 e 194-195.

[239] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte general del derecho penal.* Cizur Menor, Navarra: Editorial Arazandi, 2005, p. 109.

e faria ainda com que a punição tivesse como objetivo único a reafirmação do direito enquanto exigência racional[240].

A crítica penalista encontra respaldo também na produção científica mais estritamente filosófica. Karl Popper, alcançando o extremo de insinuar a influência de interesses pessoais por parte de Hegel em virtude da ligação deste com a monarquia prussiana do século XIX, acusa-o de protagonizar em suas teorias uma "platonizante adoração" do Estado. O poder estatal seria *tudo*, enquanto que o indivíduo – que deve até mesmo sua existência física e espiritual ao Estado –, *nada*. Um dos fios condutores que levam Popper a esta conclusão seria a *filosofia da identidade* de Hegel, responsável pela transposição primeiramente da "unidade dos opostos" defendida por Heráclito a uma série de elementos do pensamento hegeliano. Mas a *filosofia da identidade* é tributária também das teses de Platão, mais especificamente da premissa deste de que as Ideias constituem a verdadeira realidade, constituindo as coisas materiais nada além de réplicas imperfeitas. Disso Hegel retira a equação *Ideal = Real*. Já as discussões de Kant sobre as "ideias da mente" servem à assunção por Hegel de que as Ideias são racionais, gerando assim a assertiva *Ideia = Razão*. Duas equações estas que, quando combinadas, culminariam na síntese *Real = Razão*; ou, em expressão mais próxima do que é expresso pela teoria hegeliana: aquilo que é real é também racional, e o racional é o real. Todo este caminho percorrido por Hegel, segundo Popper, serviria justamente para dar justificação filosófica às estruturas das coisas do modo como elas são – inclusive o Estado e a lei –, desembocando em um "positivismo ético e jurídico" segundo o qual tudo aquilo que é posto ("existente") é bom, enquanto produto da razão[241].

O cerne da problemática, tanto no âmbito mais puramente filosófico como também nos estudos penais, parece ser o modo de interpretação desta última afirmação hegeliana a

---

[240] Prosseguindo talvez com o ponto mais rígido de sua crítica, Zaffaroni defende: "Seja que o real é real porque é racional, ou que o racional é racional porque é real, a questão é a mesma e a atitude que subjaz é idêntica. Não nos atrevemos a afirmar que Hegel não fosse outra coisa além de uma grande sofisticação que encobria uma posição de déspota ilustrado, mas o certo é que com esta cara o viu a história, e assim serviu em grande medida ao autoritarismo, e contribuiu para afastar o direito penal de bases antropológicas. Não negamos as possibilidades de outras interpretações de seu pensamento, mas objetivamente tampouco nos pode ser negado que esta foi a face com que se foi visto na história". ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal,* parte general II. Buenos Aires: Ediar, 1987, p. 165-170. Do mesmo autor, porém mais especificamente expressando sua interpretação da influência de Hegel em concepções da lesividade no direito penal, cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal:* parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 129.

[241] POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos,* vol. 2. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Editora Itatiaia; São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 1974, p. 37 e 42-56.

respeito da racionalidade do real[242]. Tal postulado, ao ser inserido no campo da filosofia política, forneceria as condições de possibilidade de uma tentativa de sustentação da ordem e do aparato estatal vigentes – o que abrangeria o poder punitivo. Especificamente no campo da filosofia da pena, restaria à disposição de uma instituição absolutamente racional (Estado) uma autolegitimada sanção, encarada como mecanismo de reafirmação da validade de um direito igualmente racional (já que realidade posta e produzida pelo espírito humano). É neste cenário que o indivíduo perderia sua condição de epicentro social, tendo sua liberdade prejudicada na medida em que imerge na figura do Estado, este tido como ponto alto da moralidade objetivada (eticidade).

Não obstante, parece possível uma releitura destes pontos da filosofia de Hegel, permitindo não só um recondicionamento do lugar do sujeito na filosofia político do autor, como uma ressignificação da punição e da proporcionalidade das consequências penais do delito.

Um dos pontos chaves para tanto parece ser a refutação por parte de Hegel das concepções liberais hegemônicas acerca da liberdade. A primeira delas, a liberdade como *autenticidade,* consistiria na exteriorização espontânea de impulsos e sentimentos humanos imediatos; uma *liberdade negativa,* movida pelo entusiasmo, que busca a libertação de toda "determinidade", sendo "para si" de modo absoluto. Este modelo negativo não reconhece mecanismos de institucionalização – inclusive jurídicas –, e frequentemente assume formas destrutivas de violência, como o terror da França pós-revolucionária. Mas, longe de descartável, o "modelo negativo" é passo importante na busca da universalidade concreta, sem o qual seria mais tortuoso ou longo o caminho em direção a um Estado que considere as exigências sociais – ainda que expressivistas – de reconhecimento. A segunda noção liberal de liberdade criticada por Hegel é a de *autonomia,* a qual, se utilizada como norte nuclear para a ação política, enseja uma "atomização social" individualista que se reflete

[242] A assertiva de Hegel que viria a causar esta e uma série de outras polêmicas futuras é feita no prefácio de seu *Princípios da filosofia do direito:* "O que é racional é real e o que é real é racional. Esta é a convicção de toda consciência livre de preconceitos e dela parte a filosofia tanto ao considerar o universo espiritual como o universo natural. Quando a reflexão, o sentimento e em geral a consciência subjetiva de qualquer modo consideram o presente como vão, o ultrapassam e querem saber mais, caem no vazio e, porque só no presente têm realidade, eles mesmos são esse vazio. Quanto ao ponto de vista inverso, o daqueles para quem a Ideia só vale no sentido restrito da representação da opinião, a esses opõe a filosofia a visão mais verídica de que só a ideia, e nada mais, é real, e então do que se trata é de reconhecer na aparência do temporal e do transitório a substância que é imanente e o eterno que é presente. [...] É assim que este nosso tratado sobre a ciência do Estado nada mais quer representar senão uma tentativa para conceber o Estado como algo de racional em si. É um escrito filosófico e, portanto, nada lhe pode ser mais alheio do que a construção ideal de um Estado como deve ser". HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito... op. cit.,* p. XXXVI-XXXVII.

principalmente na figura de um contrato social de corte predominantemente egoístico. Quando hipostasiada, leva os indivíduos a uma perda da coesão social, por desconhecerem modos de atuação baseados na possibilidade de "relações concretas de reconhecimento" intersubjetivo[243].

Hegel vivenciou em sua juventude um contexto de "isolamento" não apenas dos distintos segmentos da sociedade germânica da época, mas efetivamente de cada indivíduo na persecução obstinada de seus respectivos interesses particulares. Este colapso no cerne da coletividade tem ligação filosófica direta com uma compreensão da propriedade privada enquanto representação de uma "unidade de integração", estendível a toda a sociedade. Apesar de defensor da propriedade como uma das bases de sua filosofia, Hegel afirma criticamente que esta unidade em torno da propriedade privada não passa de uma artificialidade, utilizada para estabilizar o individualismo, fazendo do Estado ou da comunidade meros instrumentos a favor dos distintos particularismos. Um poder estatal marcado pela predominância e pela defesa de interesses privados controversos não poderia ser definido como uma "autêntica comunidade". A sociedade pautada na autonomia do liberalismo é, portanto, segundo o pensamento hegeliano, guiada não pela razão, mas por necessidades e artifícios econômicos cegos; logo, incapaz, por suas contradições internas, de gerar uma efetiva comunidade[244].

Daí a justificação do Estado por Hegel como elemento necessário à integração da sociedade egoisticamente impulsionada, por ser esta impotente na tarefa de gerar uma comunidade autêntica e racional, e também incapaz inclusive de promover a própria

---

[243] Safatle expõe que, na verdade, Hegel prescinde da ideia de autonomia como autolegislação individual, calcada na capacidade interna de decisão e de agir de modo distinto daquele que a ação praticada efetivamente exteriorizou. O "livre arbítrio" do liberalismo seria eivado de um formalismo cuja característica é uma difícil delimitação de conteúdo dos princípios morais, por fundamentar a ação tão somente na noção de dever (imperativo). Por este motivo, a autonomia do liberalismo não logra prover meios seguros de avaliação do teor moral das ações, dificultando a capacidade deste método de repercutir nos procedimentos decisórios. Hegel, com isso, estaria principalmente a chamar atenção para o fato de o dever estar, em verdade, necessariamente atrelado a "contextos particulares de ação", os quais definem tanto seu conteúdo como as condições para seu cumprimento, não podendo ser considerados de modo formalista em suas formulações abstratas. Daí a moralidade ser encarada não como proceder meramente individual, mas como vontade que, em um movimento de alteridade, sempre toma como referência para si o querer dos outros. Uma segunda consequência destas indagações hegelianas é pensar os problemas de pauperização e demais desigualdades não como questões apenas de justiça social, "mas sim como problemas de condições de efetivação da liberdade. Pois não é possível ser livre sendo miserável". Hegel propõe um conceito alternativo de autonomia que se centra não na separação estanque entre impulsos naturais e vontade racional, mas sim na capacidade do indivíduo de, considerando ambos os elementos mencionados, superar tal divisão mediante procedimentos racionais de definição da vontade. SAFATLE, Vladimir. *Grande hotel abismo... op. cit.*, p. 61-80.

[244] MARCUSE, Herbert. *Razão e revolução:* Hegel e o advento da teoria social. Trad. Marília Barroso. São Paulo: Paz e Terra, 2004, p. 54-59.

liberdade. E isso porque uma liberdade individual meramente interna é no máximo um anseio, assim como um modelo de liberdade tão somente negativo não é mais que um projeto inacabado com alta potencialidade destrutiva. Para Hegel, só é *real* a liberdade quando exteriorizada em um modo de vida que reconhece a necessidade de intersubjetividade do homem em suas relações. Sendo o Estado a forma de vida coletiva sustentada por toda a comunidade, nele a liberdade se corporifica[245].

Talvez aqui se encontre a raiz do aparente equívoco cometido por parte daqueles que atribuem à filosofia política hegeliana, no qual sua teoria da pena encontra sustento, um desaparecimento do indivíduo em prol de uma coletividade consubstanciada na figura do Estado. Hegel, na verdade, propõe a *superação das oposições*; ou "reconciliação", por meio da qual a distinção entre dois extremos é abolida dialeticamente por meio da superação; permanecendo, todavia, os dois termos da oposição. E o faz de modo propositivo, enquanto método capaz de explicar a necessidade de ir além da tradicional polarização entre homem e Estado[246]. Em seu *Princípios da filosofia do direito,* o autor expressamente afasta a possibilidade de um poder estatal ser materializado como supressor dos interesses privados. O Estado – promotor da "identidade da vontade universal e da particular" (§155); logo realizador da razão –, é, para Hegel, a efetivação da liberdade concreta. Esta última é definível como a aptidão da individualidade pessoal de se desenvolver em sua plenitude, encontrando as pessoas particulares o reconhecimento de seus direitos de maneira integrada ao interesse universal[247]. Por isso, pouco ou nenhum valor tem a universalidade e as instituições, inclusive o Estado, se desconsiderarem as individualidades (§260)[248].

---

[245] TAYLOR, Charles. *Hegel e a sociedade moderna.* Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 70.

[246] O Estado é considerado como imprescindível à cristalização da universalidade da vida humana, bem como na construção do indivíduo enquanto "veículo da razão". Por outro lado, necessariamente esta teorização deve ser correlacionada com a ressalva de que entre indivíduo e Estado é estabelecida uma relação primordialmente de pertencimento e mútua consideração – com razoável capacidade legitimadora –, e não de supressão ou oposição. TAYLOR, Charles. *Hegel e a sociedade moderna... op. cit.,* p. 65-70.

[247] Michael Pawlik esclarece nesse sentido que "resulta pouco justificada a censura que se faz a *Hegel* – ademais da já mencionada objeção da afirmação acrítica do existente – de que pratica um assenhoramento totalitário do cidadão particular em favor de um corpo coletivo imaginário, vale dizer, de que o Estado é para ele, todo, e o indivíduo, nada. [...] *Hegel* não persegue a supressão do interesse privado, mas apenas impede que esse se converta no único motivo de determinação do agir político". PAWLIK, Michael. Hegel e a racionalidade do real. Trad. Eduardo Saad-Diniz. In: PAWLIK, Michael. *Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo.* Organização e tradução Eduardo Saad-Diniz. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 49-50.

[248] Prosseguindo o raciocínio, Hegel pontua na nota adicional ao § 261 da mesma obra que "não deve o interesse particular ser menosprezado e banido, mas sim conservado em concordância com o interesse geral para que, assim, um e outro sejam assegurados". A utilização do símbolo § segue a mesma lógica exposta no rodapé 225, infra. Cf. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito... op. cit.,* p. 148 e 225-228.

Não parece correto que a sanção em Hegel, abstratamente considerada, seja encarada como mera antítese supressora de uma anterior negação do direito, sem a busca do significado detrás desta teoria. Se, no contexto hegeliano, um crime significa a própria destruição do "quadro de uma relação de reconhecimento existente" – violadora do modo universal de reconhecimento constituído por meio das relações jurídicas[249] –, a pena acaba por transcender a ideia de *negação da negação*: é um instrumento de consolidação do espaço no qual a vontade livre de um sujeito se desenvolve em contato com a vontade livre dos demais. Trata-se de um mecanismo de proteção e promoção do processo de mútuo reconhecimento[250], o qual é assegurado pelo Estado, em um momento posterior, na definição da pena concreta.

Isso tudo expressa uma clara contrariedade à crítica de que a "racionalidade do real" em Hegel justificaria as concretas iniquidades do sistema penal, convalidadas por meio da punição. Axel Honneth destaca que a concepção hegeliana de eticidade, embora precise de readaptações às novas configurações sociais da modernidade reflexiva, não se limita a pretensões afirmativas do que já existe, abrangendo, sobretudo, uma noção *normativa* e *crítica* das práticas sociais e institucionais já concretizadas. Não consiste esta "reconstrução normativa" em uma tentativa intransigente de refutar a realidade dada, com base em padrões externos. Mais que isso, trata-se de "interpretar a realidade existente" considerando, nas práticas concretas, todo o potencial não desenvolvido ou subdesenvolvido delas; potencial este mediante o qual os "valores gerais poderiam se realizar melhor, mais amplamente ou mais fielmente". A eticidade envolve uma "crítica reconstrutiva", por meio da qual se denuncia uma insuficiente ou incompleta encarnação dos valores sociais contextualizados em um cenário de reconhecimento mútuo, reprovando-se a assimilação de particularismos ou

---

[249] É de se ressalvar, no entanto, que, para Hegel, esta destrutiva exteriorização de uma liberdade negativa (o crime) teria em contrapartida uma espécie de efeito colateral *construtivo* em relação ao "processo de formação ético". E isso por despertar a atenção dos sujeitos para as relações de reconhecimento. Isso parece bastante compatível com a exposição realizada anteriormente sobre o conceito e repercussões da *liberdade negativa* no universo hegeliano. Importante também é destacar que Axel Honneth, base das ideias aqui trabalhadas, tece estas considerações baseando-se na *eticidade natural*, na qual falta ainda a força impositiva de uma autoridade pública. Servem, de qualquer forma, para aclarar a maneira pela qual Hegel expõe "como as estruturas sociais do reconhecimento elementar são destruídas por atos de exteriorização negativa da liberdade" (delito), e como "só por tais atos de destruição são criadas as relações de reconhecimento eticamente mais maduras". Estas noções acabam por ser bastante interessantes também para serem trabalhadas no plano da *eticidade absoluta*, na qual se dá relações de reconhecimento qualitativo em que um indivíduo "se 'intui' em cada um como a si mesmo" (*intuição recíproca*). HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento... op. cit.*, p. 53, 55-58 e 61.

[250] BROOKS, Thom. *Hegel's political philosophy:* a systematic reading of the Philosophy of Right. Edimburgo: Edinburgh University Press, 2009, p. 45.

"ideais retrógados"[251]. Trazendo este pensamento a realidades penais problemáticas, como a brasileira, a justificação das lógicas e práticas punitivas perniciosas que compõem a efetiva situação do sistema de justiça criminal parece de difícil sustentação na filosofia hegeliana.

A pena em Hegel, embora situada entre as chamadas *teorias absolutas*, é, no mínimo e na verdade, imbuída de um grande potencial preventivo, principalmente nos sentidos atuais mais *positivos* de prevenção geral. Isso se percebe especialmente quando a teoria do autor sobre a pena é contextualizada no conjunto de sua filosofia, sendo cotejada com sua teorização acerca da juridificação dos processos de reconhecimento e com suas ideias sobre a sanção concreta. Por mais estranho que isso soe ao penalista contemporâneo, a teoria hegeliana das punições – abstrata e concretamente consideradas – as situa como instrumentos de subjetivação; não se tratando de um conformismo em relação à realidade penal problemática, mas antes uma reconstrução normativa crítica desta realidade. Subjetivação, por um lado, dos cidadãos em geral, que têm na confirmação do direito violado uma ratificação do espaço de mútuo reconhecimento intersubjetivo desestabilizado pelo delito, sendo a punição diretamente proporcional à intensidade desta desestabilização. E, ainda, subjetivação também daquele que é punido, o qual, diante da definição da pena como proporcional *à gravidade da infração*, é tratado como sujeito racional com o qual se dialoga, e não como animal que precisa ser ameaçado[252].

2.2.4. Proporcionalidade penal como princípio de justiça?

Na literatura jurídico-penal continental-europeia mais atual, a proporcionalidade das penas é frequentemente tida como "uma ideia de justiça, imanente a todo o direito", por meio da qual se expressa a necessidade de dar a cada um o seu "segundo seus merecimentos", e de tratar desigualmente os desiguais. Tal construção, transferida ao campo penal, determinaria por sua vez que as penas devem ser proporcionais "à entidade do delito", o qual não poderia

---

[251] HONNETH, Axel. *El derecho de la libertad:* esbozo de una eticidad democrática. Trad. Graciela Calderón. Madrid: Clave Intelectual; Buenos Aires: Katz Editores, 2014, p. 15 e 21-23. Esta obra de Honneth busca justamente uma releitura da eticidade de Hegel à complexidade das novas formatações das sociedades atuais.

[252] Cf., sobre o assunto, BROOKS, Thom. *Hegel's political philosophy... op. cit.,* p. 45 e ss. Mesmo situando a teoria da pena de Hegel entre as "absolutas", Bernardo Feijoo Sánchez a relaciona diretamente com as concepções modernas mais normativas de prevenção geral (especialmente a de Jakobs), abordando ainda como a ideia de pena proporcional ao significado da ação criminosa é correlata à noção de intersubjetividade. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Las teorías clásicas de la pena. *Revista Peruana de Ciencias Penales,* Lima: Idemsa, ano VII-VIII, n. 11-12, p. 346-348.

ser punido com sanções mais graves que a "entidade do dano causado"[253]. A tradição jurídica anglo-saxônica, embora erigida sobre premissas sistemáticas bastante diferentes e apesar de dar um tratamento bem pouco uniforme ao tema, também costuma trabalhar a ideia de proporcionalidade penal como algo que abrange "noções de justiça"; todavia, diferentemente, postula a existência de uma consciência coletiva – logo, concretamente situada – que tenderia a ser mais receptiva a ordenamentos jurídico-penais escalonados, de tal maneira que suas sanções guardassem relação com a gravidade do delito[254].

Não obstante, a proporcionalidade das penas não parece ser algo oriundo de uma ordem imanente e imutável, especialmente considerando a dificuldade de se estabelecer de forma clara e unívoca a distinção entre justo e injusto no contexto de sociedades complexas, cuja esfera pública é caracterizada por um pluralismo estrutural. Na realidade, esta imanência do conceito, caso existisse, tornaria de difícil explicação determinadas experiências políticas de viés autoritário ocorridas no decorrer do século XX, nas quais o poder punitivo penal foi em grande medida desvinculado da determinação de relação de estrita correspondência entre ilícito e punição[255].

---

[253] MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal.* 2. ed. Buenos Aires, Montevidéu: Editorial B de F, 2001, p. 134. De modo similar, embora tratando sobre o tema sobre diversos temas que não apenas de um ponto de vista imanente, Teresa Aguado Correa relaciona a proporcionalidade a um "valor de justiça" que a fundamentaria, afirmando-a como derivação de um "ideal de justiça". AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad... op. cit.*, p. 135. Enrique Bacigalupo, por sua vez, afirma que "uma pena muito grave requer em todo caso um ilícito muito grave, pois a lei está sujeita internamente ao princípio de proporcionalidade, que é consequência mínima surgida do valor superior de justiça". BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal y el estado de derecho.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 56. Embora não de forma expressa, é possível que estes e outros autores trabalhem suas noções de proporcionalidade penal a partir do específico contexto jurídico espanhol, cujo texto constitucional afirma no Artigo 1º que a "Espanha se constitui em um Estado social e democrático de direito, que propugna como valor jurídico a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político". Não são claros, no entanto, o preenchimento filosófico e dogmático-penal desta noção de "justiça", termo equívoco e bastante controverso; tampouco como dele decorre a ideia de correspondência entre gravidade da infração penal e severidade da consequência jurídica.

[254] "Por que o princípio da proporcionalidade tem este papel crucial – enquanto um princípio que qualquer teoria da pena precisa abordar? Porque o princípio personifica, ou parece personificar, noções de justiça. As pessoas têm um senso de que punições escalonadas conforme a gravidade dos delitos são mais justas que punições que não o são. [...] A base do princípio da proporcionalidade que se sugere é que uma sanção que expresse censura deve, por justiça, ser alocada conforme a culpa. Esta exigência de justiça tem a ver com consistência moral: tratar as pessoas de acordo com a atribuição de seu louvor – ou culpa; e não necessariamente se relaciona com estabelecer mais eficientemente inibições contra uma conduta predatória". VON HIRSCH, Andrew. Proportionality in the philosophy of punishment. *Crime and Justice*, vol. 116 (1992), Tue University of Chicago, p 56 e 75.

[255] Reinhart Maurach afirma que estas manifestações jurídico-penais são verificadas especialmente naquilo que ele denomina como "Estado totalitário", responsável pela quebra da "barreira da esfera livre de pena". MAURACH, Reinhart. *Derecho penal:* parte general, v. 1. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Trad. Jorge Bofill Genzch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994, p. 6.

Uma alternativa passível de explicar a afirmação de que a proporcionalidade constitui algo "imanente ao direito" seria considerar as experiências jurídicas caracterizadas pela desproporcionalidade como próprias de um "não-direito". Gustav Radbruch, por exemplo, afirma que a colisão entre *segurança jurídica* e *justiça* é na realidade um conflito interno a esta última: se o direito positivado é de tal forma injusto que compromete a própria segurança jurídica, é a *justiça* que deve prevalecer sobre a positividade, de modo que o direito positivo perderia sua validade em decorrência da injustiça de seu conteúdo material[256]. Esta "Fórmula de Radbruch", embora sedimentada sobre bases jusnaturalistas, encontrou repercussão considerável na jurisprudência alemã, especialmente em sua aplicação à temática dos direitos humanos. Considerando inválidos determinados dispositivos do sistema jurídico da então República Democrática Alemã (RDA), em decorrência de sua injustiça material diante dos casos concretos, o Tribunal Constitucional Federal alemão entendeu ser juridicamente possível a incriminação de agentes públicos da RDA que de algum modo foram responsáveis pelo homicídio daqueles que buscavam atravessar, sem autorização, as fronteiras estabelecidas para separar os blocos socialista e capitalista – ainda que a ordem jurídica da RDA previsse em sua legislação causas que excluiriam a ilicitude de tais condutas[257]. Já no âmbito especificamente jurídico-penal, embora não recorrendo expressamente a argumentos de direito natural, Tomás S. Vives Antón argumenta que, a seu ver, os direitos fundamentais não são apenas limites externos ao poder punitivo, mas verdadeiros "momentos definidores", sem os quais o direito penal deixa de ser direito para transformar-se em mero exercício de "força bruta"[258].

---

[256] Cf. RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la filosofía del derecho*. Trad. Wenceslao Roces. México: Fondo de Cultura Económica, 1951.

[257] O Tribunal Constitucional Federal, na realidade, admitiu a constitucionalidade de decisões neste sentido anteriormente proferidas pelo Tribunal Supremo Federal. Para uma análise jurídico-filosófica das decisões, verificando também a repercussão das teses de Radbruch sobre elas, cf. ALEXY, Robert. Derecho injusto, retroactividad y el principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín. Trad. A. Daniel Oliver-Lalana. *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, vol. 23, 2000, p. 197-230.

[258] "Com efeito, em outro lugar destaquei o caráter lógico (conceitual, definidor) dos limites dos direitos e liberdades fundamentais, pois aqueles e estas conferem poderes e faculdades que não podem ser tidos como absolutos sem negarem-se a si mesmos; ou seja, sem negar aqueles perfis que os configuram como tais direitos e liberdades, e não como meros poderes fáticos. O mesmo cabe afirmar, por razões óbvias, no caso do *ius puniendi:* seus limites constitucionais não são apenas limites axiológicos externos; mas também momentos definidores (internos), fronteiras lógicas. Além de tais limites, o que há não é, em pureza, o *ius puniendi*, mas sim apenas a força bruta". VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal:* acción significativa y derechos constitucionales. Valencia: Tirant lo Banch, 2011, p. 691. Entendendo haver uma relação próxima entre direito e moral, Tercio Sampaio Ferraz Junior afirma que um direito imoral pode vir a ser imposto, embora a perda de sentido seja a consequência que provavelmente sobre recairá sobre este direito. Sentido, no universo teórico do autor, remete à ideia de *senso comum*, entendido como espaço no qual os indivíduos se encontram e

Entretanto, embora problemáticas sob os mais diversas perspectivas, mesmo as experiências autoritárias[259] de algum modo não parecem ter sido desprovidas de uma juridicidade positivada e imponível, ainda que o sistema jurídico em tais casos sinalizasse estar profundamente corrompido por comunicações políticas e de ordem particularista[260]. De qualquer modo, é pouco claro até que ponto realmente todas as ordens jurídicas apenas possuem tal *status* na medida em que suas normas refletem supostas *ideias imanentes de justiça* – especialmente considerando contextos nos quais o direito, incapaz de apreender as assimetrias individuais e sociais anteriores à formação da norma, manifesta-se mais como um instrumento ideologicamente enviesado e legitimador da manutenção violenta de uma determinada configuração social. Sob tal perspectiva, a aplicação de sanções figura mais como uma poderosa "instância social de controle", à disposição do sistema jurídico para o exercício de uma "violência real" sobre o "mundo administrado". Este processo se dá de forma mais direta em ditaduras, mas não é uma exclusividade de cenários políticos tão

---

experimentam conjuntamente. Nestes termos, a arbitrariedade seria incompatível com o sentido do direito, por fazer das normas jurídicas meras imposições unilaterais por parte daquele que exerce o poder, de modo a prescindir da experiência dos *outros* no espaço comum. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito:* técnica, decisão, dominação. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 370-373.

[259] Norberto Bobbio, buscando delimitar conceitualmente as noções de "autoritário" e "autoritarismo", define três contextos em que tais expressões são empregadas com maior frequência: *(i) Estrutura de sistemas políticos autoritários:* neste âmbito, consideram-se autoritários aqueles regimes em que a autoridade governamental é privilegiada de tal forma a diminuir a força do consenso, estando o poder concentrado nas mãos de uma pessoa ou órgão. As instituições representativas, a oposição e a autonomia dos subsistemas são, assim, esvaziadas e colocadas em posição secundária; *(ii) Personalidades autoritárias:* termo empregado para designar a aliança de, por um lado, a adulação e obediência irrestrita à autoridade superior; e, por outro, a disposição psicológica a tratar arrogantemente os que estão em posição hierárquica inferior, ou não detêm poder e autoridade; *(iii) Ideologias autoritárias:* em geral compreendidas como aquelas que negam a ideia de igualdade entre homens, coocando o princípio da hierarquia em destaque, e ao mesmo tempo exaltando características da personalidade autoritária e defendendo modelos autoritários de regime político. BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*, vol. 1. Trad. Carmen C. Varriale et al. Brasília: Editora UNB, 1998, p. 94 e ss. Especificamente sobre a "personalidade autoritária", cf. ADORNO, Theodor W. et al. La personalidade autoritaria (prefacio, introducción y conclusiones). Trad. Julia A. del Pino Artacho. *Empiria – Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, n. 12, jul.-dez., 2006, p. 155-200.

[260] O próprio Muñoz Conde, defensor da ideia de proporcionalidade como princípio "imanente ao direito", de modo aparentemente contraditório vai nesse sentido. Ao estudar determinadas tendências do direito penal nazista – tais como mecanismos de esterilização massiva, castração, inocuização de determinados agrupamentos sociais, internamento em campos de concentração e assassinatos em massa nas câmaras de gás –, afirma que estas eram revestidas de uma "base jurídica", proporcionada por meio de leis e demais instrumentos jurídicos *ad hoc*, estrategicamente constituídos pelas autoridades nacional-socialistas para a consecução de seus fins. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo:* estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 176-179. Entendendo haver uma relação próxima entre direito e moral, Tercio Sampaio Ferraz Junior afirma que um direito imoral pode vir a ser imposto, embora a perda de sentido seja a consequência que provavelmente sobre recairá sobre este direito. Sentido, no universo teórico do autor, remete à ideia de *senso comum*, entendido como espaço no qual os indivíduos se encontram e experimentam conjuntamente. Nestes termos, a arbitrariedade seria incompatível com o sentido do direito, por fazer das normas jurídicas meras imposições unilaterais por parte daquele que exerce o poder, de modo a prescindir da experiência dos *outros* no espaço comum. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito:* técnica, decisão, dominação. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 370-373.

extremos; ao contrário, também se verifica em outros contextos sociais e momentos históricos, embora de forma mediatizada[261].

Giorgio Agamben aborda esta relação entre o político e o jurídico em torno da noção de estado de exceção, destacando que este se tornou um paradigma de governo integrado ao próprio funcionamento da máquina estatal ocidental do século XX, ininterruptamente desde a Primeira Guerra Mundial. O autor define o estado de exceção como algo que não é nem interior nem exterior ao ordenamento jurídico, constituindo uma zona de indiferença na qual "dentro" e "fora" não são conceitos excludentes, mas se indeterminam mutuamente. Significa, nestes termos, a suspensão total ou parcial do ordenamento em contextos tidos como de especial gravidade, porém com o intuito de garantir a aplicabilidade da norma. Evidentemente, o manejo político-jurídico por meio do estado de exceção é mais marcante no fascismo e no nazismo, mas o seu alcance até os tempos atuais é verificável, segundo Agamben, nas diversas práticas em que o aspecto normativo do direito é eliminado por violências governamentais que, *externamente*, atribuem reduzida relevância às normas de direito internacional em privilégio de conveniências políticas; e, *internamente*, promovem um estado de exceção permanente, sem, contudo, abdicar da aplicação das normas e sanções jurídicas[262].

---

[261] Assim, considera Theodor Adorno que "O meio no qual o mal, em virtude de sua objetividade, alcança um ganho de causa e conquista para si a aparência do bem é em grande medida o meio da legalidade; esse meio protege em verdade positivamente a reprodução da vida, mas, em suas formas existentes, graças ao princípio destruidor da violência, traz à tona sem atenuação o seu poder destrutivo. Apesar de a sociedade, como no caso do Terceiro Reich, ter se tornado, sem razão, presa do puro arbítrio, o direito na sociedade conserva o terror, pronto a recorrer a ele a qualquer momento com o auxílio do regulamento disponível. [...] Esse enclave, ideológico em si mesmo, exerce por meio das sanções do direito enquanto instância social de controle uma violência real que atinge sua plenitude no mundo administrado. Nas ditaduras, ela passa imediatamente para o uso dessa violência; de maneira mediatizada, ela sempre esteve presente. O fato de o indivíduo ser tão facilmente vítima de injustiças quando o antagonismo de interesses o impele para a esfera jurídica não é, como Hegel gostaria de convencê-lo, culpa sua, no sentido de que ele seria cego demais para reconhecer o seu próprio interesse na norma jurídica objetiva e em suas garantias; isso é muito mais culpa dos elementos constituintes da própria esfera do Direito". ADORNO, Theodor. *A dialética negativa.* Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p. 258-259.

[262] Os sistemas jurídicos dos Estados ocidentais, segundo Agamben, teriam uma dupla face: a *potestas*, elemento jurídico-normativo; e a *auctoritas*, em si mesmo metajurídica e anômica. Tais elementos seriam heterogêneos e, ao mesmo tempo, coordenados, na medida em que a *potestas* necessita da anomia para sua aplicação, e a *auctoritas* apenas pode ser afirmada mediante a validação ou suspensão do poder jurídico-normativo. O estado de exceção consistiria justamente na zona cinzenta que articula os dois elementos. Esta zona, no entanto, estaria estruturada sobre uma ficção: a de que a *auctoritas* (força de lei sem realmente o ser) continua a ter relação com o direito, e que o poder de suspender a validade da norma mantém um contato direto com a vida. O risco, no entanto, residiria quando o estado de exceção que reúne os dois elementos se transforma na regra, processo por meio do qual "o sistema jurídico-político transforma-se em uma máquina letal". Agamben ressalva, contudo, que não existe uma vinculação substancial entre "violência e direito, entre a vida e a norma", sendo a supostamente intrínseca correlação entre estas noções apenas fruto da "ficção" da qual se vale a máquina do poder. Haveria, por outro lado, a contraposição de movimentos entre si opostos: um no sentido de instituição, e outra no de

O pensamento de Agamben é profundamente influenciado pelas teorizações de Carl Schmitt sobre o estado de exceção[263], sendo ambos os autores frequentemente utilizados por parte dos penalistas como chave de explicação ou de crítica da noção de "direito penal do inimigo" formulada por Jakobs[264]. Todavia, o argumento mais forte dos penalistas que endossam esta crítica seguramente encontra-se na diferenciação entre *amigo* e *inimigo* realizada por Schmitt[265]. Tal distinção *schmittiana*, contudo, busca a fixação de "categorias especificamente políticas", utilizadas justamente para delimitar o conceito próprio de político segundo Carl Schmitt, na medida em que demonstra o grau máximo de associação e desassociação[266]. Tanto ela como a noção de estado de exceção, desta forma, em nada são

---

deposição, separando o que foi vinculado artificialmente. Neste campo de tensões, o estado de exceção consistiria em seu ponto máximo, ameaçando tornar indiscerníveis as regras com as quais se confunde. Os aspectos destrutivos das práticas político-jurídicas poderiam ser minimizados ou evitados por meio da constante busca pela separação destas duas forças, abrindo espaço para uma ação humana – sob a denominação de "política" – voltada a romper a relação entre violência e direito. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção.* Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 47-48 e 130-132.

[263] O estado de exceção em Carl Schmitt não é um decreto de necessidade ou um fenômeno isolado, mas sim um conceito chave e geral da própria teoria do Estado, determinante também a partir do momento em que o *soberano* é compreendido como "aquele que decide sobre o estado de exceção". Nos casos de normalidade, segundo o autor, o que cabe é reduzir o máximo possível o "elemento autônomo da decisão", enquanto que na exceção é a norma que acaba por ser aniquilada. Entretanto, paradoxalmente, mesmo a exceção não é inacessível ao conhecimento jurídico, uma vez que tanto a norma como a decisão "permanecem dentro do marco do Direito". SCHMITT, Carl. *Teología política:* cuatro ensayos sobre la soberanía. Trad. Francisco Javier Conde. Buenos Aires: Editorial Struhart & Cía., p. 23 e 30.

[264] O direito penal do inimigo, conforme a teorização de Jakobs, é direcionado àqueles sujeitos que, por conta de seus comportamentos mais intensamente perigosos, não prestam segurança cognitiva à sociedade de modo suficiente. Por esta razão, deixam de ser considerados "cidadãos", "pessoas-em-direito" capazes de apreender o sentido da comunicação veiculada por meio da pena, passando a ser considerados focos de perigo que carecem da coação penal como modo de neutralização. Por esta razão, Jakobs considera que a pena no direito penal do inimigo deixa de ter um conteúdo comunicativo, tornando-se um instrumento de contenção de riscos. JAKOBS, Günther; CANCIO MELÍA, Manuel. *Derecho penal del enemigo.* 2. ed. Madrid: Thomson-Civitas: Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 21 e ss. Polaino-Orts, por sua vez, não considera que as punições próprias do direito penal do inimigo perdem a natureza comunicativa. Para o autor, a comunicação persiste, primeiramente, em relação à sociedade, sendo transmitido aos cidadãos (pessoas) que, apesar da conduta perigosa do inimigo, a norma continua válida e a identidade normativa da sociedade segue resguardada; e, em segundo lugar, também em relação ao próprio inimigo, que não deixa de ser considerado "pessoa em potencial". POLAINO-ORTS, Miguel. Comunicação *versus* coação? Considerações críticas sobre a pretendida cisão da função da pena. Trad. Eduardo Saad-Diniz. In: POLAINO-ORTS, Miguel; SAAD-DINIZ, Eduardo (org.). *Teoria da pena, bem jurídico e imputação.* São Paulo: LiberArs, 2012, p. 172-173.

[265] "Então se tratava de um regime totalitário, no qual se dava por certo que existia m Direito penal deste tipo para os 'inimigos' e os 'estranhos à comunidade'. Todavia, é mais difícil assumir uma distinção similar no Estado de Direito, que, por definição, não admite que se possa distinguir entre 'cidadãos' e 'inimigos' (ou 'amigos' e 'inimigos', na clássica distinção do famoso politólogo nazista Carl Schmitt), como sujeitos com distintos níveis de respeito e proteção jurídica". MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo".* Buenos Aires: Hamurabi, 2005, p. 63. Neste mesmo sentido, utilizando Carl Schmitt como precursor da noção de inimigo no direito penal, DEMETRIO CRESPO, Eduardo. El derecho penal del enemigo darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado "Derecho penal del enemigo" y la idea de seguridad. In: MELÍA, Cancio; DÍEZ. Gómez-Jara. *Derecho penal del enemigo:* el discurso penal de la exclusión, vol. 1. Buenos Aires: Euros Editores, 2006, p. 486-487.

[266] Da mesma forma que, por exemplo, a dicotomia interna à moral é a distinção entre *bom* e *mau*, e a diferenciação característica da estética a separação entre *belo* e *feio*, e da economia a distinção entre *rentável* e

passíveis de serem relacionadas ao conceito estritamente normativo de *inimigo* em Jakobs – cuja despersonalização do inimigo não está orientada por interesses políticos, e tampouco se confunde com a indeterminação e suspensão da ordem jurídica característica do estado de exceção[267].

Destarte, as teses de Carl Schmitt e Agamben sobre o estado de exceção, no contexto aqui trabalhado, não servem para fundamentar filosoficamente o atual estágio de incidência desproporcional do direito penal, assim como tampouco a distinção *schmitiana* amigo/inimigo fundamenta a diferenciação cidadão/inimigo em Jakobs. O emprego de tais teorizações aqui visa apenas a demonstrar que determinadas características dos regimes autoritários europeus da primeira metade do Século XX não ficaram adstritas, em sua totalidade, a estes contextos históricos extremos rigorosamente delimitados – tanto no plano das técnicas de governo como no das formulações estritamente jurídicas. Ao contrário, embora estes regimes tenham demonstrado um perfil político-criminal bastante próprio[268], algumas de suas características ampliam-se a uma variedade de experiências jurídico-políticas que tiveram e têm na força coativa do direito um instrumento nem sempre proporcional de imposição de decisões. As constatações de Agamben apenas contribuem para sublinhar uma proposta bem menos ampla: a de expor como é difícil sustentar a pretensão de tomar determinados fenômenos jurídicos, dentre os quais a desproporcionalidade penal, como próprios de iniciativas autoritárias, e isolá-las na condição de "não-direito" por não estarem orientadas por "ideais de justiça imanentes" – relegando a segundo plano os problemas estruturais das ordens jurídicas contemporâneas dos Estados ocidentais, ou limitando-se a indevidamente compará-las com estes regimes autoritários do passado.

Contemporaneamente, inclusive, no plano mais estritamente penal, a desproporcionalidade das penas é uma característica própria e reconhecida das técnicas próprias do direito penal do inimigo, o qual efetivamente compreende uma série de normas

---

não-rentável. O propósito de Schmitt foi criar uma categoria política absolutamente independente destas outras dicotomias; por exemplo, o inimigo pode não ser feio, pode não ser um concorrente econômico, e pode inclusive não ser moralmente mau. A essência do conceito *schmittiano* de inimigo parece ser a alheação, sendo "existencialmente algo diferente e desconhecido, de modo que, em caso extremo, sejam possível conflitos com ele", que não podem ser resolvidos por um terceiro imparcial ou uma normalização geral prévia. SCHMITT, Carl. *O conceito do político. Teoria do Partisan.* Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 27-29.

[267] Com mais detalhes, SAAD-DINIZ, Eduardo. *Inimigo e pessoa no direito penal... op. cit.,* p. 128-137.

[268] Sobre as especificidades político-criminais do autoritarismo soviético, nazista, fascista – especialmente o caso italiano – e franquista, Cf. RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord.). *Política criminal y sistema penal:* viejas e nuevas racionalidades punitivas. Barcelona: Anthropos, 2005, p. 107 e ss.

presentes nos diversos ordenamentos jurídico-penais da atualidade. Esta modalidade especial da repressividade, valendo-se de uma despersonalização do inimigo no plano normativo, antecipa a incidência da tutela penal a um momento *anterior* à produção efetiva de um resultado lesivo; no entanto, sem que isso acarrete uma redução da pena de modo proporcional a tal antecipação. Esta construção dogmática busca explicar a si mesma com base na especial gravidade e periculosidade da conduta do inimigo: como este não confere uma suficiente segurança cognitiva à sociedade, a pena não apenas estabiliza expectativas normativas, mas – de modo especialmente assegurador – tem como finalidade precípua eliminar o perigo proporcionado pelo atuar do agente[269].

Da mesma maneira, sendo o desafio do terrorismo o atual "equivalente funcional" daquilo que os Estados enfrentam em suas guerras tradicionais, o direito penal de combate ao terror acaba sendo, em alguma medida e ao menos analogamente, orientado pelos valores próprios do direito de guerra. Entretanto, as técnicas terroristas de ação não se caracterizam pelos métodos simétricos de luta, de modo que as regras voltadas aos adeptos destas práticas igualmente não se amoldam ao direito internacional comum – este baseado nas ideias de reciprocidade e simetria. As normas penais especificamente direcionadas para lidar com o terrorismo, ao contrário, têm como característica essencial a *assimetria* normativa como estratégia, similarmente ao que ocorre no âmbito do direito de guerra, mas aqui voltado à defesa do sistema jurídico contra comunicações destrutivas que buscam a sua própria negação. Isso, no entanto, traveste-se de técnicas e modalidades tradicionais de um direito penal de perigo, tendo como uma de suas principais implicações a cominação de penas desproporcionais não por um verdadeiro fundamento jurídico-penal, mas sim em atenção unicamente a necessidades securitárias[270].

---

[269] POLAINO-ORTS, Miguel. Realidad y ficción en el derecho penal del enemigo. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 496-497.

[270] Pawlik, relacionando o princípio da culpabilidade à determinação de que a pena não pode ser superior à medida da culpa do agente, afirma a existência, especificamente no ordenamento jurídico-penal alemão, de penas desproporcionais cominadas para delitos relacionados ao terrorismo, especialmente em comparação ao restante do ordenamento. No caso, o autor dá especial destaque aos delitos de organização, fundação ou participação em uma associação terrorista, cuja pena abstratamente definida é a de prisão de um a dez anos (§129, "a" e "b", StGB). O autor afirma que o injusto de ameaça de tais delitos não enseja necessariamente uma insegurança social tão significativamente aguda, a ponto de ser punido com a *mesma* gravidade que um delito de lesão corporal grave – cuja pena cominada pelo Código Penal Alemão também é de um a dez anos (§226, §1º, StGB). Pawlik conclui que é injustificável do ponto de vista dogmático que um injusto de ameaça seja considerado tão grave quanto alguém, com dolo específico, agredir outrem a ponto de lhe retirar a capacidade de falar ou ver, privar-lhe de um membro, causar-lhe paralisia, ou ainda lhe provocar qualquer deficiência física ou anomalia mental. PAWLIK, Michael. O terrorista e o direito dele: sobre a posição teórico-jurídica do terrorismo moderno.

Acima disso, a fixação de punições desproporcionais é uma tendência percebida desde as décadas de 1980 e 1990, em que movimentos originalmente liberais, críticos ao ideal de reabilitação e defensores de penas retributivas e proporcionais, converteram-se em pressões sociais e legislativas por uma elevação dos padrões condenatórios e de encarceramento, o que foi motivado principalmente por finalidades de dissuasão e inocuização de delinquentes[271]. Os reflexos legislativos e judiciais destas tendências se estenderam também às práticas voltadas à criminalidade desenvolvidas no século XXI, com medidas politicamente expressivas que não demonstram preocupações com as exigências de correspondência entre gravidade do delito e severidade da consequência jurídica, mas sim com objetivos de dissuasão, incapacitação e restabelecimento da confiança do público na atuação do sistema de justiça criminal[272].

Neste ponto, inserem-se as medidas de *"three strikes and you're out"*, muito difundidas em diversas jurisdições penais estaduais dos Estados Unidos, embora com diversas especificidades conforme os estados que as instituíram – por exemplo, no que se refere aos casos em que são aplicáveis e o quão ampla é essa variedade de hipóteses de incidência. No entanto, a característica geral que permeia estas modalidades punitivas é o tratamento especialmente rígido dispensado aos reincidentes, os quais são sancionados com prolongadas penas de prisão a partir do terceiro crime cometido – o que coloca em dúvida a relação de proporcionalidade da resposta jurídica guarda com o delito[273].

Trad. Eduardo Saad-Diniz. In: PAWLIK, Michael. *Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo.* Organização e tradução Eduardo Saad-Diniz. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 122-123.

[271] GARLAND, David. *La cultura del control... op. cit.,* p. 119 e 253-254.

[272] TONRY, Michael. Can twenty-first century punishment policies be justified in principle? In: TONRY, Michael (ed.). *Retributivism has a past:* has it a future? Nova York: Oxford University Press, 2011, p. 3-6.

[273] Maria Teresa Castiñeira e Ramon Ragués criticamente pontuam que nem todos os acusados submetidos a estas novas normas estadunidenses efetivamente cometeram delitos graves, tampouco mediante violência ou grave ameaça. Em determinados casos, ademais, sobressalta-se a desproporção racial da incidência destas leis, recaindo predominantemente sobre as populações negras mesmo em estados nos quais estas constituem ampla minoria. Os autores analisam uma sequência de casos em que aplicações de penas consideradas excessivas, ainda que em épocas anteriores à promulgação das leis *three-strikes*, tiveram sua constitucionalidade discutida por cortes dos Estados Unidos. Castiñeira e Ragués destacam que a Suprema Corte chega a reconhecer a existência de uma proibição de penas extremamente desproporcionais. Todavia, ainda que o tribunal ressalte que os casos de desproporcionalidade devem ser pouco frequentes, acaba ele por mitigar a força da regra, restringindo seu campo de aplicação e relativizando seu conteúdo, ao adotar uma grande cautela para não invadir campos de atuação que poderiam ser tidos próprios do Poder Legislativo. A excepcionalidade dos casos de desproporcionalidade, desta forma, exigiria o perpasse de alguns testes fixados pelo tribunal: um primeiro, consistente na averiguação da existência ou não de uma desproporcionalidade extrema entre infração e punição, relegando a segundo plano a análise comparativa da severidade da sanção em relação às outras penas previstas para outros delitos, tanto naquele quanto em outros estados da federação. Entretanto, mesmo nesta primeira valoração, a Corte compreende que deve ser levada em consideração não apenas a gravidade do ato em si, mas "a totalidade da carreira criminosa do réu", o que mitigaria em larga escala o alcance do critério da proporcionalidade penal. A consequência destas linhas de raciocínio, segundo os autores, seria a de que o poder

Também as chamadas "Cortes de Drogas", mecanismos de justiça terapêutica que vem sendo amplamente adotados nos Estados Unidos como alternativa aos meios tradicionais de punição por condutas relacionadas ao problema dos entorpecentes, vêm sendo debatidas em razão de sua duvidosa compatibilidade com o critério da proporcionalidade. Adotando os métodos tradicionais da justiça terapêutica[274], tais cortes especiais deixam de aplicar penas de prisão ou multa àqueles que se envolvem com determinados comportamentos delitivos relacionados às drogas, desde que cumpram determinadas condições, especialmente relacionadas a procedimentos supervisionados para tratamento da dependência. Caso o acusado não concorde com tais meios, ou mesmo não seja bem sucedido em cumpri-los, este se submete aos meios comuns do sistema de justiça criminal[275]: se o programa de tratamento ocorre antes da condenação, o sujeito se submeterá a uma persecução penal tradicional; se posterior a uma decisão condenatória, a punição terapêutica é convertida em sanções comuns. Os principais problemas desses métodos no que concerne à proporcionalidade dizem respeito a um dos aspectos mais centrais desta, a *paridade*, segundo a qual delinquentes que tenham cometido um mesmo delito devem ser tratados igualmente. Tal critério é de difícil verificação quando, no caso de duas pessoas que cometeram um determinado crime relacionado com drogas, uma delas é submetida a um tribunal comum, enquanto que a outra a uma corte de drogas especial. O primeiro sujeito sofrerá uma privação de liberdade ou um decréscimo

---

judiciário estadunidense criou as condições para legitimar constitucionalmente as leis *three-strikes;* especialmente quando aliadas à tese de que da Oitava Emenda à Constituição – a qual proíbe excessos de fiança, as multas excessivas, bem como as penas cruéis e incomuns – não decorre nenhuma teoria da pena em específico. Para uma análise mais detalhada das decisões que levaram a estas conclusões gerais realizadas pelos autores, cf. CASTIÑEIRA, Maria Teresa; RAGUÉS, Ramon. *Three strikes.* El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. In: CARBONELL, Miguel; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coord.). El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo. Lima: Palestra, 2010, p. 189-215.

[274] Sob uma perspectiva crítica em relação às cortes de drogas estadunidenses e à justiça terapêutica assim estruturada, Sergio Seibel afirma que tais instrumentos buscam utilizar o poder coercitivo dos tribunais para "promover abstinência e comportamento pró-social". Destarte, apenas reforçam o argumento proibicionista, de modo queas *drug courts* veiculariam junto ao acusado a ideia de que *" se você continuar a usar drogas, eu não te trato e você vai para a prisão".* SEIBEL, Sergio. A Lei 11.343/2006 sobre drogas e o impacto na saúde pública. *Boletim IBCCRIM,* São Paulo: IBCCRIM, ano 20, Edição Especial sobre Drogas, out. 2012.

[275] Michel Foucault opina que a penalidade moderna substituiu a relação de alternatividade entre punição e cura, cárcere e hospital, havendo na reação social certa homogeneidade que estabelece um "*continuum* protetor", o qual permeia as instituições sociais médicas e penais. Assevera o autor que isso decorre de "uma imensa prática, uma imensa institucionalização do repressivo e do punitivo, que é alimentada discursivamente pela psiquiatria penal e, em particular, pela prática maior do exame. Em suma, a sociedade vai responder à criminalidade patológica de dois modos, ou antes, vai propor uma resposta homogênea com dois polos: um expiatório, outro terapêutico". Foucault conclui que esta modalidade de intervenção social não se direciona especificamente ao crime, pois assim seria propriamente jurídico-punitiva; tampouco à doença, hipótese em que ela seria definitivamente terapêutica. Esta "miscibilidade institucional", por sua vez, focar-se-ia sobre o *perigo* e o indivíduo perigoso. FOUCAULT, Michel. *Os anormais:* curso no Collège de France. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 29.

patrimonial, por meio de medidas estatais que interferem restringindo recursos tidos como essenciais para satisfazer as necessidades individuais e comunitárias do sujeito. O segundo indivíduo, por sua vez, sofrerá medidas que não apenas interferem nestes elementos de necessidade, mas buscam *restaurar* tais padrões, inclusive modificando percepções de mundo e modos de agir, sem que as medidas estatais necessariamente estejam submetidas aos limites temporais das sanções comuns. Este segundo sujeito, ademais, se não for bem sucedido no programa de tratamento, receberá uma segunda punição posterior, consistente justamente na conversão da medida terapêutica em uma pena tradicional[276].

Estes exemplos, embora discutíveis no que se refere à sua compatibilidade com a determinação de correspondência gradativa entre comportamento ilícito e consequência jurídica, refletem opções deliberadas e conscientes do legislador por uma desproporcionalidade penal, e não exatamente falhas no momento de formulação da lei. Todavia, há ainda problemas de natureza distinta envolvendo a desproporcionalidade penal, estes relacionados a inconsistências de *técnica legislativa*, aqui compreendida como a área da teoria da legislação que se dedica à análise da elaboração da decisão legislativa e da otimização da configuração da lei – ou seja, do processo de elaboração legislativa e a inserção de seu produto final no ordenamento jurídico na condição de mensagem normativa. Envolve, assim, a tradução de uma comunicação primordialmente política em termos mais propriamente jurídicos, de forma "ótima" e coerente. Considerando a proporcionalidade das penas como uma falha de técnica legislativa, representaria ela um desequilíbrio entre o *impulso problemático* que originou a regulação jurídica e o conteúdo da norma, produzida

[276] Douglas Husak identifica cinco tendências que, a seu ver, teriam levado a uma intensa adoção de mecanismos de justiça terapêutica nos Estados Unidos: *(i)* a descrença no sistema de justiça criminal e a dificuldade de justificar normativamente os meios punitivos tradicionais, o que explicaria o entusiasmo de juristas práticos em relação a métodos que permitem a eles fazer por conta própria aquilo que consideram correto; *(ii)* a dificuldade em se encontrar métodos de efetiva prevenção da criminalidade, de modo que a justiça terapêutica preencheria uma lacuna de políticas públicas de natureza social; *(iii)* o encarceramento massivo e os gastos excessivos com segurança pública, especialmente em casos como a guerra às drogas, não resistiriam às pressões típicas de sociedades capitalistas para que as instituições sejam economicamente eficientes; *(iv)* segundo o autor, os Estados Unidos teriam uma tradição em buscar nos meios terapêuticos formas de lidar com problemas sociais profundos; e *(v)* o próprio movimento de *overcriminalization*, sendo duvidoso, segundo Husak, que as medidas terapêuticas seriam tão difundidas se as condutas criminalizadas constituíssem um grupo mais nuclear e restrito. O autor, além das críticas relacionadas à proporcionalidade e seu critério de paridade, é bastante cético em relação às cortes de drogas por outras razões, afirmando a inexistência de evidências científicas confiáveis acerca de sua efetividade, e asseverando ainda que as disparidades raciais das formas sancionatórias tradicionais também estão presentes no gerenciamento das cortes especializadas. HUSAK, Douglas. Retributivism, proportionality, and the challenge of the drug court movement. In: TONRY, Michael (ed.). *Retributivism has a past:* has it a future? Nova York: Oxford University Press, 2011, p. 214 e ss.

como resposta ao problema original[277] – por exemplo, quando as normas de direito penal material são tão excessivas que prejudicam a própria finalidade preventiva que inicialmente motivou a produção legislativa.

Exemplo disso no contexto brasileiro é a instituição do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), instrumento de execução penal especialmente inocuizador[278] que recai sobre determinados presos no curso do cumprimento de suas penas privativas de liberdade, tanto na forma de uma sanção em resposta a uma conduta nociva efetivamente realizada pelo agente, como também de maneira antecipada em virtude de tal indivíduo representar um fator de insegurança ou participar de grupos criminosos organizados[279]. Uma primeira motivação do RDD seria a imposição de uma maior disciplina prisional, buscando conter as rebeliões internas mediante a segregação dos indivíduos considerados mais perigosos, separando-os do convívio com os demais. O segundo fundamento principal seria o enfraquecimento das células criminosas mais organizadas, justamente em virtude deste isolamento de seus líderes[280]. Quanto ao primeiro aspecto, é pouco clara a existência de uma real relação entre o RDD e as causas mais profundas das recorrentes revoltas de presidiários, vez que em nada tal instituto

---

[277] NAVARRO FRÍAS, Irene. Técnica legislativa y derecho penal. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX, 2010, p. 236-238.

[278] "O regime consiste basicamente no confinamento do preso em uma pequena cela individual, com sérias limitações às possibilidades de interação social e à realização de atividades. Dentre as restrições do regime estão: a supressão de qualquer atividade educativa, laboral ou recreativa (o preso é condenado ao ócio); as limitações das possibilidades de comunicação do preso, tanto em âmbito interno (o regime legal prevê a saída da cela por duas horas para o banho de sol), quanto externo, com relação às pessoas de fora do espaço prisional. A lei restringe o contato dos presos com seus familiares (visitas semanais de duas pessoas – sem contar as crianças, com duração de duas horas) e até mesmo com os advogados (necessidade de pré-agendamento para entrevistar-se com o defensor). [...] O fato das celas não terem janelas, terem pouca entrada de ar, e ainda, produzirem uma sensação térmica de calor contrastada com a frieza do cimento e da solidão, são elementos que afetam a forma do indivíduo vivenciar o Regime Disciplinar Diferenciado". BRAGA, Ana Gabriela Mendes. *A identidade do preso e as leis do cárcere.* Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008, p. 136-137.

[279] Na literalidade do artigo 52 da Lei de Execução Penal: "Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; II - recolhimento em cela individual; III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol. [...]§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando".

[280] No próprio parecer da Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, Violência e Narcotráfico da Câmara dos Deputados, proferido no curso da tramitação do Projeto de Lei nº 5.073/2011, de autoria do Poder Executivo e que propôs a instituição do RDD, afirma o Deputado Relator Luiz Antônio Fleury: "Trata-se de medida destinada a desestruturar as facções criminosas por meio do isolamento de seus líderes, o que realmente não tem sido feito no Brasil e que constitui medida essencial ao combate ao crime organizado, não se podendo admitir que os presos continuem a comandar suas organizações de dentro do presídio".

contribui para minimizar a superlotação, incrementar as condições carcerárias ou criar espaços de autonomia do preso em relação às estruturas criminosas mais organizadas. O segundo fundamento depõe ainda mais diretamente contra a finalidade em tese preventiva do RDD: por mais que este seja temido, em virtude de sua rigidez, é também um sinônimo de poder e prestígio aos presos que são a ele submetidos[281]; um fator de "consolidação de liderança", no meio prisional, do papel de autoridade desempenhado pelos indivíduos que são submetidos a esta forma de tratamento jurídico, em decorrência da criação de uma figura "exemplar" de indivíduo insubmisso às determinações do poder estatal[282]. O RDD, nesta linha, serve como exemplo de inconsistência de técnica legislativa, no especial sentido de desequilíbrio entre o *impulso problemático* – no caso, a existência de grupos criminosos organizados e a necessidade de conter o poder de suas lideranças – e a regulação jurídica bastante rígida formulada como resposta.

Ademais, a desproporcionalidade das penas comumente se mostra ainda não exatamente como um problema de técnica legislativa no sentido aqui utilizado; mas sim, seguindo a nomenclatura adotada por Manuel Atienza, como um equívoco de *racionalidade jurídico-formal* da legislação, compreendida como a necessidade de a lei ser inserida no ordenamento de forma a guardar com este uma relação de harmonia[283]. Ou seja, não exatamente como um desequilíbrio na inserção da mensagem normativa, mas sim como uma comunicação sistematicamente incoerente em relação ao restante do ordenamento, tal qual este concretamente se configura. É exatamente, a princípio, o que ocorre quando é estabelecido um mesmo padrão punitivo para crimes de natureza e gravidade distintas, ou infrações menos ofensivas são punidas de forma mais grave que mais agressivas – prejudicando a compreensão dos destinatários da norma acerca da efetiva valoração atribuída coletivamente aos interesses penalmente protegidos ou às condutas consideradas socialmente danosas.

---

[281] SALLA, Fernando. O RDD é temido, mas confere prestígio aos que passam por ele. *Estado de S. Paulo*, Caderno Aliás, 20 Ago. 2006. Disponível em: <http://www.nevusp.org/portugues/index.php?option=com_content&task=view&id=128&Itemid=29>. Acesso em: 20 Dez. 2014.

[282] DIAS, Camila Caldeira Nunes. *Da pulverização ao monopólio da violência:* expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011, p. 314-315.

[283] ATIENZA, Manuel. Contribución para una teoría de la legislación. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 06, 1989, p. 385-386.

Tomando como base de análise o ordenamento jurídico-penal brasileiro, Pierpaolo Cruz Bottini elenca uma série de exemplos de desproporcionalidade penal, ao comparar as sanções cominadas a diferentes tipos penais. O primeiro dos exemplos trazidos pelo autor encontra-se no Código de Trânsito Brasileiro, no qual o crime de embriaguez ao volante (art. 306, CTB), em sua origem estruturado tipicamente como um delito de perigo abstrato-concreto, foi convertido em crime de mera conduta por meio da Lei nº 11.705/2008, sem que esta modificação fosse acompanhada também por uma alteração na modalidade ou quantidade da pena cominada. Ademais, a pena prevista para a embriaguez ao volante é ainda maior que aquela cominada para o crime de privação da liberdade de criança ou adolescente (art. 230, ECA), o qual – além de lidar com bens jurídicos nucleares para o próprio desenvolvimento de um sujeito em formação – tem uma estrutura típica de um delito de resultado. Bottini destaca ainda como exemplo a cominação de uma pena em abstrato de seis a doze anos de reclusão para o delito de "sequestro relâmpago" (art. 156, §3º do Código Penal), por meio do qual se priva alguém de liberdade como condição necessária para obter vantagem econômica; enquanto que a punição prevista para a lesão corporal grave, que enseja perda de um membro do corpo, ou ainda deformidade física ou incapacidade laboral permanentes, é significativamente menor: de dois a oito anos de reclusão. O autor assinala ainda o fato de a pena mínima prevista para o delito de violação de direitos autorais com intuito lucrativo ser a mesma do infanticídio ou homicídio tentado[284].

Se a proporcionalidade fosse um ideal de justiça imanente ao direito, todas estas experiências brasileiras e estrangeiras não integrariam o subsistema social jurídico, havendo que ser qualificadas como ajurídicas – algo de difícil sustentação por meio de argumentos não jusnaturalistas, especialmente em sociedades plurais desprovidas de consenso acerca do preenchimento do conteúdo dos deveres jurídicos, das linhas que separam o justo e o injusto[285], e também do grau de vinculatividade das exigências de proporcionalidade penal

---

[284] Para uma análise mais aprofundada da produção legislativa brasileira em matéria penal, sua relação com a proporcionalidade, e para outros exemplos de incoerências punitivas no ordenamento brasileiro, cf. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 18, n. 85, jul.-ago. 2010, p. 280-282.

[285] "Para cúmulo, aparece ainda aqui o conceito de 'justiça', que por seu turno não é de modo algum um conceito firme. Que significa 'justiça'? Justiça unívoca, que exclui várias respostas diferentes a uma questão (que exclui, portanto, neste sentido, 'pluralidade de sentidos')? Ou não será talvez 'justiça' o mesmo que justiça individual, não será solução 'justa' o mesmo que solução 'defensável' ou algo de semelhante – o que continua a deixar em aberto ainda um 'espaço livre' para várias respostas divergentes no seu conteúdo mas, quanto ao seu valor, igualmente justas? O que significa propriamente a imagem 'espaço livre'? Se partirmos desta imagem, vemos que ela não remete para outra coisa que não seja a possibilidade de escolher entre várias alternativas diferentes

formuladas no meio científico. A questão parece passar pela discussão acerca do papel que a dogmática jurídico-penal, especificada ao problema da proporcionalidade, pode desempenhar no processo tanto de produção normativa em abstrato por parte do legislador, como também de concretização normativa dos deveres jurídico-penais pelo intérprete-aplicador. Nas sociedades contemporâneas marcadas pelo dissenso estrutural da esfera pública, as comunicações advindas do sistema da ciência não podem suprimir os outros múltiplos interesses que buscam influenciar a conformação normativa do direito penal; todavia, ao mesmo tempo, tampouco pode a ciência ser silenciada ou ignorada neste processo. A ciência do direito penal, na realidade, tem uma importante função no que se refere à coerência jurídico-constitucional e dogmático-penal da proposta legislativa, e também da decisão judicial que a concretiza e estabelece seu sentido normativo[286]. Estabelecidas as formulações científicas para um conteúdo material das exigências de proporcionalidade da pena, não só se possibilita o incremento do potencial de crítica sobre as práticas penais contemporâneas, como também a identificação das razões pelas quais estas práticas têm mantido tão pouco diálogo com as comunicações oriundas da ciência.

---

de decisão, quer o espaço livre esteja apenas entre duas decisões contraditoriamente opostas [...] ou entre várias decisões à escolha numa relação disjuntiva". ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. Trad. J. Baptista Machado. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 218-219.

[286] Em uma proposta de sentido inverso em relação às teses de Roxin, estas no sentido de abertura das categorias dogmáticas às noções político-criminais, Joachim Vogel sugere uma abertura da política criminal e da legislação à ciência do direito penal, em especial a dogmática. Tendo a teoria do discurso de Habermas como marco teórico, e em uma tentativa de tradução para termos penais da teoria *habermasiana* sobre a legitimação por meio do discurso, Vogel afirma que a coerência estritamente jurídica tem como correspondente "a validade constitucional e a adequação político-criminal e dogmática da proposta de legislação". Tal coerência seria construída justamente por meio dos discursos científicos de natureza jurídico-penal. VOGEL, Joachim. Legislación penal y ciencia del derecho penal. (Reflexiones sobre una doctrina teórico-discursiva de la legislación penal). *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n. 11, 2003, p. 249-265.

2.3. Conteúdo material da proporcionalidade abstrata e concreta das penas

As noções de *pena excessiva* e *desproporcionalidade penal* não contêm um real significado se não forem preenchidas com uma estrutura normativa minimamente delineada[287]. São categorias essencialmente de mediação: algo só pode ser proporcional ou desproporcional se vinculado a determinadas estruturas distintas, assim permitindo uma equiparação. A proporcionalidade das penas, assim, requer uma *equivalência relativa*, na medida em que necessita de uma conexão entre dois objetos diferentes, mas que de algum modo sejam relacionáveis[288]. O problema, nestes termos, consiste na busca por uma melhor delimitação dos critérios materiais que permitem uma formulação mais bem acabada do que pode ser considerada uma proporcional ou desproporcional à gravidade do delito.

A compreensão da ideia de uma pena excessiva – mais severa que a gravidade do delito – envolve duas perspectivas fundamentais: por um lado, a *proporcionalidade abstrata*, a qual faz referência ao momento legislativo de tipificação de condutas e cominação das punições correspondentes à transgressão da norma primária; por outro, a *proporcionalidade concreta*, a qual se dedica ao momento *judicial* de definição da sanção concreta e individualizada a ser imposta ao agente. Ambas as instâncias possuem características muito próprias, com proposições dogmáticas e de limitação do poder punitivo que não necessariamente são aproveitáveis às duas esferas de incidência das exigências de proporcionalidade penal[289].

Buscando sintetizar a questão, Teresa Aguado Correa coloca a proporcionalidade abstrata em função da gravidade do *injusto penal*, enquanto que a proporcionalidade concreta teria como elemento definidor a *culpabilidade* do autor em relação ao comportamento ilícito[290]. Tal distinção ganha sentido especialmente tendo em vista o injusto penal ser considerado o próprio objeto sobre o qual se concentra o juízo valorativo da ordem jurídica –

---

[287] FRASE, Richard S. Excessive relative to what? Defining constitutional proportionality principles. In: TONRY, Michael (ed.). *Why punish? How Much?* A reader on punishment. New York: Oxfor University Press, 2011, p. 263.

[288] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena... op. cit.,* p. 143.

[289] CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal:* parte general, vol. II. Trad. José J. Ortega Torres e Jorge Guerrero. 4. ed. Bogotá: Editorial Temis, 1991, p. 88. As expressões *proporcionalidade concreta* e *proporcionalidade abstrata* são as adotadas por Teresa Aguado Correa, em AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidade en derecho penal... op. cit.* p. 283. Ferrajoli utiliza os termos *predeterminação legislativa* e *determinação judicial*. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón.. op. cit.,* p.398.

[290] AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal... op. cit.* p.

ou seja, a ação propriamente típica e antijurídica –, enquanto que a culpabilidade foca-se mais detidamente sobre a relação entre o injusto e o autor do delito[291].

Esta divisão conforme o momento de incidência das exigências de proporcionalidade de maneira alguma implica um distanciamento rígido ou uma separação estanque entre injusto e culpabilidade – algo que acabaria por relegar a esta última um papel secundário na estrutura do delito, além de excluí-la da delimitação dos objetivos do direito penal e das correspondentes teorias do injusto. Neste sentido, Michael Pawlik assevera que a configuração de um injusto merecedor de pena depende da indiferença por parte de um agente em relação a uma esfera de liberdade alheia, ainda que de forma meramente tentada. Esta desconsideração pela liberdade e integridade do outro, por si só, não recebe em consequência uma punição jurídico-penal de forma automática e imediata, antes dependendo de um conteúdo semântico final e específico: o desrespeito e rejeição por parte do autor frente às "exigências de colaboração de sua comunidade jurídica". Segundo Pawlik, este déficit de disposição colaborativa não consiste em um elemento "culpabilidade" a ser adicionado à noção fundamental de injusto. Tal déficit de colaboração, na realidade, constitui a própria essência do injusto penal realizado pelo autor, assim delineando a conduta merecedora de pena como um "injusto do cidadão". Esta compreensão do delito como uma negação da vontade geral cristalizada no dever jurídico afasta a concepção de um injusto completamente independente da culpabilidade: se uma conduta não possui um conteúdo semântico de negação do direito, a confiança social não é abalada e tampouco se produz uma sensação de indignação[292].

As ideias de Pawlik, aplicadas à teoria do delito, parecem indicar que a noção de culpabilidade é essencial para definir que apenas é penalmente relevante – e apenas efetivamente contrário a uma valoração da ordem jurídica – aquele comportamento típico e antijurídico reprovável e imputável a alguém, assim incutindo este juízo no próprio conceito de injusto. Já no âmbito da teoria da pena, parece ser indicado que qualquer divisão como a aqui proposta não pode conduzir a um estancamento entre categorias que integram a teoria do crime. A valoração sobre a gravidade do injusto no âmbito da definição da proporcionalidade

---

[291] TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal.* 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 112.

[292] PAWLIK, Michael. O passo mais importante da dogmática da última geração? Reflexões para a diferenciação entre injusto e culpabilidade em direito penal. Trad. Eduardo Saad-Diniz. In: PAWLIK, Michael. *Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo.* Organização e tradução Eduardo Saad-Diniz. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 97-103.

penal abstrata, nestes termos, parece não significar uma desvinculação completa do que posteriormente será construído na interpretação judicial do comportamento concreto do agente – o que inclusive explica os limites mínimos e máximos estipulados pelo legislador como critérios a serem levados em conta posteriormente pelo intérprete-aplicador, na concretização normativa dos comandos jurídico-penais e no juízo de culpabilidade do agente.

Alternativamente, Andrew von Hirsch, embora inserido em um universo teórico anglo-saxão[293] que em muito se distancia do contexto romano-germânico – no qual surgiu e se disseminou a ideia de bem jurídico –, busca fornecer novos parâmetros teóricos aptos a se relacionarem com as práticas punitivas. Para tanto, von Hirsch parte do conceito desenvolvido por Amartya Sen de "padrão de vida" (*standard of living*), noção que compreende objetivamente a capacidade individual para o atingimento de determinadas efetivações (*functionings*) e realizações pessoais, sempre de modo a se relacionar com as potencialidades da pessoa e com sua vida concretamente considerada. Considerando a efetivação como um estado de coisas já plenamente atingido, e a capacidade como as possibilidades do indivíduo de alcançar as realizações almejadas, Sen define esta última variável como a determinante para mensuração da qualidade do *standard of living*. A noção de *capacidade*, neste sentido, é conceitualmente preenchida por Sen com sua noção de liberdade positiva[294], envolvendo,

---

[293] Joel Feinberg, buscando estabelecer os princípios mais comumente aceitos no contexto anglo-saxão para limitação da liberdade por meio do direito penal, lista, em primeiro lugar, o *harm principle*, compreendido como o modelo de legitimação da punição daquelas condutas substancialmente lesivas ou perigosas para pessoas outras que não o próprio agente. O princípio do dano abrange inclusive aqueles comportamentos ilícitos cujos efeitos negativos não incidem diretamente sobre um indivíduo particularmente considerado, mas sim sobre uma coletividade, instituição ou prática social positivamente valorada. Além disso, Feinberg elenca também o *offense principle* como outra razão frequentemente adotada para legitimação da incidência do direito penal, compreendendo este critério como a possibilidade de punição dos comportamentos que, embora não causem diretamente um dano a outrem, acabam por ferir sensibilidades alheias – o que, segundo o autor, envolve questões como o racismo, mas também legitimaria a criminalização de delitos morais, tais como a distribuição de pornografia ou atividades atentatórias contra sensibilidades patrióticas ou religiosas. Além destes dois, Feinberg cita ainda o *paternalismo jurídico*, que se concentra sobre comportamentos que são lesivos ao próprio agente que os protagoniza; e o *moralismo jurídico*, que pune aquelas condutas apenas tidas como moralmente más, ainda que não seja possível aferir um dano a terceiro ou a alguma sensibilidade alheia. FEINBERG, Joel. *Harm to others*: the moral limits of the criminal law. New York: Oxford University Press, 1984, p. 10-13. Tais critérios também são trazidos por Bechara, também a partir de uma leitura de Feinberg. Cf. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico... op. cit.*, p. 287. Expondo as aporias do *harm principle* a partir de releituras de autores estadunidenses, e relacionando estas críticas com a assim denominada "crise do bem jurídico", COSTA, Helena Regina Lobo da. Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do *harm principle*. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). *Direito penal como crítica da pena:* estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2002. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 133-149.

[294] Michael Moore opõe a noção de *liberdade negativa*, compreendida como a ausência de limitações, com a de *liberdade positiva*, aqui entendida como "o poder de lograr ou conseguir algo". MOORE, Michael S. Libertad y drogas. In: GREIFF, Gustavo de; GREIFF, Pablo de (org.). Moralidad, legalidad y drogas. Trad. Gustavo de Greiff. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. Como se verificará no decorrer do texto principal, esta noção de liberdade positiva sinteticamente exposta por Moore dialoga com as teses de Sen de que a liberdade,

portanto, as oportunidades materiais das quais o indivíduo efetivamente dispõe para desenvolver sua individualidade e para levar adiante o padrão de vida que considera valioso[295]. Sen, desta forma, ao considerar a liberdade como essencial a seu conceito de *standard of living,* nela compreende tanto os processos que possibilitam uma liberdade decisória e de agir, como também as oportunidades reais à disposição das pessoas conforme suas particularidades sociais e pessoais. Assentando-se sobre estas bases, Sen admite a possibilidade de a privação de liberdade não decorrer apenas de processos inadequados – como a violação de direitos civis –, mas também da própria inabilidade social em prover às pessoas as oportunidades adequadas para que possam realizar o mínimo que objetivam[296].

Partindo deste conceito, von Hirsch busca definir os parâmetros de mensuração da seriedade da conduta criminosa, apontando, essencialmente, o grau de lesividade de comportamento em relação ao bem protegido pela norma de conduta e o elemento subjetivo

---

em decorrência de sua dimensão positiva, depende para sua efetivação não apenas da não imposição de intervenções restritivas consideradas indevidas, mas também de interrelações sociais positivas no sentido de assegurarem as oportunidades materiais mínimas que possibilitem a realização e concretização das escolhas individuais.

[295] Sen estabelece, primeiramente, uma diferença entre *realização institucional* e *bem estar pessoal,* a qual surge do fato de que nem todos os fins perseguidos pelo indivíduo estão relacionados diretamente à sua pessoa, podendo envolver finalidades institucionais que não exatamente correspondem à consecução de seus objetivos mais estritamente pessoais. Em seguida, o autor diferencia *bem estar pessoal* de *padrão de vida (standard of living*), residindo tal distinção justamente no fato de que o primeiro conceito não se relaciona com a natureza da vida concreta da pessoa, enquanto que o segundo tem em seu núcleo justamente as oportunidades das quais o individuo efetivamente dispõe para dar consecução aos padrões de vida que considera desejáveis. SEN, Amartya. *The standard of living.* The Tanner Lecutres on Human Values, Cambridge University, Mar 12. 1985, p. 37-38 e 48-50. Disponível em: <http://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/s/sen86.pdf>. Acesso em 19 Nov. 2014. Texto também publicado em SEN, Amartya The standard of living: lecture II, lives and capabilities. In: HAWTHORN, Geoffrey (ed.). *The standard of living:* Tanner lectures. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 20-38. John Muellbauer esclarece que o conceito de *standard of living* em Amartya Sen envolve uma cadeia de fatores, cujo início consiste nos bens de mercado convencionais. Estes, ao serem transformados em bens fundamentais intermediários – por exemplo, aspectos de nutrição individual –, atingem o segundo ponto da cadeia e passam a ser denominados pelo autor como "características materiais", aqui estando acondicionadas as variáveis que determinam o ambiente físico, social e político no qual está inserido o indivíduo, tais como questões climáticas e a possibilidade de convivência em segurança. Todas estas "características materiais" exercem influência direta sobre aquela que compõe o terceiro estágio da cadeia: a capacidade e potencialidade do ser humano de desenvolver suas efetivações pessoais, o que pode ser traduzido de múltiplas maneiras conforme as particularidades individuais. O quarto e último ponto da cadeia seria a *utilidade*, aqui associada ao grau de otimização atingido pelo exercício pelo indivíduo destas efetivações. Sen, entretanto, ao considerar a volatilidade de conceitos como felicidade, e a dificuldade de precisar aquilo que é *útil* de acordo com as peculiaridades do indivíduo e a multiplicidade de mundividências, exclui a *utilidade* como critério definidor da qualidade dos padrões de vida: mais do que as funcionalidades efetivamente conquistadas pelo indivíduo, o conceito de *standard of living* se relaciona muito mais com as capacidades da pessoa de livre escolha, e de atingir os estados de vida que deseja. MUELLBAUER, John. Professor Sen on the standard of living. In: HAWTHORN, Geoffrey (ed.). *The standard of living:* Tanner lectures. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 39-40.

[296] SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade.* Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 29.

do agente em sua comunicação delitiva[297]. A ideia do autor consiste em colocar a qualidade e a quantidade de punição em função do quanto o padrão de vida das pessoas, nos termos aqui delineados, é afetado pela conduta criminosa. Tal parâmetro em si não resolve o problema da indefinição em torno da comparação entre as gravidades de delitos contrários a interesses jurídicos diferentes, já que não delimita claramente quais condutas afetam menos ou mais este *standard of living*. Entretanto, parece fornecer um material razoavelmente delimitado para que o legislador e o intérprete-aplicador realizem as comunicações próprias do sistema jurídico, e também parece prover padrões de crítica àqueles que se propõem a analisar o grau de coerência interna do sistema de sanções. Suas ideias, conjugadas com as formulações teóricas decorrentes de uma longa evolução da ciência penal mais alinhada à tradição jurídica da Europa ocidental, podem contribuir para uma melhor compreensão do que em geral aponta para uma maior ou menor gravidade da conduta criminalizada.

O primeiro critério para aferição da seriedade de uma conduta, buscando conjugar as proposições de von Hirsch com o marco teórico aqui adotado, seria a *danosidade social* consubstanciada no injusto penal. O conceito de danosidade social é compreendido neste contexto como o caráter prejudicial de um determinado comportamento ao bom funcionamento do sistema social – o que não exclui a importância do indivíduo, vez que envolve a proteção das condições sociais e institucionais essenciais para o desenvolvimento dos indivíduos em socialidade[298]. Um dos objetivos principais da modernidade é a liberdade, tanto no que se refere à vida privada como à participação nas instituições políticas; assim, uma sociedade realmente livre se organiza democraticamente para solucionar seus problemas existenciais de maneira mais profícua do que comumente o faz uma comunidade fundada primordialmente sobre a coação. Essa estrutura normativa de liberdade apenas se mostra real quando as pessoas têm capacidade de se comportar livremente, e não se retirarem diante da percepção de estarem habitando um ambiente inseguro que não fornece garantias de uma

---

[297] HIRSCH, Andrew von; ASHWORTH, Andrew. *Proportionate sentencing:* exploring the principles. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 144.

[298] AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Athenäum Verlag GmbH, 1972, p. 387 e 390. Miguel Polaino-Orts esclarece que Knut Amelung, partindo de uma perspectiva teórico-sistêmica, concebe a sociedade como uma rede de interações comunicativas, cuja configuração é mantida pela formação de estruturas e pela institucionalização de normas. Por isso, compreende o direito penal como um mecanismo voltado a assegurar a validade das normas jurídico-penais, as quais apenas podem proibir o agir socialmente nocivo. Em conclusão, Polaino-Orts assevera que, conforme o pensamento de Amelung, a função essencial do direito penal é a solução de problemas eminentemente sistêmicos. POLAINO-ORTS, Miguel. Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *El funcionalismo en derecho penal:* libro homenaje al Profesor Günther Jakobs, tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 97.

convivência de fato livre. Daí a medida da punição ser diretamente *proporcional* a este grau de perturbação normativa das interrelações comunicativas da sociedade: a severa penalidade comumente cominada aos delitos de homicídio, por exemplo, não se deve necessariamente à aptidão destes crimes para encerrar vidas, mas sim ao fato de que as pessoas apenas conseguirão conviver em liberdade se o direito penal assegurar que, naquela comunidade, a vida é protegida de maneira contundente[299].

Sendo o bem jurídico um estado de coisas que *deve ser*, logo avaliado por aqueles responsáveis pela instituição do direito como algo positivo e digno de proteção jurídica, é ele submetido a um processo de valoração por parte do legislador quanto à sua centralidade para a funcionalidade da sociedade. Afinal, o delito influi de forma negativa justamente sobre as condições mais fundamentais para convivência humana em uma sociedade que, ao mesmo tempo, privilegie a vida em comunidade sem prejuízo do livre desenvolvimento das individualidades. Raciocinando a partir dos problemas próprios da parte geral do direito penal, apenas um juízo valorativo sobre a importância do bem jurídico para o sistema social é que possibilita uma diferenciação substancial e quantitativa entre, a título de exemplo, as punições cominadas para o homicídio e àquelas estabelecidas para os delitos contra a privacidade. Afastando as concepções de um bem jurídico tido como anterior ao próprio direito, logo dissociado da atividade de interação circular entre produção legislativa e concretização normativa, a consequência é a dificuldade de delimitação de quais são esses estados desejáveis de coisas; e, uma vez definidos, como tais bens poderiam ser ordenados conforme o grau de importância para o bom funcionamento do sistema. Tal dificuldade de um escalonamento punitivo implica uma maior complexidade e dificuldade para a estruturação de

[299] Descrevendo as teses de Amelung, Jakobs afirma que há três fundamentos principais pelos quais a concentração de seu pensamento no sistema social, em vez de no indivíduo propriamente dito, não exclui a proteção das individualidades: *(i)* primeiramente, porque os interesses sociais podem estar imbricados diretamente com os individuais; *(ii)* em segundo lugar, porque uma sociedade desenvolvida oferece mais e melhores condições ao ser humano para que este desenvolva suas potencialidades conforme suas livres escolhas; e *(iii)* as complexas interações sociais de uma sociedade funcionalmente diferenciada, e estruturada sobre a institucionalização de direitos fundamentais, não conseguem se realizar plenamente por meio da coação jurídica, mas sim por meio de uma potencialização e melhora das possibilidades de interfaces comunicativas. Conclui Jakobs que, no esforço de Amelung por proteger as condições nucleares para a funcionalidade do sistema social, há suficiente espaço para a salvaguarda também do indivíduo. JAKOBS, Günther. Danosidade social? Anotações sobre um problema teórico fundamental do direito penal. Trad. Eduardo Saad-Diniz. In: POLAINO-ORTS, Miguel; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Teoria da pena, bem jurídico e imputação.* São Paulo: LiberArs, 2012, p. 96, 105-107.

uma ordem jurídica que se pretenda coerente do ponto de vista da proporcionalidade das penas[300].

A situação se mostra especialmente difícil, no entanto, principalmente quando normas penais que são confrontadas em um juízo comparativo de proporcionalidade sancionatória protegem interesses distintos. E isso porque inexiste um critério lógico que estabeleça definitivamente os parâmetros de diferenciação valorativa entre bens jurídicos, e que poderia assim servir como padrão para uma cominação coerente das penas. A relação é, não raro, trabalhada inversamente: a severidade da pena em abstrato acaba sendo um ponto de partida para interpretar a valoração atribuída pelo legislador ao bem jurídico e à intensidade de sua proteção, e não o contrário. Mas isso não enfrenta a problemática de uma ordem jurídica pouco coerente quanto à coerência da gravidade de suas punições, tampouco contribui para uma delimitação teórica de como um sistema jurídico pode ser estruturado proporcionalmente do ponto de vista das sanções de seu direito penal. Por mais que haja um consenso procedimental em torno de *quem* comunicativamente define uma ordenação de bens jurídicos (legislador e intérprete-aplicador), o *que* definiria este escalonamento é algo difícil de ser estabelecido[301].

De todo modo, o grau de ofensividade da conduta criminalizada, no contexto teórico aqui assumido como premissa, diz respeito à ideia de *danosidade social* do injusto, este compreendido como a própria comunicação expressada pelo comportamento delitivo contrário à norma jurídico-penal, voltada à proteção de estados considerados socialmente valiosos. Ademais, tendo em vista que o direito penal está relacionado àquelas condutas que excedem o risco juridicamente permitido[302], a questão da danosidade também está

---

[300] Estas teses identificam o bem jurídico com o objeto protegido pela norma jurídico-penal de conduta. A partir disso, em tom crítico, Amelung destaca que "a teoria da proteção de bens jurídicos é um dogma que, por um lado, nega a legitimação às normas penais inúteis; mas, por outro, é tão flexível que toma em consideração a faculdade do legislador de decidir o que há de se considerar útil e digno de proteção". AMELUNG, Knut. El concepto "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. Trad. Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. 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. 228-229, 238-239 e 263.

[301] "O que merece maior reprimenda: um crime sexual, que pode destruir quase por completo a *psique* da vítima, ou um delito de desvio de recursos públicos, capaz, de, por exemplo, ser causa da morte de várias pessoas que não são atendidas pelos serviços públicos cujo financiamento se viabilizou?". RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Fundamentos de direito penal brasileiro... op. cit.,* p. 95.

[302] "[...] a atribuição de um resultado a uma pessoa não é determinado pela relação de causalidade, mas é necessário um outro nexo, de modo que esteja presente a realização de um risco proibido pela norma. Vários são os conceitos de imputação objetiva, [...] mas, importante que se ressalte que haverá imputação objetiva somente quando se puder imputar um resultado a uma pessoa se a ação desta criou um risco juridicamente desaprovado

diretamente relacionada com a *tentativa*. Quanto aos crimes tentados, são estes dotados do mesmo conteúdo de injusto dos delitos consumados, na medida em que transcendem os limites do risco permitido e infringem por completo a norma jurídico-penal, considerando que esta não tem como pretensão a evitação absoluta de resultados danosos. A distinção entre a modalidade tentada e a consumada, desta maneira, está mais na *intensidade* com que a norma jurídica é negada pelo comportamento delitivo[303]: embora a tentativa já signifique um injusto perfeitamente delineado, a intensidade de sua contrariedade à norma jurídico-penal não é a mesma em comparação com o delito consumado, o que implica uma redução a princípio proporcional da consequência jurídica ainda no plano legislativo.

O modo pelo qual o ordenamento jurídico pune a tentativa é, assim, abstratamente definido pelo legislador em atenção ao grau de contrariedade expressado pela conduta em relação à norma, assim condicionando a gravidade punitiva à valoração social que é atribuída ao estado de coisas que se pretende proteger por meio da norma, bem como à intensidade com que a conduta criminalizada o agride. Por esta razão, se a tentativa não enseja a concretização de um dano, cessando a conduta no momento de criação pelo comportamento de uma situação perigosa, a ordem jurídico-penal reduz proporcionalmente a punição cominada, de modo a acompanhar esse estágio de incompletude delitiva[304]. É este fundamento objetivo da punição atenuada da tentativa que fornece as bases para justificar a impunidade da tentativa inidônea: a incapacidade da conduta de comunicativamente exteriorizar uma contrariedade objetiva – e não meramente intencional – à norma jurídica.

No entanto, o critério da danosidade social da conduta, abrangendo tanto o estado de coisas protegido pela norma e quanto o grau de agressividade do comportamento a este interesse, não é suficiente para delimitar a seriedade do delito. Afinal, fossem estes elementos os únicos considerados, não faria sentido punir menos gravemente, por exemplo, o homicídio culposo em comparação com o doloso, distinção usualmente adotada por ordenamentos jurídico-penais minimamente pautados na ideia de proporcionalidade das sanções[305]. Por isso

---

que está refletido no resultado típico". CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro.* São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 70.

[303] JAKOBS, Günther. El desistimiento como modificación del hecho. Trad. Enrique Peñaranda Ramos. In: JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal.* Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 325-326.

[304] REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal... op. cit.*, p. 291.

[305] LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal:* bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 175-176.

mesmo o segundo dos critérios principais para uma mensuração da seriedade do delito é o *aspecto subjetivo* do autor praticante da conduta, o que implica a exigência de uma distinta intensidade punitiva aos comportamentos ilícitos cometidos dolosa e culposamente. Não obstante este fator volitivo ser atualmente considerado um elemento nuclear e essencial da própria estrutura do delito, algo consolidado especialmente por conta da teoria finalista da ação e suas posteriores influências,[306] dentre outros componentes de dogmática jurídico-penal envolvidos[307], uma de suas consequências mais decisivas é justamente esta classificação do ilícito em tipos que diferenciem a causação *dolosa* e *imprudente* do resultado penalmente relevante. A teoria do dolo e da culpa, que introduz estes conceitos no cerne do ilícito

[306] Hans Welzel afirma que "A ação humana é exercício de atividade final. A ação é, portanto, um acontecer 'final' e não apenas 'causal'. [...] Atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em função do fim, enquanto que o acontecer causal não está dirigido em função do fim, sendo sim a resultante causal da constelação de causas existente em cada momento". Welzel prossegue pontuando que apenas podem se considerar finalisticamente produzidas aquelas consequências cuja realização o agente tinha em conta no momento de conformação de sua conduta, sendo esta distinção que leva o autor a, em seguida, diferenciar *finalidade* e *voluntariedade*: apenas a primeira tem seu conteúdo determinado pela referência a um possível resultado desejado. Assentadas estas bases, Welzel conclui que as normas jurídicas, inclusive as penais, não podem se destinar apenas a "processos causais cegos", mas sim a *ações*, de maneira que as normas apenas podem incidir sobre uma conduta tida como *final*. No que se refere aos delitos culposos, Welzel afirma não haver uma relação clara entre ação final e resultado, não podendo ser estabelecida por meio da noção de *ação*, mas sim no plano *valorativo* e nos tipos de injusto. Por fim, trabalhando o conteúdo do tipo de injusto nos delitos culposos, o autor também parte da premissa de uma ação finalisticamente orientada a um resultado: o agente, estruturando sua vontade a partir de um fim almejado, seleciona os meios que considera mais idôneos, e os implementa tendo em vista a finalidade. Segundo Welzel, é neste ponto que ordenamento jurídico determina a adoção de um "cuidado necessário" por aquele indivíduo que pratica ações que podem vir a causar um resultado ofensivo a um bem jurídico. Neste sentido, segundo o autor, o conteúdo de injusto dos delitos imprudentes seria a divergência entre a ação concretamente realizada e aquele que deveria ter sido adotada conforme os padrões de cuidado considerados necessários. WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal:* una introducción a la doctrina de la acción finalista. Trad, José Cerezo Mir. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 41-47, 61 (nota 8) e 111-112. Em crítica, Roxin fixa três pontos que, a seu ver, configuram as maiores debilidades do finalismo. O primeiro delas seria que a inserção da ação – enquanto dado lógico-real e conquista máxima da construção finalista – não contribui para impedir "infiltrações ideológicas no âmbito da dogmática jurídico-penal"; na realidade, segundo Roxin, enfatizar desta maneira o elemento volitivo da ação pode ensejar riscos ao que ele chama de "estado de direito", como a punição de condutas *a priori* inofensivas e atos preparatórios ainda distantes do resultado final. Em segundo lugar, Roxin pontua que, considera a ação final como base empírica e ontológica do direito penal, em oposição a concepções normativas, tem como consequência uma insuficiente abrangência dos fatos jurídico-penalmente relevantes – diminuindo a relevância da omissão, da culpa e também da omissão culposa, todas elas de mais difícil explicação a partir de uma perspectiva finalista. Por fim, o autor critica as repercussões das teses finalistas sobre a teoria do erro, qualificando como consequência das teses finalistas a ideia de considerar doloso o comportamento do agente que atuou em erro acerca dos "pressupostos fáticos de uma causa de justificação". ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal.* Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 56-58. Para uma análise desta e outras críticas realizadas ao finalismo, e também para uma oposição a tais críticas, cf. HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al finalismo. In: HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal*: obras completas, tomo V. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007, p.11-37.

[307] Além de decorrência da herança finalista, afirma José Cerezo Mir que o dolo pertencer ao tipo de injusto dos delitos dolosos dependeria também de outros fatores, tais como os elementos subjetivos do injusto; a existência de tipos penais que descrevem comportamentos que são inequivocamente orientados por um elemento de finalidade; a punição penal da tentativa, dentre outros. A conclusão de Mir é a de que o dolo se localizar no tipo de injusto doloso depende, em última análise, da noção de injusto que cada Código Penal concretamente considerado adotar. Cf. CEREZO MIR, José. La doble posición del dolo en la ciencia del derecho penal española. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Tomo XXXV, Fascículo I, jan-abr. 198, p. 455 e ss.

subjetivo, tendo como seu principal desenvolvimento as teses sobre os elementos subjetivos do tipo penal e os requisitos também subjetivos relacionadas às causas de justificação[308]. Entretanto, além disso, o componente subjetivo – consubstanciado na distinção *dolo* e *culpa* – influencia diretamente a mensuração das consequências jurídico-penais abstratamente cominadas: tendo em vista que tais elementos constituem graus desiguais de participação interna, exigem um tratamento jurídico-penal também desuniforme, de modo a proporcionalmente punir mais gravemente as condutas dolosamente orientadas à produção de um resultado ilícito, e com menor intensidade as condutas imprudentes ofensivas ao mesmo bem jurídico protegido pela norma[309].

Ademais, ao menos no contexto jurídico brasileiro, o grau e a natureza da participação do agente no ato ilícito também determina diretamente a medida da punição, a ser definida em um segundo momento nos processos de concretização normativa conduzidos pelos intérpretes-aplicadores do direito penal[310]. A questão remete diretamente à distinção entre autoria e participação, cujo preenchimento dogmático produz uma série de controvérsias teóricas na doutrina penal. De qualquer modo, o que parece precisar ser verificado quanto a este ponto são principalmente as distintas formas de atuação e intervenção no acontecimento delitivo. Trata-se, em outras palavras, de considerar na formulação das punições, abstrata e concretamente, se o delito foi cometido com domínio da ação pelo próprio agente (autoria individual); se mediante o domínio da vontade de outrem (autoria mediata); se por meio de

---

[308] Em especial após a ascensão das teorias finalistas, o dolo é considerado um elemento próprio do ilícito; enquanto que, na teoria moderna da imputação objetiva, a violação de um dever de cuidado, característica dos delitos culposos, também passou a ser considerada fator integrante da própria estrutura do injusto. PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia:* comentario al §15 del Código Penal alemán. Trad. Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2010, p. 29-33.

[309] HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal.* Trad. Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984, p. 279. Winfried Hassemer, nesta obra, discute a questão no âmbito da culpabilidade. Estas suas conclusões, entretanto, podem adequadamente servir também ao estudo dos impactos da teoria do dolo e da culpa na construção dos tipos penais e da estruturação diferenciada das consequências jurídicas conforme o elemento subjetivo do comportamento proibido. Neste sentido, Teresa Aguado Correa defende que "O legislador não pode sancionar com a mesma pena o ataque doloso ou imprudente a um mesmo bem jurídico". AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal... op. cit.,* p. 290.

[310] No Código Penal Brasileiro: "Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. § 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave".

um domínio funcional de um ato a ser concretizado conjuntamente com outrem (coautoria)[311]; ou, ainda, se o agente atuou na condição de partícipe (ou cúmplice), aqui compreendido como aquele que não participa da conformação de uma vontade comum voltada à realização do delito: ainda que haja internamente um desejo ou interesse, o partícipe apenas adere à finalidade de um terceiro, sem ter efetivamente domínio sobre o fato[312].

No que se refere à culpabilidade, é preciso diferenciar como esta é concebida nos âmbitos da teoria do delito e na teoria da pena, visto que desempenha distintas funções conforme o momento de incidência das normas jurídico-penais. Na teoria do delito, esta é considerada como um conjunto de pressupostos da pena que fundamenta a reprovabilidade da conduta antijurídica em face do sujeito que a cometeu: para que alguém receba um castigo jurídico-penal, não é suficiente que tenha agido típica e antijuridicamente, sendo necessária a demonstração de que o agente pode ser pessoalmente reprovado. A culpabilidade, neste sentido, é o juízo de reprovação que estabelece conexões entre a ação e a pessoa do sujeito. Disso não decorre a que a culpabilidade se destina a valorações de caráter do agente; antes,

---

[311] BACIGALUPO, Enrique. Dominio del hecho, autoría mediata y derecho penal internacional. *Anuario de Derecho Penal*, Buenos Aires: Ad Hoc, Departamento de Derecho Penal y Criminología, UBA, 2010-2011, p. 352. As três categorias descritas refletem as formulações de Claus Roxin sobre a problemática em torno da autoria e participação. Estritamente sobre a autoria mediata, Roxin estabelece três possibilidades de verificação: *(i)* no planejamento delitivo, utilizar um terceiro que atua por *erro*, manipulando os fatos por meio de alguém que não tem uma compreensão adequada ou completa da realidade; *(ii)* o uso da força, coagindo um terceiro por meio da ameaça ou concretização de um perigo, forçando-o ao cometimento de um delito; e *(iii)* o domínio da vontade por meio de um "aparato de poder organizado". Nesta terceira modalidade de autoria mediata, Roxin faz menção principalmente às estruturas criminosas mais organizadas e com uma ordenação hierárquica, da qual determinado indivíduo se utiliza para concretizar determinado plano criminoso. Buscando fundamentar suas teorias do "autor detrás do autor", a base objetiva do domínio da vontade nos aparatos organizados de poder é, segundo Roxin, a *fungibilidade* do executor: o "autor detrás" poderia substituir o autor direto, sem que isso prejudicasse seus intentos delitivos. Ao contrário de ações individuais, que poderiam ser detidas por meio de resistência pessoal, nesta espécie de autoria mediata o executor poderia ser imediatamente trocado, de modo que o "autor detrás" mantém em suas mãos a realização do fato típico – não raro, aliás, sequer tem conhecimento de quem efetivamente concretizará seu plano nas instâncias inferiores da hierarquia do grupo. ROXIN, Claus. Sobre la autoría y participación en el derecho penal. In: BAUMANN, Jürgen; HENTIG, Hans von; KLUG, Ulrich et al. *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*. Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1970, p. 62-65. Contrariamente às teses de Roxin, Friedrich-Christian Schroeder sustenta que o que define a característica do executor em sua relação com o "autor detrás" não é sua fungibilidade, mas sim sua disposição incondicional enquanto subordinado ao cometimento do ato criminoso. Segundo Schroeder, as práticas delitivas podem envolver especialistas, cuja familiarização com as atividades criminosas pode demandar um tempo extenso, sem contar ainda o longo tempo de integração destes novos agentes hipotéticos na própria estrutura criminosa. Este conjunto de fatores, segundo Schroeder, tornaria frágil a ideia de que tais agentes são facilmente fungíveis. A construção teórica em torno da fungibilidade do executor, para o autor, só se mostraria exitoso se tais executores fossem vistos como "órgãos de execução preparados para o fato" – o que, em última análise, apenas reforça a tese de que o critério nuclear é a disposição do agente ao fato delitivo. SCHROEDER, Friedrich-Christian. O salto do autor detrás do autor ao outro lado do Atlântico.Trad. Gustavo de Carvalho Marin, com revisões de José Roberto Macri Júnior. In: SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal.* Eduardo Saad-Diniz, Andrés Falcone, Gustavo de Carvalho Marin (org.). São Paulo: LiberArs, 2013, p. 33.

[312] REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal... op. cit.*, p. 313.

constitui um juízo valorativo de referência sobre a "situação fática da culpabilidade" que se situa na concreta relação entre o sujeito e seu delito, mas que é valorada externamente como um processo reprovável ao agente. Tal ideia de que a culpabilidade não se reduz a uma situação fática psicológica, constituindo algo a ser normativamente valorado, traduz aquilo que se denominou *concepção normativa da culpabilidade*[313].

A culpabilidade consiste em um pressuposto da pena: somente uma ação comunicativamente relevante pode desafiar verdadeiramente o conteúdo da norma jurídico-penal[314], de maneira que sem o juízo de reprovabilidade não haveria sequer como mensurar a intensidade da contrariedade à norma jurídica expressada pelo injusto – e, por conseguinte, tampouco o quão grave deveria ser a consequência jurídica. No que concerne à definição da gravidade da punição, há relevantes diferenças entre o juízo de culpabilidade e o de injusto. As valorações que recaem sobre este último permitem gradações tanto acima quanto abaixo, sendo possível considerar o conteúdo de injusto da conduta criminalizada mais ou menos grave e fazer com que esta valoração potencialmente ambivalente reflita na punição. Já o juízo de culpabilidade, por sua vez, não comporta incrementos punitivos, já que indagar *quanto* um sujeito poderia ter atuado de outra forma dificilmente ensejaria respostas realmente consistentes. As valorações referentes à culpabilidade, ao contrário, admitem apenas *causas de diminuição*, cujas repercussões incidem diretamente sobre a medida da pena; entretanto, inexistindo tais causas de diminuição, a pena seria mensurada unicamente em atenção à gravidade do injusto. Este raciocínio apenas se aplica à concepção normativa da culpabilidade, uma vez que compreendê-la de forma personalizada, orientada ao caráter do sujeito ou à sua atitude interna, conduziria à inexistência de limites ao aumento da medida punitiva: a capacidade de quantificar o quanto uma atitude interna se diferencia e se distancia de um tipo ideal estabelecido é ilimitada[315].

---

[313] MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*, tomo II. Trad. José Arturo Rodriguez Muñoz. 3. ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, p. 9-13.

[314] "Só é possível estabelecer um vínculo de conteúdo entre a pena e a culpabilidade se o mesmo fato delitivo oferece o fundamento e os limites da pena. Vincular a retribuição ao menoscabo de bens ocasionado pelo autor resulta [...] pouco adequado, porque, por um lado, o dano é uma medida independente do grau de responsabilidade por sua causação – a morte de um homem é uma perda que existe com independência de sua causa ter se dado intencionalmente, com dolo eventual ou de forma imprudente – e, por outro lado, porque [...] a produção de dano não é condição necessária para o efetivo cometimento de um fato punível". KINDHÄUSER, Urs. Retribución de culpabilidad y pena. Trad. Nuria Pastor. In: KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho.* Buenos Aires: Editorial B de F, 2011, p. 151.

[315] Afirmar uma concepção normativa da culpabilidade não implica uma absoluta desatenção a aspectos pessoais do agente, os quais podem ser muito relevantes para a diminuição da penalidade em determinados grupos de caso. Exemplos bastante explicativos são, dentre outros, a configuração de quadros clínicos psicopatológicos; a

Tendo estas colocações como base de sua teoria, Tatjana Hörnle defende uma teoria da mensuração da pena diretamente relacionada à teoria do delito, didaticamente utilizando como recurso explicativo uma metáfora que compara o exame de culpabilidade a uma *peneira*. Em casos usuais, em que não se encontram causas de diminuição da culpabilidade, o injusto transpassa por completo o "tamis da culpabilidade", caindo íntegra e irrestritamente. Por outro lado, se há um fator diminutivo da culpabilidade, coloca-se um crivo que restringe o transpasse do injusto, cujo peso não é integralmente considerado na valoração sobre a quantidade de pena. Significa, em termos mais propriamente penais, que o juízo de culpabilidade apenas influencia a medida da punição quando configurada alguma causa de diminuição da mesma; caso esta hipótese não se verifique no caso concreto, a pena é delimitada com base apenas na gravidade do injusto. Hörnle defende que justificar o critério de decisão da medida punitiva se torna mais fácil se a decisão em torno do "quanto" da punição está conectado ao critério do "se" a pena deve ser. O cerne de sua teoria, portanto, centraliza o injusto no primeiro plano da delimitação da quantidade punitiva, deslocando o juízo de culpabilidade como estágio seguinte e mais restrito a constelações excepcionais de diminuição, por mais que a nomenclatura comumente utilizada nos discursos jurídico-penais a sobreleve como material de primeira importância na mensuração da punição[316].

O quão bem definidos serão os critérios para distinguir o proporcional do desproporcional, no entanto, envolve especialmente a capacidade das instituições de converterem o dissenso estrutural da esfera pública em seleções legítimas dentre as múltiplas possibilidades de escolha. de modo a buscar a produção ao final um escalonamento minimamente coerente e socialmente aceitável dos delitos conforme sua gravidade, e das penas de acordo com sua severidade.

---

procedência por parte do agente de outro círculo cultural que reduzia ou anulava sua capacidade de se comportar conforme a norma; ou situações específicas, ameaçadoras à própria existência humana, que tornam inexigível a conduta diversa. O problema, portanto, não é exatamente a inserção no juízo de culpabilidade de aspectos pessoais do autor, mas sim levar tais critérios em consideração em todo e qualquer valoração relacionada à culpabilidade. HÖRNLE, Tatjana. La concepción anticuada de la culpabilidad en la jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena. Trad. María Martín Lorenzo. In: HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad:* notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, 2003, p. 53-63. Trabalhando o problema dos critérios que separam a conduta exigível da inexigível, Teresa Aguado Correa opina que deveria ser levado em consideração um critério objetivo, que busca indagar qual seria a conduta de um tipo ideal de "homem médio", porém sempre de forma contextualizada, considerando as circunstâncias concretas da situação na qual estava inserido o autor. AGUADO CORREA, Teresa. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal:* manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 68.

[316] HÖRNLE, Tatjana. La concepción anticuada de la culpabilidad en la jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena… *op. cit.,* p. 69.

3. PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO AMPLO

3.1. A proporcionalidade das penas e a proporcionalidade em sentido amplo

Na seara penal, a proporcionalidade é, desta maneira, com grande frequência identificada com a exigência de correlação gradual entre a seriedade do delito e a gravidade da punição. Adicionalmente, contudo, tem espaço marcante nas ideias penais uma proporcionalidade compreendida em um sentido mais amplo, entendida mais como uma estrutura abrangente de argumentação, a qual envolve um exame global de custos e benefícios das consequências advindas da intervenção punitiva. Gloria Lopera Mesa, centrando suas atenções sobre esta concepção mais ampla da proporcionalidade, compreende-a como uma *reformulação* da noção tradicional de correspondência gradativa entre injusto culpável e consequência jurídica, de modo a ampliar não só seu conteúdo, mas também projetando-a sobre um rol mais abrangente de decisões concernentes ao poder de punir. A proporcionalidade em sentido amplo, destarte, na realidade condensaria em um só conceito – ainda que tripartido em três testes sucessivos, como será explorado adiante – um conjunto de "limites substanciais" ao poder punitivo há muito consolidados na cultura jurídico-penal. Já no que se refere à abrangência aplicativa, por sua vez, esta concepção mais ampla estende a proporcionalidade para além do castigo, passando a trabalhar a fixação de exigências jurídicas materiais também às próprias proibições penais[317].

Entretanto, enquanto critério de verificação da procedência da constrição de um direito fundamental, a proporcionalidade em sentido amplo parece ser algo bastante diferente da proporcionalidade das penas tradicionalmente considerada, e não apenas uma ressignificação ampliativa. O conteúdo desta concepção mais ampla em nada se confunde com a noção mais tradicional, tendo a primeira um viés muito mais prospectivo, relacionado à finalidade perseguida por determinada medida estatal que adentra a esfera dos direitos fundamentais. Deste modo, soa mais adequado afirmar que a aplicação da ideia de proporcionalidade no âmbito penal pode fazer referência à proporcionalidade penal nos termos delineados na seção anterior; à proporcionalidade em sentido amplo; ou, cumulativamente, aos dois institutos jurídicos, comportando assim as duas formas de juízo de proporcionalidade. O que não parece

[317] LOPERA MESA, Gloria Patricia. Proporcionalidad de las penas y principio de proporcionalidad en Derecho Penal. *Jueces Para la Democracia*, Madrid, n. 70, mar. 2011, p. 23-26.

adequado, no entanto, é tratar as duas noções como se equivalentes fossem; ou, como parece fazer Lopera Mesa, entender a proporcionalidade em sentido amplo, aplicada às ideias penais, como uma mera ressignificação da noção mais tradicional de proporcionalidade enquanto relação de equiparação entre as grandezas do delito e da sanção[318].

Para deixar mais evidente o distanciamento conceitual entre as duas noções, Humberto Ávila estabelece uma distinção inclusive nominal. Afirma, primeiramente, ser recorrente nas diversas áreas do direito a ideia de *proporção*, tendo aplicabilidade não apenas no estabelecimento da medida das punições no direito penal – alcançando, por exemplo, o direito eleitoral (por meio da exigência de proporção entre o número de candidatos a cargos eletivos e o de vagas, como critério de verificação da representatividade) e no direito tributário (proporção entre o serviço prestado e a taxa correspondente). Mas estas inserções da ideia de proporção no direito, convertendo-as em comunicações propriamente jurídicas, não se confundiriam com a *proporcionalidade em sentido amplo*. Esta, por sua vez, é aplicável de forma mais apropriada em situações nas quais se verifica uma relação causal entre um *meio* e um *fim* explicitamente discerníveis, tornando possível o perpasse dos três testes que compõem esta noção abrangente de proporcionalidade: a *idoneidade* ou *adequação* (o fim almejado constitucionalmente permitido é fomentado pelo meio?); a *necessidade* (dentre os meios passíveis de serem eleitos para a consecução do fim, há algum de similar eficácia que restrinja os direitos fundamentais em menor medida?); e, por fim, a *proporcionalidade em sentido estrito* (as vantagens ocasionadas pela promoção do fim são mais significativas do que as desvantagens decorrentes da implementação do meio escolhido?)[319].

---

[318] Cf. ASP, Petter. Two notions of proportionality. In: NUOTIO, Kimmo (ed.). *Festschrift in Honour of Raimo Lahti*. Helsinki: Forum Iuris, 2007, p. 207-219. O mesmo artigo encontra-se disponibilizado virtualmente no sítio eletrônico da Universidad de Castilla – La Mancha. Cf. ASP, Petter. *Two notions of proportionality*. Disponível em: <portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Crimpol/P%20Raimo%20FS.pdf>. Acesso em: 28 Nov. 2014.

[319] "O exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma *medida concreta* destinada a realizar uma *finalidade*. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame da adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito). Sem uma relação meio/fim não se pode realizar o exame do postulado da proporcionalidade, pela falta dos elementos que o estruturem". ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 112-113.

3.2. Proporcionalidade em sentido amplo e noções instrumentalistas do direito

Na esfera mais estritamente penal, o juízo amplo de proporcionalidade torna-se proeminente a partir do momento em que ganha força a busca por uma relação ótima entre medida estatal constritiva e a finalidade almejada por meio de sua implementação. Não existe quanto a este ponto nenhuma imprescindibilidade, no sentido de que não necessariamente uma orientação a fins enseja o emprego de um juízo de proporcionalidade; tanto assim que, como se notará adiante, a concepção de um sistema jurídico teleologicamente orientado data de um momento histórico e científico bastante anterior ao surgimento da noção de proporcionalidade em sentido amplo. No entanto, a ideia de finalidade aplicada às estruturas penais é o campo mais propício a juízos ponderativos que inexoravelmente apenas podem operar quando presente uma relação de "meio e fim" [320].

Esta orientação a fins tem como marco relevante a inserção na teoria do direito de trabalhos sobre aquela que se convencionou chamar jurisprudência dos interesses. Assim cunhada por Phillip Heck, tal linha jurisprudencial tem como premissa a ideia de que os comandos legais não apenas resolvem conflitos de interesse – na perspectiva aqui adotada, estabilizando expectativas normativas –, como também são, eles próprios, fundados em interesses. Destarte, tanto as leis como as decisões judiciais são, de acordo com esta linha teórica, resultantes de interesses diversos presentes na comunidade jurídica, e que não raro ensejam conflitos pela predominância de uns sobre os outros. A interpretação dos comandos legais, neste sentido, envolve a busca pelos interesses que os moveram à positivação - não no sentido de aferir uma vontade psicológica, mas sim uma vontade normativa contida nas formas linguísticas e que consubstancia os interesses da comunidade no momento em que ocorre a exegese[321].

---

[320] A partir de uma perspectiva preventivo-especial, a "legitimidade teleológica trata de garantir que as sanções penais respondam ao princípio de proporcionalidade punitiva, de maneira que, com o menor nível de aflição para o apenado, possa-se reafirmar a vigência da lei, proteger as vítimas e garantir a reinserção social do vitimizador sem risco definido de reincidência". SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José. El sistema penal: su legitimidad axiológica, contextual y teleológica. *Eguzkilore*, San Sebastián, n. 25, dez. 2011, p. 177. Em sentido similar, estabelecendo a ideia de proporcionalidade como característica de sistemas jurídico-penais orientados ao cumprimento de objetivos, Salvador Netto defende uma orientação teleológica do direito penal baseada no método funcionalista e na abertura cognitiva do sistema jurídico, direcionando as estruturas do sistema jurídico-penal à consecução de finalidades sociais compatíveis com o que o autor compreende como Estado Democrático de Direito. Neste sentido, afirma o autor que um "sistema desta natureza pode ser acionado quando seu instrumento punitivo for proporcional à conduta que se vislumbra evitar". SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena... op. cit.*, p. 53.

[321] HECK,Philipp. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses.* Trad. José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1947, p. 9-11 e 71. Karl Larenz afirma que a jurisprudência dos interesses não

Miguel Polaino Navarrete constata diversas repercussões da jurisprudência dos interesses no direito penal, inclusive relacionadas a um juízo amplo de proporcionalidade. Mais especificamente, afirma o autor que, nos temas penais relacionados com as causas de justificação e as excludentes de culpabilidade, a ponderação de interesses desempenha um papel de primeira relevância. Em hipóteses como o estado e necessidade e a legítima defesa, por exemplo, é necessária uma criteriosa ponderação de interesses colidentes, com o intuito de verificar se efetivamente se está diante de situações que excluem a antijuridicidade da conduta – nestes casos, avaliando a racionalidade do meio defensivo utilizado pela pessoa que agiu em legítima defesa; ou, nos casos de estado de necessidade, definir se o que prepondera é o interesse salvaguardado pela conduta do agente ou aquele que foi sacrificado em decorrência dela. Em tais hipóteses, a proporcionalidade é critério central para preencher os conteúdos dos deveres jurídico-penais em situações concretas de conflito, nas quais tal conteúdo não se mostra com clareza ao intérprete. Já no que concerne à teoria da pena, a jurisprudência dos interesses influencia o *se* e o *quanto* da punição nos âmbitos legislativo e judicial: o interesse que se pretende assegurar inspira as finalidades da tutela e os objetivos contidos na norma penal, ambos refletidos nos efeitos jurídicos resultantes da intervenção punitiva[322].

A interpretação teleológica do direito penal decorre de uma conjugação de fatores, especialmente o abandono do formalismo jurídico, o advento da jurisprudência de interesses e sua recepção pelas teorias penais, bem como o distanciamento em relação a um positivismo tido como legalista, atribuindo-se maior relevância à atividade do juiz. Sua inserção nos juízos interpretativos no campo penal assenta-se sobre quatro premissas principais: *(i)* os enunciados jurídico-penais são dotados de um *telos*, consistente em uma finalidade de regulação ou, ainda, em uma razão justificante; *(ii)* estes objetivos contidos nas proposições penais nem sempre estão expressos clara ou completamente nas normas jurídicas que os comportam; *(iii)* no entanto, tal *telos* pode ser verificado e atribuído por meio de uma atividade interpretativa; e *(iv)* uma vez "descoberto" este *telos* contido nos enunciados jurídico-penais, é possível por meio dele ressignificar o próprio enunciado jurídico, reconstruindo o sentido da proposição jurídico-penal de modo a orientá-la ao cumprimento da finalidade em questão – logo,

---

chegou a romper com as teorias positivistas, mas teve uma "atuação libertadora e fecunda" sobre as construções científicas da época, muito atreladas a uma concepção formalista e legalista do direito, abrindo espaço para atribuir à atividade judicial o papel não de apenas de garantir uma fidelidade à lei, mas de promover nas decisões jurídicas uma harmonia com as exigências e necessidades da vida concreta. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamargo. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 69-70.

[322] POLAINO NAVARRETE, Miguel. Metódica jurisprudencial en el derecho penal. In: POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Estudios penales.* Córdoba: Universidad de Córdoba, 1998, p. 33-34

adotando uma razão teleológico-objetiva, no sentido de perseguir os fins da norma contida no texto legal, e não os objetivos definidos por um legislador abstrato porém historicamente situado[323].

O fim regulativo das proposições jurídico-penais não pode ser confundido com a noção de proteção de bens jurídicos, já que nem todos os enunciados penais voltam-se à proteção daquilo que parte da doutrina convencionou denominar bem jurídico[324] – por exemplo, as normas penais que não definem delitos ou não estipulam punições. Mesmo porque, a própria noção de bem jurídico é uma construção teórica nem sempre empírica e univocamente aferida a partir de um conjunto normativo, de modo que a identificação de bens jurídicos concretamente considerados dependerá do viés teórico-interpretativo atribuído ao sistema jurídico-penal por parte daquele que o observa[325]. De todo modo, são bastante

---

[323] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Sobre la interpretación teleológica en derecho penal. In: GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz; GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Estudios de filosofía del derecho penal.* Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2006, p. 369 e ss.

[324] Isso não significa, no entanto, que a teoria do bem jurídico não tenha sua capacidade de contribuição no sentido de fornecer critérios interpretativos do direito penal. Bechara afirma que uma das funções desempenhadas pelo conceito de bem jurídico no âmbito penal é a *dogmática*, de caráter indutivo, a qual permite constatar o objeto da tutela a partir da norma jurídico-penal, estabelecendo quais interesses que se pretende proteger por meio da intervenção punitiva. No momento de concretização normativa do direito penal pelo intérprete-aplicador, o bem jurídico desempenharia tal função dogmática fornecendo segurança jurídica à atividade interpretativa. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico... op. cit.*, p. 142. O modelo mais estritamente individualista de bem jurídico – segundo o qual os interesses passíveis de serem legitimamente tutelados pelo direito penal seriam aqueles de alguma forma atribuíveis à esfera *individual* das pessoas – matiza este potencial descritivo do conceito. A complexificação das relações sociais e o incremento das necessidades regulatórias, abrangendo interesses sociais mais difusos e não facilmente condutíveis à figura de um indivíduo, reduz consideravelmente a capacidade explicativa de uma teoria que se limita a reconhecer como bens jurídicos apenas aqueles estados de coisas relacionados ao livre desenvolvimento individual. Tal déficit explicativo, contudo, não se limita à noção individualista de bem jurídico, sendo estendível ao conceito de bem jurídico em si e à teoria que o tem como centro, o que pode ser notado em uma série de constatações a partir da realidade penal contemporânea: *(i)* a existência de intervenções punitivas não somente imponíveis *em face do Estado*, mas *em nome deste*, relativizando a ideia de que toda criminalização tem como escopo a maximização de liberdades individuais; e *(ii)* o caráter consideravelmente volátil do conteúdo das normas penais, mitigando a solidez de uma teoria que funda o conceito de crime com base em uma lista de bens que seria anterior à positivação jurídica. Cf. LUZ, Yuri Corrêa da. *Entre bens jurídicos e deveres normativos:* um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 102-107 e 113-114.

[325] Tal variabilidade em torno do bem jurídico pode ser constatado, a título de exemplo, no campo do direito penal sexual. Segundo Renato de Mello Jorge Silveira, há um evidente descompasso entre as ideias tradicionais e as contemporâneas relacionadas a esta área específica de intervenção jurídico-penal, expressando uma mudança do paradigma interpretativo, especialmente com referência aos interesses que se consideravam tutelados. Segundo o autor, foram abandonadas as concepções de que o direito penal sexual se voltava à proteção de valores vagos "como a pudicícia, o puder, a honestidade, os bons costumes", dentre outros. A partir de uma perspectiva pluralista de sociedade, e mediante a busca de um desapego em relação a concepções tradicionais da sexualidade muito calcadas em valores morais de matiz religioso, passou-se a compreender como interesse protegido a *autodeterminação sexual.* SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais:* bases críticas para a reforma do direito penal sexual. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 168 e 173. Sobre o tema, e sobre outras transformações envolvendo as intervenções punitivas no âmbito dos delitos sexuais, cf. SCHROEDER, Friedrich-Christian. A revolução do direito penal sexual (1992-1998). In: SCHROEDER, Friedrich-Christian.

frequentes verdadeiras "colisões de fins" entre as normas de direito penal, ou mesmo de bens jurídicos entre si, fatos que impedem seja levada às últimas consequências a conexão entre interpretação teleológica e a concepção de um direito penal voltado à proteção fragmentária e subsidiária de bens jurídicos. Esta relação de frequente conflito entre os mandamentos jurídico-penais (entre proibições e permissões, e também de modo interno a estas categorias) enseja o recurso a conceitos passíveis de reduzir a complexidade e definir aquela que seria a "teleologia última" do direito penal; dentre os quais, a proporcionalidade em sentido amplo, no sentido de verificação da adequação, necessidade e não-desproporcionalidade da resposta punitiva[326] – estando incutida nesta última etapa um juízo ponderativo entre as normas penais colidentes.

Ainda no âmbito mais próprio do direito penal, a superação do paradigma formalista e a adoção de uma perspectiva teleológica teve início fundamental na construção do sistema neokantiano de delito. Este, abandonando a referência a processos causais própria das ciências naturais, baseia-se no "método referido a valores" o qual, buscando transcender a mera explicação de fenômenos, direciona-se à compreensão dos mesmos por meio de uma referência a valores e finalidades – logo, edificando-se sobre a ideia de um sistema teleológico diretamente relacionado a valores. É no neokantismo, assim, que são dados os passos iniciais mais significativos no sentido de uma fundamentação material das categorias penais, passando-se a uma "construção teleológica dos conceitos", potencializando o cumprimento por parte desta categorias de suas respectivas finalidades[327].

Posteriormente às críticas finalistas ao sistema neokantiano – principalmente contra o argumento deste de que haveria um abismo intransponível entre *ser* e *dever ser*, *ontologismo* e *normativismo* –, é na perspectiva funcionalista que a ideia de um sistema teleologicamente

---

Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal. Eduardo Saad-Diniz, Andrés Falcone e Gustavo de Carvalho Marin (org.). São Paulo: LiberArs, 2013, p. 111-127.

[326] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Sobre la interpretación teleológica en derecho penal… *op. cit.*, p. 382-385.

[327] GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de "Política criminal e sistema jurídico-penal" de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 32, out.-dez., 2012. Sobre isso, Mir Puig afirma ser perceptível que as inovações do neokantismo são muito calcadas nas diferenças quanto ao método a ser empregado nas investigações características da ciência penal. Afirma Mir Puig que os neokantianos faziam referência a uma realidade que transcendia o direito positivo; todavia, no lugar de se buscar uma fundamentação concreta na realidade social, "o problema foi transferido ao mundo espiritual dos *valores*". Em seguida, o autor prossegue com uma crítica à linha neokantiana, afirmando que, ao contrário das teses por esta proposta, a noção de bem jurídico não poderia derivar de um plano de valores espiritual-subjetivo, mas antes do mundo social-objetivo sobre o qual incide o sistema jurídico. MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal... op. cit.,* p. 114, 207 e ss.

orientado ganha força[328]. Compreende-se funcionalismo como um elemento característico das proposições dogmáticas que buscam estruturar as categorias penais a partir das finalidades perseguidas pelo direito penal[329], orientando as categorias do sistema de acordo com a função desempenhada pelo direito penal na sociedade moderna. A perspectiva funcionalista, todavia, é dotada de tantas variações teóricas que seria mais apropriado trabalhar com a ideia plural de *funcionalismos* – sendo destacáveis, neste ponto, especialmente as perspectivas em certa medida contrapostas de Roxin e Jakobs. Assim, Roxin defende uma fundamentação político-criminal baseada nas finalidades do direito penal[330], enquanto que Jakobs adota de uma forma mais categórica a orientação preventiva, a qual, neste caso, compreende uma função integrativa que constitui a base para uma nova fundamentação normativa dos conceitos e categorias penais[331]. A proposta de Jakobs se diferencia em maior medida das demais perspectivas funcionalistas, em especial a de Roxin, em razão de excluir de forma mais incisiva da dogmática penal seu conteúdo ontológico, passando a baseá-la em critérios pura e estritamente funcionais – ou seja, organizando as propostas dogmáticas de seu sistema penal

---

[328] Silva Sanchez pontua que o funcionalismo no direito penal não pode ser considerado como um fenômeno apenas episódico e efêmero, afirmando que as tentativas de construir uma sistemática teleológica no campo penal remontam justamente ao período de predomínio das ideias neokantianas. Nesta nova fase de predomínio funcionalista nas teorizações jurídico-penais é marcada pela crítica ao ontologismo que integra o objeto e método das concepções finalistas, mas buscando definir referenciais para a orientação teleológica, buscando com isso evitar a maximização da referência a valores característica das construções do neokantismo. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Introducción. In: SCHÜNEMANN, Bernd (org.). *El sistema moderno del derecho penal:* cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario. Madrid: Editorial Tecnos, 1984, p. 12-13.

[329] DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Crítica al funcionalismo normativista. *Revista de Derecho Penal y Criminología,* 3. Época, n. 3, 2010, p. 14. Pode-se considerar *funcional* aquela "obra ou técnica" que é eficazmente adequada a determinados fins, de modo a reunir a melhor forma, conteúdo, medida e disposição para a consecução das funções às quais se propõe. De forma sintética, o funcionalismo pode ser encarado como "a escola ou corrente que se ocupa da análise dos deveres do homem no que concerne à sua eficácia". PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando. El funcionalismo en la sociología actual. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.). *El funcionalismo en derecho penal:* libro homenaje al Profesor Günther Jakobs. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 120.

[330] Segundo Roxin, a realização típica não se funda apenas em dados puramente ônticos, causais ou finais; ao contrário, baseiam-se em valorações político-criminais decorrentes da finalidade do direito penal. Esta, para o autor, consiste na proteção subsidiária de bens jurídicos; em outras palavras, dos "fatos que resultam necessários para uma vida comunitária pacífica e em liberdade, na qual sejam protegidos os direitos fundamentais dos cidadãos". ROXIN, Claus. El significado de la política criminal para los fundamentos sistemáticos del Derecho penal. In: ROXIN, Claus; POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel (org.). *Política criminal y dogmática penal:* cuestiones fundamentales. Lima: Aras Editores, 2013, p. 59. Do mesmo autor, cf. ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal.* Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

[331] Silva Sanchez afirma que a diferença entre as duas linhas é mais quanto à ancoragem político-criminal do sistema funcionalista, do que no método adotado pelo universo teórico defendido por cada grupo. De toda maneira, Silva Sanchez prossegue estabelecendo ser seguro que "no âmbito das teorias funcionalistas, começa a ser comum distinguir um setor 'radical', personificado em Jakobs, e outro mais matizado, representado por Roxin e seus discípulos". SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Introducción... *op. cit.,* p. 21.

de forma mais contundentemente orientada aos fins do sistema social[332]. O funcionalismo sistêmico de Jakobs parte do pressuposto de que o delito infringe uma expectativa social por meio do quebrantamento da norma jurídico-penal; ou seja, o comportamento delitivo é dotado de uma expressividade simbólica e comunicativa, denotando por parte do agente um não reconhecimento da expectativa social contida na norma e, por conseguinte, da identidade normativa da sociedade. A pena é tida, na perspectiva de Jakobs, como uma reação social que comunica ao delinquente e aos demais cidadãos que a conduta delitiva foi anulada, e a identidade normativa restabelecida por meio da sanção[333].

Entretanto, é diante da introdução de estruturas axiológicas no sistema jurídico que a ponderação ganha especial relevo enquanto critério de interpretação jurídica, tendo grande relação, portando, com as consequências da ascensão na ciência jurídica da jurisprudência dos valores[334]. Neste sentido, Alexy estabelece um vínculo direto entre a concepção constitucionalista do sistema jurídico e a axiologia veiculada nas decisões principalmente do Tribunal Constitucional Federal alemão, principalmente após a metade do século XX. Segundo esta linha teórica, a constituição traria, especialmente em seus capítulos que versam sobre direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores[335], os quais, dotados de *status*

---

[332] São as bases que conduzem Jakobs a, por exemplo, distanciar-se do conceito de bem jurídico, defendendo como conteúdo de injusto a negação do direito pelo delito, expressada por meio do quebrantamento da norma jurídico-penal. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. El funcionalismo radical o sistémico en el derecho penal económico. In: AVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos; QUISPE VILLANUEVA, Alejandro Emilio. *Libro homenaje a los professores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann.* Lima: Ara Editores, 2008, p. 495.

[333] POLAINO-ORTS, Miguel. Vigencia de la norma: el potencial de sentido de um concepto. In: JAKOBS, Günther; POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel (org.). *Bien jurídico, vigência de la norma y daño social.* Lima: Ara Editores, 2010, p. 60-62. Nas palavras do próprio Jakobs: "O Direito penal se legitima formalmente mediante a aprovação conforme a Constituição das leis penais. A legitimação material reside em que as leis penais são necessárias para a manutenção da forma da sociedade e do Estado. [...] A contribuição que o Direito penal presta à manutenção da configuração social e estatal reside em garantir as normas. A garantia consiste em que as expectativas imprescindíveis para o funcionamento da vida social, na forma dada e na exigida legalmente, não se deem por perdidas no caso de que resultem defraudadas. Por isso [...] deve-se definir como o bem a ser protegido a firmeza das expectativas normativas essenciais frente à decepção, firmeza frente àss decepções que tem o mesmo âmbito que a vigência da norma colocada em prática; este bem se denominará a partir de agora *bem jurídico-penal"*. JAKOBS, Günther. *Derecho penal... op. cit.,* p. 44-45. Sobre o tema, cf. ainda JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal.* Trad. Manuel Cancio Melía e Bernardo Fejióo Sánchez. Madrid: Thomson Civitas, 2003, p. 15 e ss.

[334] A jurisprudência dos valores tem como base a ideia de que o interesse consiste na "vivência pragmática do valor", sendo decorrência de uma "experiência axiológica". REALE, Miguel. *Filosofia do direito... op. cit.,* p. 194.

[335] Segundo Alexy, *valor* não seria o objeto em si sobre o qual se projeta o juízo axiológico; ou, no caso dos discursos jurídicos, a situação fática que sofre a regulação. Estes objetos têm, evidentemente, um valor, mas a natureza e a gradação deste dependem dos critérios levados em consideração no juízo axiológico. Por esta razão, Alexy define os valores como os *critérios da valoração:* por exemplo, determinada regulação jurídica respeita em maior ou menor medida o valor liberdade, mas não constitui ela por si mesma tal valor liberdade. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais... op. cit.,* p. 149-150.

constitucional e mediante um efeito de irradiação, seriam válidos a todos os âmbitos do sistema jurídico. Por esta razão, a constituição não seria apenas um ponto de referência para o direito ordinário, antes fornecendo de forma onipresente o conteúdo substancial do sistema jurídico[336].

A jurisprudência dos valores tem especial relevância também no âmbito penal, ao qual não basta a noção de interesse, esta muito mais influente no plano jurídico-privado e no asseguramento de bens por meio da avaliação de interesses particulares contrapostos. Na esfera penal, são acolhidos não apenas bens e interesses, mas interesses da comunidade e estruturas *ultraindividuais* que se relacionam especificamente com a ideia de valor: a ciência penal carece de uma conexão com a realidade sobre a qual são projetadas as valorações contidas nas estruturas jurídico-penais, havendo que se levados em conta os contextos social e político em que se dá a intervenção punitiva, para que esta cumpra com as suas finalidades[337].

O sistema jurídico, nesta perspectiva das teorias dos valores, é entendido como uma ordenação axiológica-teleológica que envolve não exatamente uma simples conexão entre meio e fim, mas uma mais ampla realização de escopos e valores – em outras palavras, uma "captação racional da adequação de conexões de valorações jurídicas"[338]. Esta concepção é impulsionada principalmente pelos desenvolvimentos do constitucionalismo após meados do século XX, momento em que a aversão às experiências autoritárias europeias conduziu à formulação de teorias que buscavam uma superação das linhas do positivismo – o qual, de certa forma, acabou sendo responsabilizado pelas distorções que tais regimes produziram por meio de comunicações próprias de seus sistemas jurídicos. Em um primeiro momento, a resposta foi uma alavancagem, todavia episódica, de teses que advogavam o retorno de um direito natural como referência transcendental das estruturas jurídicas[339]. Posteriormente, no

---

[336] ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho.* Trad. Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Editorial Gedisa, 2004, p. 159.

[337] Para um aprofundamento das implicações penais da jurisprudência dos valores, conforme suas mais variadas vertentes, cf. POLAINO NAVARRETE, Miguel. Metódica jurisprudencial en el derecho penal… *op. cit.*, p. 36 e 51.

[338] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 66-71.

[339] "Após o terrível domínio da arbitrariedade no nacional-socialismo, durante o qual o direito foi pervertido até se tornar irreconhecível, muitos creram, obviamente, que, na hora zero a seguir à segunda guerra mundial, se devia regressar ao direito natural. [...] Mas, na crise do direito daqueles anos, de que outro modo deveriam os tribunais ter atuado, senão reagindo ao 'não Estado de direito' do nacional-socialismo com a ajuda de argumentos de 'direito natural', pondo de lado normas legais injustas, ou que, pelo menos, assim lhes pareciam, e resolvendo os casos com referência a um 'direito essencial suprapositivo'? [...] Este 'renascimento do direito

entanto, desenvolveu-se um *não-positivismo principialista,* o qual verifica no mundo jurídico a existência de determinados princípios, sobre a qual se baseia uma vinculação do direito a preceitos de ordem moral. Isso, por sua vez, tornaria inviável o predomínio de concepções positivistas, introduzindo e sobrelevando um modelo ponderativo de argumentação. A teoria dos princípios – compreendidos como mandamentos de otimização – pressupõe no direito um referencial idealista, o qual guia a aplicação dos próprios princípios e tem como consequência uma *disposição à constitucionalização* em grande medida lastreada na pretensão de correção das decisões jurídicas. Daí o antipositivismo das teorias principialistas: tendo em vista que o direito contém princípios considerados imprescindíveis para a configuração de um sistema jurídico, abre-se caminho à possibilidade de encontro das argumentações baseadas no discurso real e no ideal, com amplo espaço para juízos de ponderação[340].

O autor não nega a relação próxima entre princípios e valores, afirmando ser possível falar em sopesamento de ambos, bem como da realização gradual tanto de valores como de princípios. Existe, no entanto, uma diferença de conteúdo que impede tais conceitos práticos de se confundirem. De um lado, o valor é um mandamento *prima facie* em direção ao *melhor*, tendo um caráter eminentemente axiológico e comportando juízos valorativos. Já o princípio, por sua vez, é um mandado também *prima facie*, porém voltado à consecução ótima do *devido*, tendo, portanto, uma natureza deontológica incompatível com a ideia de valor e mais próxima daquilo que é relevante ao sistema jurídico[341]. De todo modo, de acordo com Alexy, esta concepção axiológica e o vasto alcance das constituições teriam como reflexo a "onipresença da máxima de proporcionalidade", bem como a tendência de substituir a

---

natural' enquanto tal foi episódico". KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 125.

[340] GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s).* 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, p. 176-181.

[341] O autor estabelece uma divisão tripartida daquilo que denomina como *conceitos* práticos: *(i)* os deontológicos, que comportam as noções de "proibição, permissão e direito a algo", todas elas inseridas na ideia maior de dever-ser; *(ii)* os axiológicos, cuja característica de se basearem não na discussão acerca do que deve ser, mas sim sobre aquilo que pode ser considerado bom (afirmando o autor serem exemplos de conceitos axiológicos a classificação de algo como "seguro, econômico, democrático, social, liberal ou compatível com o Estado de Direito"); e *(iii)* os antropológicos, os quais se traduzem em conceitos de interesse, vontade, necessidade, ação e decisão. Segundo Alexy, "O modelo de princípios e o modelo de valores mostraram-se, na sua essência, estruturalmente iguais, exceto pelo fato de que o primeiro se situa no âmbito deontológico (no âmbito do dever-ser), e o segundo, no âmbito axiológico (no âmbito do bom)". ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais... op. cit.,* p. 144-153.

tradicional subsunção a regras jurídicas por um juízo ponderativo de princípios e valores constitucionais[342].

A proporcionalidade em sentido amplo aplicada ao campo penal constitui um referencial eminentemente *funcional:* no plano da *idoneidade,* busca-se aferir a adequação ou inadequação da intervenção punitiva às finalidades da tutela penal; no da *necessidade*, por sua vez, a existência ou inexistência de meios – jurídicos e extrajurídicos – menos lesivos, porém igualmente eficazes na consecução dos objetivos anteriormente definidos; e, por fim, no estágio da *proporcionalidade em sentido estrito,* o que se pretende é a aferição das vantagens e desvantagens decorrentes da intervenção penal, podendo-se considerar proporcional a medida que não implique mais custos que benefícios. O que se nota destas inferências é que, especificada ao direito penal, a proporcionalidade em sentido amplo implica que a intervenção punitiva seja norteada por parâmetros funcionais de *utilidade social*[343], o que enseja um juízo de adequação a fins e de eleição de meios dentre diversos possíveis, consistindo assim em um espaço de ampla aplicabilidade do critério da proporcionalidade[344].

---

[342] ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho... op. cit.,* p. 159.

[343] FERNANDES, Fernando Andrade. Sobre uma opção jurídico-política e jurídico-metodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais. In: ANDRADE, Manuel da Costa. *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 67-70.

[344] Elival da Silva Ramos afirma que a prática do controle de constitucionalidade, bem como as interpretações doutrinárias que a ela se dedicaram, conduzem ambas à afirmação da existência de uma modalidade especial de teste de constitucionalidade, a qual busca, nas palavras do autor, verificar a presença de uma *inconstitucionalidade finalística*. Ramos prossegue abordando especificamente as máximas de proporcionalidade, afirmando que nesta categoria de inconstitucionalidade finalística se insere "toda sorte de contradição entre o ato legislativo e os fins que lhe forem assinalados pelas normas constitucionais, podendo-se mesmo falar em subespécies de inconstitucionalidade finalística, dentre elas destacando-se: (A) a falta de aptidão mínima da lei para atingir o objetivo traçado pela Constituição e ao qual pretendeu se submeter o legislador; (B) o excesso na promoção de determinada medida restritiva, embora ajustada, a princípio, à teleologia constitucional; (C) a inadequada otimização de duas normas-princípio colidentes, exacerbando-se a força prescritiva de uma delas em detrimento ao núcleo essencial de outra; (D) a deficiente estruturação de conteúdo, tornando-se inábil à consecução do fim (Mediato) que lhe é inerente, no plano da segurança jurídica". RAMOS, Elival da Silva. A exigência de proporcionalidade no controle abstrato de normas brasileiro. *Revista Mestrado em Direito – Direitos Humanos Fundamentais,* Osasco-SP: Edifieo, ano 10, n. 1, jan.-jun. 2010, p. 118-119.

3.3. Natureza normativa da proporcionalidade em sentido amplo

É comum o emprego do vocábulo *princípio* para classificar a proporcionalidade em sentido amplo e as máximas que a compõem, difundindo-se a expressão "princípio da proporcionalidade". Isso, no entanto, ocorre sem que se deem grandes controvérsias ou questionamentos acerca da natureza normativa das exigências de proporcionalidade.

A proporcionalidade em sentido amplo, e cada uma de suas máximas parciais, são na realidade *critérios* de interpretação e de verificação da procedência constitucional de normas que constrangem direitos fundamentais. Constituem uma *condição de possibilidade* de um ordenamento jurídico composto por regras e princípios, e por normas de direitos fundamentais – de conteúdo menos determinado e que frequentemente entram em conflito umas com as outras. Ser uma condição de possibilidade, por si só, não conduz à normatividade: o critério da proporcionalidade, inicialmente, limita-se a tornar possível o funcionamento de um sistema jurídico que comporta a distinção entre princípios (mecanismos de redução de complexidade desestruturada e proporcionador de complexidade estruturável) e regras (razões definitivas para decidir, inclusive nos processos argumentativos posteriores ao crivo inicial realizado pelos princípios). A proporcionalidade começa, no entanto, a ganhar imperatividade e ganhar *status* de norma quando, no interior do sistema jurídico, passa a ser concebida como um dever a ser observado por aqueles que participam das comunicações jurídicas. Nestes termos, a proporcionalidade passa a integrar o sistema mediante um mecanismo de *reentry:* o que antes era apenas condição de possibilidade de uma ordem é convertido em norma da própria ordem[345]. Apenas superado este pressuposto é que se torna possível a indagação sobre a natureza normativa da proporcionalidade e as máximas que a compõem.

Há, de fato, parcelas da doutrina constitucionalista[346] e penalista que visualizam a proporcionalidade sob um prisma mais destacadamente principialista, tendo como critério mais comum a importância e abrangência da exigência de proporcionalidade nas intervenções estatais em matéria de direitos fundamentais. Teresa Aguado Correa, por exemplo, vale-se

---

[345] NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules... op. cit.,* p. 109-111 e 119.

[346] Exemplo de concepção principialista da proporcionalidade dentre os teóricos do constitucionalismo, Willis Santiago Guerra Filho pontua que "O princípio da proporcionalidade, entendido como um mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental em situação de conflito com outro(s), na medida do jurídico *e* faticamente possível, tem um conteúdo que se reparte em três 'princípios parciais' (*Teilgrundsätze*) [...]". GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais:* considerações em torno das normas principiológicas da constituição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 245.

principalmente de decisões da jurisprudência espanhola para tanto, cujo conteúdo dispõe que a proporcionalidade se traduziria em um "princípio geral de Direito" em decorrência de seu caráter irradiador em relação a diversas esferas do ordenamento jurídico, e em virtude da possibilidade de ser submetida a graus de apreciação por conta de sua formulação conceitual em tese indeterminada[347]. No Brasil, Gomes afirma ter a proporcionalidade natureza normativa de princípio, em virtude de sua suposta generalidade e da vagueza das imposições dele decorrentes; bem como do fato de, partindo de uma estrutura hierarquizada linear das estruturas normativas, situar-se em posição estruturante e superior, sendo dotada de *status* constitucional e norteando o exercício do poder punitivo em seus diversos âmbitos. Segundo a autora, as três máximas que integram o conceito mais amplo de proporcionalidade teriam estruturas normativas de princípio: a idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito constituiriam "mandados de otimização", o que significa que constituem imperativos que devem ser atendidos na maior medida possível, sem que sejam invalidados pelo fato de também se reconhecer ao Estado o poder de punir[348].

Em geral, esse tipo de abordagem busca aferir a existência e imperatividade da proporcionalidade a partir da dedução de preceitos expressos no texto constitucional. No caso brasileiro, Pierpaolo Cruz Bottini, analisando precedentes específicos do Supremo Tribunal Federal, verifica a evolução do comportamento decisório da corte brasileira na definição de quais dispositivos constitucionais carregariam consigo implicitamente as exigências de proporcionalidade. Suas conclusões são que, inicialmente, o tribunal constitucional extraía a proporcionalidade simplesmente da regra constitucional segundo a qual os direitos e garantias expressos na constituição não excluiriam outros decorrentes do regime e princípios contidos

---

[347] AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal... op. cit.,* p. 58 (inclusive nota 6).

[348] As colocações de Gomes sobre a natureza normativa das exigências de proporcionalidade são melhor compreendidas diante das colocações anteriores da autora sobre as principais características que, segundo ela, integram o conceito de normas-princípio: *(i)* a generalidade da disposição normativa (número mais elevado de hipóteses de incidência da norma); *(ii)* vagueza dos termos linguísticos que compõem o enunciado normativo (maior indeterminação semântica); *(iii)* a não submissão de sua imposição a condições, sendo os princípios compostos frequentemente por termos vagos, utilizados para fazer referência às finalidades ou valores objetivados pelo ordenamento; *(iv)* a elevada posição da norma dentre as fontes do direito, tratando-se, "essencialmente, de normas de nível constitucional que, por este motivo, merecem a qualificação de princípio, independentemente da sua estrutura, ou do modo como vêm postas"; *(v)* a especial relevância que desempenham para o ordenamento jurídico ou para áreas específicas do direito, as quais modificariam sua identidade se não fossem informadas pelo conteúdo normativo do princípio em questão; *(vi)* o fato de serem destinadas especialmente aos órgãos de aplicação do direito. Em seguida, a autora se vale das proposições de Alexy, ao considerar princípios como normas *prima facie* que determinam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, enquanto que regras seriam prescrições que é ou não cumprida. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal... op. cit.,* p. 52-60.

na constituição; e que, já em um segundo momento, as máximas de proporcionalidade decorreriam de uma dimensão material do devido processo legal[349].

Entretanto, tal noção da proporcionalidade parece decorrer da própria equivocidade do termo "*princípio*", de difícil delimitação conceitual unitária, tendo em vista que tal expressão é utilizada em uma série de sentidos possíveis, variando seu conteúdo conforme a linha teórica adotada[350]. A problemática não reside na qualificação desta ou daquela norma como

---

[349] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial... *op. cit.* p. 288-292. Ainda sob a perspectiva brasileira, Luís Roberto Barroso depreende o fundamento constitucional da proporcionalidade a partir das ideias de devido processo legal substantivo e de justiça. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 304. Sobre o assunto e outras opiniões acerca do mesmo, cf. ainda BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 434-436. Na doutrina penalista brasileira, Mariângela Gama de Magalhães Gomes deduz as exigências de proporcionalidade da consagração constitucional do modelo de um Estado Democrático de Direito; do significado constitucional do conceito de *pena;* das noções de justiça, liberdade, dignidade e igualdade; da proibição constitucional de penas cruéis e desumanas; da ideia de proporção presente no direito de resposta constitucionalmente assegurado; do devido processo legal; e, finalmente, da interdição de arbitrariedade dos atos emanados dos poderes públicos. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal... op. cit.,* p. 61-73. Já Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Júnior, após reconhecerem que a proporcionalidade não se encontra expressamente positivada no texto constitucional, retiram-na de dispositivos como a ideia de proporção na tutela constitucional do direito à honra por meio do direito de resposta; da dignidade humana; do objetivo constitucional de construir uma "sociedade livre, justa e solidária"; da igualdade perante a lei e da inviolabilidade do direito À vida, igualdade, segurança, liberdade e propriedade; da ideia de legalidade; do acesso à justiça; e do devido processo legal. SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena:* finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 88. No âmbito doutrinário espanhol, Teresa Aguado Correa identifica distintas orientações, as quais, cada uma fincando posições distintas, buscam aferir a proporcionalidade da proibição de penas ou tratamentos desumanos e degradantes; da proibição de arbitrariedade por parte dos poderes públicos; dos valores de liberdade, justiça, dignidade e Estado Democrático de Direito; da ideia de igualdade; e, por fim, da própria ideia de pena adotada pela constituição espanhola – a qual, para determinadas linhas doutrinárias, não admitiria como sanção jurídico-penal propriamente dita aquelas punições desproporcionais. AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal... op. cit.,* p. 120-125.

[350] Difícil é encontrar um conceito unitário de princípio, tendo este trabalho já adotado anteriormente sua concepção como "mandamentos de otimização", mas também como estruturas normativas que cumprem o papel de absorver e estimular dissenso social sobre o conteúdo dos deveres jurídicos, reduzindo a complexidade em relação às expectativas normativas, por conseguinte possibilitando a formulação de uma norma definitiva (regra). Sobre o tema, cf. item 1.3, infra. Dentre as diversas linhas teóricas sobre o assunto, cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos... op. cit.,* p. 90-91; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 35 e ss.; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 1160-1161 e 1665-1667; GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas.* Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 186-191. Referência também: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Lisboa Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. No Brasil, dentre outros, cf. NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules... op. cit.,* p. 140; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. Malheiros: São Paulo, 2005, p. 55 e ss.; SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito:* os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 29-37.

"*princípio*", mas sim em não constatar a diferença *estrutural* entre as diferentes normas que se deseja aplicar ou cujas estruturas estão sendo verificadas[351].

Uma das possibilidades é considerar o dever de proporcionalidade como um *postulado hermenêutico*, este compreendido como uma *metanorma*; ou seja, uma norma cuja função é o provimento de parâmetros para a aplicação de outras normas[352]. Humberto Ávila, autor que se aproxima desta linha, utiliza diversos critérios para retirar o dever de proporcionalidade da categoria dos princípios. O primeiro deles é o fato de a abstração do dever de proporcionalidade não permitir sua concretização gradual, como ocorre com os princípios propriamente ditos: sua estrutura trifásica é a única possibilidade de sua aplicação. Além disso, não é possível ponderar a proporcionalidade com outro princípio, em caso de choque. Por fim, a proporcionalidade não estabelece as razões pelas quais se atribui peso a determinado elemento no momento da aplicação do direito. É nuclear para qualificar a exigência de proporcionalidade como um postulado hermenêutico, entretanto, sua argumentação no sentido de que ela se limita a fornecer uma estrutura formal pela qual os princípios e os direitos fundamentais poderão ser interpretados e aplicados nos casos concretos, com vistas à sua maximização[353].

Já Virgílio Afonso da Silva, por sua vez, também não classifica a proporcionalidade como um princípio, por ele entendido – seguindo as já exploradas proposições de Alexy – como dever de otimização. E isso porque a proporcionalidade não teria como produzir seus efeitos em diversas medidas, tendo em vista a constância e invariabilidade de sua aplicação. Entretanto, sua doutrina diverge da exposta por Ávila, tendo em vista que Silva classifica a proporcionalidade não como um postulado hermenêutico, mas sim como uma *regra*: as exigências de proporcionalidades são aplicadas nos casos concretos por meio da subsunção, método aplicativo próprio das regras, enquanto que os princípios seriam aplicáveis por meio de um juízo ponderativo[354]. Adotando esta mesma premissa, Eduardo Saad-Diniz menciona

---

[351] "Não se critica a distinção entre denominações, mas entre fenômenos". ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 09 Out. 2014.

[352] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios... op. cit.*, p. 112.

[353] ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras... *op. cit.*

[354] SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 798, p. 23-50, 2002, p. 24-25. Em outra obra, afirma o mesmo autor que regras garantem direitos ou impõem deveres definitivos, devendo estes comandos legais serem satisfeitos ou insatisfeitos integralmente, a não ser na hipótese de se estar diante de uma exceção à regra. Exemplo trazido por Virgílio Afonso da Silva é a proibição de retroatividade da lei penal, regra que encontra exceção na hipótese de a nova lei

"regras de proporcionalidade", criticando as abordagens de cunho principialista, em razão de estas, na visão do autor, isolarem o indivíduo em sua autonomia e dissociando-o das razões de Estado, situando a pessoa em uma delicada relação de submissão aos preceitos oriundos da moral política; além do que, tais abordagens prescindem da ideia de um direito concebido enquanto construção social oriunda de uma comunicação intersubjetiva e das práticas de subjetivação relativas às assimetrias sociais. Desta maneira, as ideias puramente principialistas, em sentido diverso, acabariam por privilegiar a ideia de uma norma que deve ser respeitada mais por consistir em direito posto pela autoridade estatal do que pela sua capacidade de convencimento do receptor do comando[355].

Alexy, na realidade, expressamente afirma que as máximas de proporcionalidade operam segundo a lógica das regras. Afinal, segundo ele, não podem ser sopesadas, tampouco delas se pode afirmar que têm precedência em alguns casos e em outros não. Ao contrário, as máximas de proporcionalidade são ou não satisfeitas, decorrendo de sua não-satisfação uma ilegalidade[356], ao menos *a priori*. A percepção do problema parece em alguma medida se relacionar com a tradução da expressão *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* utilizada por Alexy, equivalente às expressões "princípio da proporcionalidade" e "principio de proporcionalidad", respectivamente em português e espanhol, nas quais o vocábulo alemão *Grundsatz* é traduzido

---

ser mais benéfica ao réu, caso em que poderá retroagir. Já os princípios, por sua vez, garantem direitos e impõem deveres *prima facie*, e não definitivamente, constituindo *mandamentos de otimização*. Mais adiante, serão exploradas a diferença entre as formas de definição dos conflitos entre regras e das colisões entre princípios, mas pode ser adiantado que as distintas soluções para estas modalidades de conflitos normativos também contribuem para a diferenciação entre as duas estruturas. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais:* conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 44-47.

[355] SAAD-DINIZ, Eduardo. Regras de proporcionalidade e oportunidade na interpretação penal... *op. cit.*, p. 472-473.

[356] "A máxima de proporcionalidade é com frequência denominada 'princípio da proporcionalidade'. Nesse caso, no entanto, não se trata de um princípio no sentido aqui empregado. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas Às vezes tenham precedência, e às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras". ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais... op. cit.*, p. 117, nota 84. José Ángel Fernández Cruz, por sua vez, em uma aparente tentativa de conciliar as diversas concepções sobre a proporcionalidade, ou ao menos atribuir relevância aos empregos mais comuns do termo, distingue três usos mais frequentes: *(i)* a proporcionalidade entendida como princípio constitucional propriamente dito, a qual impõe um dever mais amplo de sopesar as intervenções estatais em matéria de direitos fundamentais, delimitando-as dentro de uma medida constritiva considerada adequada; *(ii)* em segundo lugar, a proporcionalidade pode ser tida como um critério de interpretação, utilizado especialmente em casos de colisão entre princípios (direitos fundamentais); *(iii)* por fim, e esta terceira acepção em muito se relaciona com a segunda, a proporcionalidade pode ser trabalhada ainda como um teste de constitucionalidade das leis, destinada à verificação concreta da procedência constitucional de medidas estatais constritivas de direitos fundamentais. FERNÁNDEZ CRUS, José. El juicio constitucional de proporcionalidade de las leyes penales: ¿La legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad? *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, ano 17, n. 1, 2010, p. 54-58.

como *Princípio*[357]. Não se trata de uma incorreção, tendo em vista que o termo *Princípio* é frequentemente utilizado para indicar normas de fundamental importância em um ordenamento jurídico, sendo plenamente possível que a referida palavra alemã seja traduzida ao português e espanhol desta maneira. Entretanto, é preciso ter em consideração que Alexy teve o cuidado de utilizar o termo *Grundsatz* ao se referir ao dever de proporcionalidade, justamente para demarcar uma distinção em relação ao seu específico conceito de norma-princípio compreendida como mandamento de otimização. A norma-princípio, por sua vez, tem como correspondente alemão no universo teórico de Alexy a palavra *Prinzip*, a qual não é utilizada pelo autor para se referir ao dever de proporcionalidade, em virtude das grandes diferenças entre os conteúdos dogmáticos de cada estrutura normativa[358].

O estabelecimento destas distinções neste espaço visa mais a demarcar que, quando a doutrina e a prática jurídica brasileira fazem referência a um "princípio da proporcionalidade", o fazem mais frequentemente com o intuito de explicitar o caráter fundamental das regras de proporcionalidade e a abrangência das mesmas por sobre os diversos segmentos do ordenamento jurídico. O termo princípio é plurívoco, sendo inexigível que todas as linhas teóricas e todos aqueles que participam das comunicações jurídicas adotem um único conceito de princípio, tampouco que empreguem a expressão sempre em um mesmo sentido ou o dotem de um único conteúdo dogmático. A carga semântica de expressões como "princípio da proporcionalidade" ou "princípio da legalidade" é de considerável magnitude, e integram os usos linguísticos de parcelas da comunidade jurídica de tal maneira que tentativas de uniformização terminológica tendem a ser pouco exitosas,

---

[357] Cf., por exemplo, ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. Trad. Jorge Alexander Portocarrero Quispe. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 91, 2011, p. 13

[358] As "máximas parciais de proporcionalidade" aparecem nos textos do autor como *Teilgrundsätzen*; enquanto que o princípio, compreendido como mandamento de otimização, é designado pelo autor por meio da palavra *Prinzip*. A título de exemplo, cf. ALEXY, Robert. Abwägung, Verfassungsgerichtsbarkeit und Repräsentation. In: BECKER, Michael; ZIMMERLING, Ruth (org.). *Politik und Recht.* Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften; GW Fachverlage GmbH, 2006, p. 250. Virgílio Afonso da Silva, tradutor ao português do *Teoria dos direitos fundamentais* de Alexy, expõe exatamente isso: "Talvez a mais importante (escolha de tradução) diga respeito aos termos 'Prinzip', 'Grundsatz' e, em alguns contextos, 'Satz'. Os dois primeiros, em português, podem ser traduzidos pelo termo 'princípio'. Ocorre que, em alguns momentos, há uma deliberada escolha do autor pelo uso de um ou de outro, justamente para marcar uma diferença que a ele pareceu necessária. O caso mais importante está ligado à ideia de proporcionalidade. Alexy evita denominá-la princípio ('Prinzip'), justamente para evitar confusões em relação ao seu conceito de princípio como espécie de norma contraposta à regra". SILVA, Virgílio Afonso da. Nota do tradutor. In: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 10, cursiva acrescida.

ainda que tais deveres jurídicos não tenham a estrutura normativa de princípios segundo a teoria de Alexy da qual comumente se parte[359].

De qualquer modo, por coerência com o objeto de estudo aqui analisado, daqui em diante se entenderá a proporcionalidade em sentido amplo e suas máximas parciais – idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – como *regras*, no sentido de constituírem razões definitivas para decidir, impondo deveres definitivos; daí, *regras de proporcionalidade*. O fato de que o reconhecimento do poder estatal de punir não invalida as máximas parciais de proporcionalidade, mas apenas estabelece os limites de atuação destas, não faz com que as mesmas tenham estrutura de princípio; da mesma forma que estar em uma posição fundamental no sistema jurídico não necessariamente conduz uma norma a ter natureza principiológica. Normas com estrutura de regras são razões definitivas, mas podem ter uma importância nuclear em um determinado sistema jurídico, e frequentemente comportam *cláusulas de exceção* cuja incidência não retira a validade da regra excetuada[360]. Ainda que Alexy não admita expressamente[361], esta relação regra-exceção denota alguma dimensão de peso no âmbito das normas-regra, ainda que significativamente reduzida se comparada com a das normas-princípio. Mas, ademais, isso se estende ainda a hipóteses de conflitos casuísticos entre regras, hipóteses em que, a depender das circunstâncias e mediante uma elevada carga argumentativa, é possível que uma regra ceda casuisticamente para que outra predomine – ambas mantendo sua validade –, sempre que surgirem controvérsias em torno da regra a ser aplicada. Em tais hipóteses, o conteúdo definitivo da regra dependeria de

---

[359] SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável... *op. cit.*, p. 26.

[360] O modelo de Ronald Dworkin defende a possibilidade de regras carregarem exceções, mas exige que todas as exceções estejam contidas no próprio enunciado da regra, de forma enumerada e exaustiva; caso contrário, a norma estaria incompleta. Segundo o autor, quanto mais explicitadas as exceções, maior exatidão carregará o enunciado da regra. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério... op. cit.*, p. 39-40. Dworkin constrói esta ideia utilizando como exemplos regras de um jogo de beisebol, ao que Marcelo Neves, em crítica, contesta afirmando que um "sistema de regras em que todas as exceções são enumeráveis é excessivamente simples", incompatível até mesmo de um ponto de vista teórico com sociedades complexas e com o dissenso estrutural da esfera pública. NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules... op. cit.*, p. 60. Uma das possibilidades de inserção de uma cláusula de exceção é no caso de um conflito de regras, caso em que se espera que a ressalva suprima a colisão. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais... op. cit.*, p. 92. Virgílio Afonso da Silva defende que o conflito entre regras sempre culmina em alguma declaração de invalidade: no caso de um conflito parcial entre regras, cuja solução consista na formulação de uma cláusula de exceção, há uma declaração parcial de invalidade, no sentido de que a regra excetuada não é aplicável conforme determinados critérios a serem especificados no processo argumentativo da comunicação jurídica. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais... op. cit.*, p. 49.

[361] Alexy utiliza a expressão "regras incompletas", pretendendo designar aquelas que dependeriam de um sopesamento para serem aplicadas, contrariando a lógica tradicional de serem razões definitivas. Nesta hipótese de não aplicabilidade definitiva das regras, o autor faz menção a um "recurso ao nível dos princípios, com todas as incertezas que estão a ele vinculadas". ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais... op. cit.*, p. 140.

um maior processo de concretização normativa e de uma mais árdua argumentação jurídica em torno dos critérios que preencheriam dogmaticamente o excepcional juízo ponderativo para decidir a prevalência de uma norma-regra em detrimento de outra. Nestes casos, entretanto, as regras continuariam a ter estrutura normativa de razões definitivas, ainda que uma definitividade apenas *prima facie*, em decorrência da incompletude e excepcional incapacidade regulativa da norma diante do caso concreto[362].

Destarte, são descabidas as tentativas de uniformização terminológica, assim como de impor um único marco teórico como chave de leitura de uma realidade hipercomplexa. A relevância prática desta discussão, no entanto, reside em evitar que concepções pouco consolidadas teoricamente sobre a estrutura normativa do dever de proporcionalidade conduza sua aplicação a uma indeterminabilidade juridicamente inconsistente, abrindo espaço ainda para uma aplicação meramente nominalista. Isso acaba por ser potencializado principalmente ao se adotar uma concepção principialista da proporcionalidade, tendo-a como um comando mais vago, o que em tese possibilita uma maior variedade na concepção de seus conteúdos possíveis. A principal e mais arriscada consequência deste cenário de aplicação nominalista, em grande parte decorrente de concepções principialistas da proporcionalidade, é o uso desta por parte do intérprete-aplicador para dar uma mera aparência de juridicidade a compreensões da realidade que, em verdade, são particularistas ou corrompidas pelo entorno do sistema jurídico[363].

---

[362] Esta ponderação *sui generis* no plano das normas-regra, no entanto, não evolveria uma pretensão otimizante. Exemplo – meramente hipotético – no plano constitucional brasileiro seria um eventual conflito concreto entre *(i)* a regra contida no art. 37, inciso X da Constituição Federal, que determina uma "revisão geral anual" da remuneração conferida aos servidores públicos, com vistas a recompor a perda de valor em virtude do processo inflacionário; e *(ii)* a regra do art. 212, a qual ordena uma destinação percentual mínima de fundos à manutenção e desenvolvimento do ensino nas esferas federal, estadual e municipal. São normas-regra não exatamente excludentes entre si, mas que podem, em tese, entrar em conflito diante de restrições orçamentárias contingenciais, as quais podem demandar complexos processos de seleção de possibilidades na concretização normativa e na formulação de políticas públicas – a depender das circunstâncias da realidade social sobre as quais incidem tais normas. Se as restrições contingenciais no orçamento impedisse o cumprimento de ambas as determinações constitucionais, Neves defende que caberia um juízo ponderativo que abarcasse as controvérsias em torno do dever jurídico-constitucional específico que decorreria deste conflito normativo, assim atribuindo uma diferenciada dimensão de peso às regras. O exemplo e as referências na obra de Alexy sobre o tema estão contidas em NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules... op. cit.*, p. 78-79. Defendendo esta mesma posição e fornecendo outros exemplos, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios... op. cit.*, p. 43-55. Contra a admissão de uma dimensão de peso no âmbito das regras e de que estas possam ser objeto de sopesamento, SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais... op. cit.* p. 60-64.

[363] De acordo com Marcelo Neves, haveria uma "fascinação pelos princípios constitucionais em detrimento das regras", cujo risco é a redução da consistência jurídica e a dissolução do sistema social jurídico em seu entorno, colocando o direito em posição de subjugo em relação "às intrusões particularistas do poder, do dinheiro, dos moralismos intolerantes, dos valores excludentes inegociáveis". O excesso principialista, destarte, conduziria o direito a uma situação de inadequação à complexidade dos fatores sociais ao qual se dedica, tornando-o, na

Compreender as máximas de proporcionalidade como regras não enseja uma diminuição de importância das mesmas na ordem constitucional e penal, mas justamente o contrário. A compreensão delas enquanto regras, razões *definitivas* e não *prima facie* para decidir, implica a necessidade de um intenso trabalho argumentativo na delimitação e enumeração de suas possíveis cláusulas de exceção, todas a serem definidas no momento de elaboração das comunicações jurídicas (especialmente por parte do legislador e do intérprete-aplicador). O mesmo se aplica àquelas hipóteses excepcionalíssimas nas quais as regras de proporcionalidade se mostrariam incompletas diante do caso concreto, não fornecendo razões definitivas em virtude de um conflito com outra regra, podendo ceder casuisticamente em privilégio desta última por meio de uma avaliação ponderativa *sui generis*. É justamente esta natureza peculiar e excepcional da ponderação entre regras, aliás, que exigiria uma carga de justificação ainda maior por parte do emissor da comunicação jurídica, o qual precisaria demonstrar mais exaustivamente as razões pelas quais estaria deixando de aplicar as regras de proporcionalidade. Explicitar a natureza não-principialista da proporcionalidade, assim, não apenas não retira sua importância em relação à funcionalidade da ordem constitucional e penal; esta, na realidade, é incrementada, em virtude de se exigir uma argumentação jurídica mais precisa, coerente e detalhada acerca dos motivos que embasam o descumprimento das máximas de proporcionalidade no caso concreto.

---

realidade, *subordinado* a tais fatores. A consequência desta "inflação dos princípios" seria a "desestabilização das expectativas normativas" e o descrédito na funcionalidade da ordem constitucional – a qual, paradoxalmente, costuma-se considerar fortalecida com concepções essencialmente principialistas do direito. NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules... op. cit.*, p. 133.

3.4. Função e conteúdo das regras de proporcionalidade

Os direitos fundamentais e os princípios são caracterizados por uma significativa indeterminação semântica, presente sempre que um determinado enunciado normativo não expõe clara e exaustivamente seus possíveis significados, gerando incerteza a respeito dos sentidos normativos que lhes podem ser atribuídos. Tal indeterminação normativa, de certa forma, alcança todas as prescrições jurídicas enquanto produtos da linguagem[364]; todavia, isso ocorre em maior medida nos enunciados normativos de direito fundamental, a partir dos quais dificilmente se consegue depreender todas as normas passíveis de deles serem extraídas[365].

A questão principal é se o enunciado normativo permite admitir, em princípio, que determinada norma pode ser considerada como dedutível a partir dele. Em oposição às normas diretamente estatuídas pelos dispositivos de direitos fundamentais, a indeterminação dá causa a uma diversidade de *normas adscritas* ou *atribuídas*[366], as quais consistem justamente naqueles comandos que são estatuídos, apenas indiretamente, a partir de normas de reduzida precisão semântica. Nas atividades de controle de constitucionalidade por parte dos tribunais, estes recorrentemente se encontram diante do desafio de produzir uma norma que, ao mesmo tempo, tenha como fundamento um dispositivo de direito fundamental, e guarde uma relação com a norma cuja constitucionalidade se está a verificar naquele juízo concreto. O resultado desta atividade interpretativa é uma norma específica, justamente a que aqui se denomina *adscrita* ou *atribuída*[367]. Os direitos fundamentais integram-se e se condicionam de modo recíproco, formando um conjunto normativo unitário cujas partes se condicionam e se limitam mutuamente; daí a ser imprescindível, por questões de funcionalidade da ordem constitucional e penal, a definição do conteúdo destes direitos[368] –

---

[364] A indeterminação normativa no campo das proposições jurídicas não deve ser tratada em termos de existência ou inexistência, sendo mais adequado trabalhar com a ideia de *gradação*. Cf. REAL ALCAL, J. Alberto del. Sobre la indeterminación del derecho y la ley constitucional: el término "nacionalidades" como concepto jurídico indeterminado. *Foro – Revista de Derecho,* n. 2, 2003-2004, p. 129.

[365] Sobre a indeterminação normativa na interpretação dos enunciados normativos e normas constitucionais, cf. MARTÍNEZ ZORRILLA, David. *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa.* Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Pompeu Fabra. Barcelona: 2004.

[366] O termo "normas atribuídas" é o utilizado na tradução realizada por Virgílio Afonso da Silva de ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais... op. cit.,* p. 73.

[367] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 103-120.

[368] HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn.* Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003, p. 33.

em especial tendo em consideração as normas adscritas, oriundas da indeterminação semântica das disposições de direitos fundamentais.

Entretanto, as *normas atribuídas* são dotadas de validade apenas *prima facie*, a qual se torna definitiva somente por meio dos processos de concretização normativa por parte dos magistrados; da delimitação e atualização semânticas decorrentes da produção legislativa; e dos demais atos dos poderes púbicos e dos particulares que, de algum modo, venham a precisar o conteúdo normativo *a priori* indeterminado. Considerar como válida uma norma extraída apenas indiretamente de um enunciado normativo requer uma fundamentação complexa, que envolve duas dimensões fundamentais: uma de critérios *materiais*, e outra de *estruturais*. Os critérios materiais são aqueles utilizados para determinar o conteúdo propriamente dito da norma adscrita de direito fundamental – seus mandamentos, proibições, permissões. Contudo, não bastam para que se atinja um nível adequado de fundamentação: o dissenso estrutural da esfera pública em torno do preenchimento dos deveres jurídicos, no contexto de uma sociedade complexa e pluralista, obsta que *standards* interpretativos meramente materiais sirvam para embasar a escolha de uma expectativa normativa em detrimento de outra. Daí a premência de critérios estruturais: é por meio deles que o responsável pela decisão jurídica esclarece o *iter* interpretativo que percorreu para chegar a um determinado resultado, e também mediante estes parâmetros que são resolvidos os conflitos entre os "critérios materiais relevantes. De acordo com Carlos Bernal Pulido, a proporcionalidade em sentido amplo constitui justamente um critério estrutural a ser utilizado na argumentação jurídica, útil quando os parâmetros estritamente materiais se mostrarem insuficientes para justificar a dedução de uma norma adscrita[369]. A regra da proporcionalidade opera, portanto, como critério interpretativo e instrumento argumentativo, a ser utilizado na determinação do conteúdo dos direitos fundamentais, especialmente em situações nas quais o conteúdo da norma necessita ser explicitado, especialmente as que envolvem medidas dos poderes públicos que constringem direitos para alcançar determinado objetivo tido como socialmente desejado.

Este dever de uma fundamentação correta das decisões jurídicas parece estar intrinsecamente relacionado com a ideia de *pretensão de correção* da filosofia do direito de Robert Alexy, muito influente nas ideias de Bernal Pulido. Alexy trabalha com a ideia de que

---

[369] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales… op. cit.*, p. 119-124 e 133-134.

o direito transcende a facticidade das ordenações de condutas e cominação de coações jurídicas, abrangendo uma dimensão crítico-reflexiva, esta em grande medida atrelada à concepção do autor sobre as conexões entre o direito e a moral. A consequência seria a formulação por parte do direito de uma "pretensão de correção ou de justiça". Segundo Alexy, a pretensão de correção teria um conteúdo objetivo-institucional: ainda que formulada por pessoas – tendo também, portanto, uma dimensão individual ou não institucional –, a pretensão é realizada em nome do direito, sendo assim essencialmente dotada de objetividade e institucionalidade. Assentado isso, o núcleo da teoria parte do argumento de que a afirmação *institucional* de correção está intimamente relacionada à pretensão *não institucional* ou individual de que a decisão jurídica é correta de um ponto de vista material e procedimental. Em consequência, como correção enseja fundamentabilidade, a pretensão objetiva não apenas reconhece um dever de fundamentação, mas aspira ao máximo cumprimento possível deste dever dentro das possibilidades. Por fim, como terceiro elemento, a aspiração à correção implica a *expectativa* de que os destinatários da pretensão reconheçam que o ato jurídico analisado é correto[370].

Daí a íntima conexão entre *(i)* a pretensão de correção tal qual compreendida por Alexy, *(ii)* os critérios estruturais de justificação de normas adscritas de direitos fundamentais e, por fim, *(iii)* a regra da proporcionalidade. A pretensão de correção envolve o cumprimento ótimo do dever de fundamentação, bem como a aspiração a que a decisão e seus fundamentos sejam aceitos como corretos por parte daqueles que vivenciam a realidade jurídica. Justamente neste ponto ganha relevância o desenvolvimento de *standards* interpretativos e modelos argumentativos racionais, mediante critérios estruturais bem delimitados que submetam a seleção das variadas e controversas expectativas normativas a procedimentos aptos a fornecer uma maior objetividade e maior possibilidade de controle intersubjetivo. A proporcionalidade e a regra da ponderação, neste sentido, constituem critérios estruturais de fundamentação, que contribuem à concretização de uma pressuposta pretensão de correção das decisões jurídicas. Quando corretamente aplicadas, e a partir do momento em que operam aliadas a critérios materiais, solidificam o processo argumentativo e incrementam a dimensão

[370] Em síntese, a pretensão de correção envolve três elementos fundamentais: a "afirmação de correção"; a "garantia de fundamentabilidade" da decisão; e, por fim, a expectativa de que a decisão seja tida como correta por seus destinatários. ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia.* Trad. José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero e Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 31-36. Criticamente, embora focando especificamente na ideia de otimização defendida por Alexy no plano da argumentação jurídica em torno dos princípios, Marcelo Neves afirma que a noção contrafactual de decisão ótima baseia-se em um ideal regulativo que não encontra condição de possibilidade em uma sociedade desprovida de consenso acerca das expectativas normativas. NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules... op. cit.,* p. 82-83.

objetivo-institucional das decisões jurídicas, ao reduzirem os riscos de estas serem tomadas com base em parâmetros meramente particularistas e pessoais[371].

O teste de proporcionalidade, no entanto, não é apenas uma exigência decorrente da pretensão de correção das decisões jurídicas. É ele também imprescindível para a funcionalidade de um sistema jurídico composto por direitos fundamentais enquanto mandamentos de otimização[372]. Alexy afirma a existência de uma estreita conexão e uma mútua implicação entre a natureza dos princípios e a máxima da proporcionalidade, qualificando esta como decorrência lógica daqueles[373]; ou, em uma outra perspectiva defendida por Marcelo Neves e já explorada anteriormente, como uma *condição de possibilidade* do sistema jurídico, que ganha *status* de norma mediante mecanismos de *reentry* – embora este autor trabalhe sua noção de princípios sob uma perspectiva não otimizante[374].

A questão passa pela constatação de que, se por um lado um conflito normativo no plano das regras se resolve de modo menos problemático mediante critérios já bem definidos na dogmática jurídica – critério hierárquico (*lex superior derogat legi inferiori*), temporal (*lex posterior derogat legi priori)*, da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*), dentre outros –, a colisão entre princípios enseja o recurso a um plano crítico-reflexivo mais complexo. Este, por sua vez, demanda distintas estruturas interpretativas e argumentativas, aptas a darem conta da indeterminação normativa mais profunda e da complexidade desestruturada, ambas consequências da colisão entre princípios e da multiplicidade de expectativas normativas que decorre dela decorre. Se as regras operam segundo a lógica da

---

[371] Virgílio Afonso da Silva critica modelos de argumentação baseados em uma indagação de mera preferência, assentados em perguntas como "o que você prefere?", as quais frequentemente se utilizam de recursos maniqueístas muito mais próximos do debate político que do jurídico. O autor desqualifica este modelo de sopesamento justamente por sua falta de critérios estruturais – embora não se valha desta nomenclatura –, qualificando-o como irracional e incapaz de assegurar uma mínima objetividade da qual necessitam as decisões jurídicas. A conclusão é de "que o sopesamento não pode ser uma questão de 'preferir isto àquilo', porque *simples preferências são infensas a qualquer controle intersubjetivo.* E é exatamente o diálogo ou controle intersubjetivo o que está em questão aqui". O autor não faz referência clara à regra da proporcionalidade, mas apenas à regra da ponderação e aos ganhos decorrentes da utilização de critérios escalonados no momento da argumentação; mas a ideia carregada pelo seu texto é amplamente aplicável à proporcionalidade entendida enquanto critério estrutural destinado a buscar a justificação correta de normas adscritas. SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JÚNIOR, Renato Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. *Direito e interpretação:* racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 368-372.

[372] Esta dupla função da proporcionalidade é assinalada pelo próprio Alexy em ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad... *op. cit.,* p. 28-29.

[373] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais... op. cit.,* p. 116-117.

[374] NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules... op. cit.,* p. 110.

subsunção, a proporcionalidade em sentido amplo – e especialmente a ponderação que compõe a proporcionalidade em sentido estrito – é o critério mais adequado a solucionar conflitos normativos de caráter principológico. É a regra de proporcionalidade, assim, que possibilita que a realidade antes desestruturada agora se converta em *estruturável*, abrindo caminho para que, ao final do processo interpretativo, torne-se *estruturada* por meio da imposição de uma regra de decisão – no caso do juízo de proporcionalidade, uma regra de precedência que determine qual princípio deve predominar no caso concreto[375]. Esta distinção influencia o próprio modelo argumentativo sob uma perspectiva teórico-sistêmica. Por um lado, a argumentação em torno das regras tem um caráter formal, visa a evitar desvios com relação aos argumentos objetivos e está pautada na necessidade de se chegar a uma decisão e evitar que a complexidade da realidade alcance a decisão. Por meio dela, realiza-se a autorreferência do sistema jurídico. Já a argumentação em torno de princípios jurídicos dá concretude à heterorreferência, evitando que o sistema social jurídico se isole em si mesmo. A consistência das decisões radica justamente na utilização racional de instrumentos argumentativos adequados à mediação entre autorreferência e heterorreferência, evitando que a hipertrofia da primeira conduza o direito a um isolacionismo disfuncional, e que o excesso quanto à segunda comprometa a clausura operativa do sistema jurídico[376].

---

[375] Cf., de modo conjugado, ALEXY, Robert. La fórmula del peso. Trad. Carlos Bernal Pulido. In: CARBONELL, Miguel; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coord.). *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo.* Lima: Palestra Editores, 2010, p. 14-15; e NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules... op. cit.*, p. 57, 119 e 122-123.

[376] É preciso estabelecer a ressalva de que Luhmann se mostra bastante cético quanto à capacidade da proporcionalidade e da ponderação de fornecerem critérios racionais e possibilidades reais de consistência às decisões jurídicas. Afirma o autor que a controvérsia e incerteza em torno da adoção pelos tribunais de métodos determinados de interpretação jurídica culminaram em uma maior tolerância e ambiguidade, abrandando-se a dogmática tradicional e possibilitando a ascensão de fórmulas de ponderação. Segundo Luhmann, por meio disso, os tribunais chegariam a soluções *ad hoc* apenas aparentemente adequadas, mas que na realidade não prezariam pela consistência das decisões jurídicas. A ideia de consistência no âmbito da teoria dos sistemas *luhmanniana* está diretamente relacionada à redução do efeito surpresa das decisões, aparando informações de modo a permitir que as decisões futuras sejam coerentes. Para a crítica de Luhmann à proporcionalidade, suas considerações sobre a noção de consistência das decisões jurídicas, e para seus apontamentos sobre a mediação entre autorreferência e heterorreferência do sistema jurídico nos modelos argumentativos, cf. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad...op. cit.*, p. 71, 341, 457-458. O paralelo entre a argumentação jurídica a partir da teoria dos sistemas e a distinção regra/princípio é retirada de NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules... op. cit.*, p. 132. As críticas de Luhmann, no entanto, parecem decorrer de uma indevida atribuição à proporcionalidade de funções que não costumam aparecer sequer nas teorias dos próprios defensores do modelo ponderativo. Neste espaço, é importante adiantar apenas que a regra da proporcionalidade se volta muito mais ao fornecimento de critérios formais de interpretação e estruturais de fundamentação, dedicando-se muito mais ao caminho a ser percorrido pelo intérprete-aplicador do que ao destino final (resultado) de sua atividade. A proporcionalidade, ao contrário, quando aplicada mediante critérios bem definidos e quando respeitadas suas limitações de alcance, parece ter potencial para justamente contribuir a uma mais adequada mediação entre heterorreferência e autorreferência, a partir do momento em que trabalha com *princípios* contrapostos tendo como estágio final a definição de uma *regra de precedência*, a qual aspira a ser consistente e coerente em relação às demais comunicações do sistema jurídico.

Estas marcadas diferenças no âmbito dos conflitos normativos são determinantes para a compreensão da implicação mútua entre a proporcionalidade e os deveres de otimização. Estes ordenam que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades *fáticas* e *jurídicas,* as quais se destacam especialmente quando encontradas nos casos concretos de conflito normativo entre princípios – nos quais juízos de mera subsunção se mostram quase sempre subcomplexos. A começar pelas possibilidades fáticas, estas guardam correspondência com as máximas de idoneidade (ou adequação) e necessidade. Quanto à regra da idoneidade, se determinada medida estatal não é adequada a fomentar ou realizar determinado objetivo plasmado em uma norma-princípio, a conclusão é que tal medida não é realmente exigida por este princípio, e a otimização deste na realidade em nada depende da adoção da referida medida. Já a necessidade, por sua vez, também tem dimensões eminente fáticas: ordena que, dentre duas ou mais medidas idôneas a fomentar ou realizar um princípio ou objetivo por ele exigido, seja escolhida a alternativa que constranja de forma menos intensa os outros direitos fundamentais afetados pela relação jurídica – de modo que a otimização de ambos os princípios contrapostos depende da escolha do meio menos lesivo. Já as possibilidades jurídicas, por fim, estão diretamente relacionadas com a proporcionalidade em sentido estrito e a regra da ponderação nela contida. Em colisões entre normas de direito fundamental com natureza de princípio, a possibilidade de realização ótima cada uma depende dos direitos concretamente conflitantes no caso, o que exige um juízo ponderativo cujo resultado final é uma regra de precedência aplicável à hipótese analisada – processo por meio do qual, em última análise, são delimitadas semanticamente as normas de direitos fundamentais em conflito. Daí se afirmar que a máxima da proporcionalidade e os deveres jurídicos de otimização possuem uma relação de mútua implicação: a idoneidade e a necessidade, de acordo com as possibilidades fáticas; a proporcionalidade em sentido estrito, conforme as jurídicas[377].

No campo penal, todavia, a proporcionalidade é mais comumente veiculada como um princípio limitador do exercício do poder punitivo pelo Estado. É, neste sentido, relacionada muito mais diretamente com o mandamento de "proibição de excesso" (*Übermaßverbot*) nos

[377] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais... op. cit.,* p. 116-120. Virgílio Afonso da Silva sintetiza o raciocínio central desta relação de mútua implicação entre a teoria dos princípios e a regra da proporcionalidade: "Se se admite que a grande maioria dos direitos fundamentais são princípios, no sentido defendido por Robert Alexy, [...] admite-se que eles são mandamentos de otimização, isto é, normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. E a análise da proporcionalidade é justamente a maneira de se aplicar esse dever de otimização ao caso concreto. É por isso que se diz que a regra da proporcionalidade e o dever de otimização guardam uma relação de mútua implicação". SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável... *op. cit.,* p. 43-44.

atos estatais de constrição de direitos fundamentais[378], sendo inclusive qualificada por Andrew Von Hirsch, Kurt Seelman e Wolfgang Wohlers como um dos mais relevantes *mediating principles* de natureza normativa, aqui compreendidos como razões contrárias à adoção de medidas punitivas[379]. Santiago Mir Puig estabelece que a proporcionalidade impõe limites materiais a serem observado pelo Estado em suas intervenções jurídico-penais, chegando ao extremo de qualificá-la como "limite dos limites"[380]. A proporcionalidade, neste sentido, exerceria uma função garantidora de natureza negativa, no sentido de frear expansões do poder punitivo por meio de uma imposição ao legislador e ao intérprete-aplicador sobre quando e como *não* devem intervir[381]. Este modo de compreender o critério da proporcionalidade e suas especificações ao direito penal, no entanto, parece desfocar o debate a respeito de sua real funcionalidade no âmbito jurídico-penal – no mínimo, relegando a um plano de menor importância outros aspectos que integram o núcleo da proporcionalidade e as consequências advindas de sua utilização na mediação das tensões normativas.

---

[378] Neste sentido, dentre outros, SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada:* a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. Tese de Livre-Docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 512 e 514; CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime... op. cit.,* p. 211-212 e 233; AGUADO CORREA, Teresa. *El prinipio de proporcionalidad en derecho penal... op. cit.,* p. 114. Literalmente: "O princípio da proporcionalidade em sentido amplo é também chamado de princípio da proibição do excesso, possuindo como características que o diferenciam da proporcionalidade em sentido estrito a exigência da análise da relação de meios e fins". LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. O princípio da proporcionalidade no direito penal econômico. In: PODVAL, Roberto (org.). *Temas de direito penal econômico.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 283. No direito constitucional, dentre outros, GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade... *op. cit.,* p. 242; e MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogos Jurídicos,* Salvador, Ano I, vol. I, n. 5, ago. 2001, p. 2. Disponível em: < http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/dialogo-juridico-05-agosto-2001-gilmar-mendes.pdf>. Acesso em: 15 Jul. 2013.

[379] VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. Introducción. ¿Qué son los "mediating principles"? Trad. Ricardo Robles Planas. In: VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. *Límites al derecho penal:* principios operativos en la fundamentación del castigo. Edição espanhola a cargo de Ricardo Robes Planas. Barcelona: Atelier, 2012, p. 56-57 e 59. Jesús-María Silva Sánchez, em mais um exemplo de como a proporcionalidade na ciência jurídico-penal é frequentemente associada exclusivamente à proibição de excesso, afirma que ela, "tanto em seu sentido amplo de proibição de excesso como em seu sentido estrito, constitui o *mediating principle* paradigmático e decisivo". Prossegue, em seguida, afirmando que, não obstante a "debilidade estrutural" que, a seu ver, matiza a solidez do critério da proporcionalidade, este seria dotado de "uma potência argumentativa inegável". SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Prólogo a la edición española. In: VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. *Límites al derecho penal:* principios operativos en la fundamentación del castigo. Edição espanhola a cargo de Ricardo Robes Planas. Barcelona: Atelier, 2012, p. 16-17.

[380] MIR PUIG, Santiago. El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal. In: CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; ORTS BERENGUER, Enrique. *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal:* semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Vives Antón, tomo II. Coordenação a cargo de María Luisa Cuerda Arnau. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 1361-1362.

[381] GOMES, Mariângela Gomes de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal... op. cit.,* p. 74-75.

A lógica pela qual o direito penal opera envolve invariavelmente a restrição de direitos fundamentais com vistas à promoção de finalidades tidas como socialmente desejáveis. Diante disso, presente esta relação de meio e fim, a proporcionalidade desempenha relevante papel e contribui para a definição do *se punir* (em outras palavras, decidir *se* um determinado comportamento afeta em tamanha medida a ordem social a ponto de ser intolerável e carecer de repressão penal); e, em caso afirmativo, o *como punir* (qual a intensidade da reprimenda abstrata ou concreta em relação ao peso da transgressão), com vistas à persecução de uma finalidade legítima mediante a intervenção[382].

Mas isso, por si só, não necessariamente conduz a mediação normativa por meio da proporcionalidade a um abrandamento das medidas punitivas; ao contrário, o sentido normativo da proporcionalidade pode acabar por ter um direcionamento radicalmente inverso. Tendo em vista a intrínseca relação entre proporcionalidade e a ordem constitucional – de conteúdo e alcance significativamente simbólicos e vastos –, Eduardo Saad-Diniz assevera que a localização da dogmática jurídico-penal no conceito e aplicação da proporcionalidade "marca diferenças" não somente enquanto *ampliação* de direitos, mas também como *restrição* destes[383] – o que fragiliza as concepções que trabalham a noção de proporcionalidade estritamente como um *limite* ao poder de punir.

A questão envolve a própria estrutura das constituições, caracterizada por uma inexorável tensão interna. Tais constituições conferem à autoridade política o poder de limitação de direitos fundamentais por meio da tipificação penal de condutas tidas como socialmente danosas, bem como a atribuição de aplicar sanções no caso de concretização destes comportamentos. Contudo, por um lado, estas constituições exercem uma função de proteção destes direitos fundamentais em face destas limitações oriundas das decisões jurídicas; por outro, simultaneamente exigem que os responsáveis pelas decisões jurídicas protejam estes direitos fundamentais, *por meio* do direito penal se preciso for. A questão envolve a delimitação do que é constitucionalmente necessário, meramente possível e impossível, missão em que a proporcionalidade exerce uma função de relevante critério

---

[382] NEUMANN, Ulfrid. O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena. Trad. Antonio Martins. *Revista de Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 16, n. 71, p. 205-232, mar.-abr., 2008, p. 211-212.

[383] SAAD-DINIZ, Eduardo. Regras de proporcionalidade e oportunidade na interpretação penal... *op. cit.*, p. 470-471.

metodológico[384]. Por esta razão, a proporcionalidade realmente constitui um *limite à limitação* dos direitos fundamentais, mas contém em si uma ambivalência que se relaciona diretamente a esta distinção, a qual é também interna à própria noção de direitos fundamentais: estes não apenas operam mediante a imposição de limites à sua própria limitação, mas também "elevam uma pretensão de exercício". Em outras palavras, da validade dos direitos fundamentais decorrem limites à sua restrição, mas também a possibilidade de atuação em face de omissões ou ações insuficientes por parte de um terceiro – inclusive o Estado. Daí a proporcionalidade ser aplicável não apenas para restringir a gravidade de medidas estatais em casos de ação excessiva ("proibição de excesso"; *Übermaßverbot*), mas também para tornar ações exigíveis[385] em hipóteses nas quais o direito fundamental é afetado mediante uma *omissão* ou *ação insuficiente* ("proibição de defeito" ou "de proteção insuficiente"; *Untermaßverbot*)[386].

Em virtude deste caráter ambivalente, o qual permite à proporcionalidade figurar como um importante instrumento na mediação das tensões entre restrição/ampliação de direitos, parece apropriado trabalhar com a compreensão de ser ela caracterizada por uma "dupla

---

[384] BERNAL PULIDO, Carlos. Proporcionalidad, derechos fundamentales y ley penal. In: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; RUSCONI, Maximiliano (dir.). *El principio de proporcionalidad penal.* Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2014, p. 93 e 105.

[385] Gabriel Doménech Pascual chega a defender a existência de direitos fundamentais à proteção penal, afirmando estes como compreendidos *prima facie* pelos direitos de proteção. Haveria, neste sentido, um direito fundamental a que o legislador tipificasse as condutas mais socialmente danosas, bem como a que as autoridades judiciárias e administrativas zelassem pela aplicação efetiva das normas jurídico-penais – por meio da imposição de castigos e pela realização de procedimentos investigatórios eficazes. Um dos limites centrais a estes direitos fundamentais à proteção penal seria, na linha seguida pelo autor, justamente o "princípio da proporcionalidade", encontrando-se um "justo equilíbrio" entre a proibição de excesso e a proibição de proteção insuficiente. DOMÉNECH PACUAL, Gabriel. Los derechos fundamentales a la protección penal. *Revista Española de Derecho Constitucional,* n. 78, set.-dez. 2006, p. 360-365. Em crítica a estas perspectivas, com bastante ceticismo em relação à existência de direitos das vítimas – ou mesmo de terceiros – ao castigo do agente, Silva Sánchez afirma que os mandamentos de criminalização se esgotariam na tipificação adequada de determinadas condutas, eventualmente envolvendo a cominação de punições dissuasórias. Entretanto, defende o autor, tais mandamentos nada diriam a respeito da condenação ou da necessidade de efetiva execução das penalidades. O cerne da teoria de Silva Sánchez sobre o tema é que as teorias penais com foco nas vítimas, ao menos no sentido de um direito a ver castigado o autor do delito, não tem um foco retributivo, tampouco preventivo, focando-se *no presente*: a punição, nestes casos, visaria a colocar fim à situação degradante e humilhante da vítima, restabelecendo sua posição anterior por meio da medida punitiva. O cerne, deste modo, é a "neutralização do dano imaterial, permanente, do qual segue padecendo a vítima como consequência do delito". Em razão disso Silva Sánchez sustenta que teorias assim delineadas deveriam constituir-se de respostas imateriais, carregadas de simbolismo e expressividade, limitando-se a declarar a culpa e a condenação. Nestes termos, e em tais hipótese, o autor afirma ser prescindível a dor penal, sendo esta justificável apenas por razões preventivas, em especial por razões de segurança cognitiva. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Una crítica a las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor". *Revista de Estudios de la Justicia,* Ano 2009, n. 11, p. 35-56 e 56.

[386] CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. In: CARBONELL, Miguel; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coord.). El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo. Lima: Palestra, 2010, p. 115-117.

face”[387]. Com base nisso, seria um erro, ou no mínimo uma problemática pretensão isolacionista, considerar a seara penal como a única do sistema jurídico a se eximir do controle de constitucionalidade nestes termos, indevidamente conferindo à proporcionalidade um aspecto unilateral de proibição de excesso e ignorando sua face positiva[388] (refletida na noção de proibição de defeito) [389].

Inclusive a maneira pela qual tradicionalmente se concebem as três máximas de proporcionalidade está predominantemente relacionada à ideia de proibição de excesso, mesmo no âmbito das teorias constitucionalistas. Cabe à dogmática jurídica, neste sentido, *reconstruir criticamente* o conteúdo das regras de proporcionalidade, para que contenham uma estrutura que corresponda à ambivalência entre ampliação e restrição de direitos, a qual integra o próprio cerne do conceito. Trata-se de reavaliar o teste de proporcionalidade, para que este tenha um conteúdo dogmático capaz de dar conta não apenas de frear medidas punitivas excessivas, mas também de exercer efetivamente o controle de constitucionalidade

---

[387] FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais... op. cit.,* p. 155 e ss.

[388] Lenio Luiz Streck afirma que “não há liberdade absoluta de conformação legislativa nem mesmo em matéria penal, ainda que a lei venha a descriminalizar condutas consideradas ofensivas a bens fundamentais. Nesse sentido, se de um lado há a proibição de excesso (*Übermaßverbot*), de outro há a proibição de proteção deficiente (*Untermaßverbot*). Ou seja, *o direito penal não pode ser tratado como se existisse apenas uma espécie de garantismo negativo, a partir da garantia de proibição de excesso”*. Em seguida, ressalta o autor ressalta que nenhum “campo do Direito está imune dessa vinculação constitucional”. STRECK, Lenio Luiz. Do garantismo negativo ao garantismo positivo: a dupla face do princípio da proporcionalidade. *JurisPoiesis*, Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, ano 8, n. 7, jan. 2005, p. 230. As assertivas de Streck, no entanto, devem ser compreendidas com a ressalva de que aquilo que o autor chama de “vinculação” dos participantes das comunicações jurídicas à constituição não implica a imposição de um programa pré-definido e imutável, havendo amplo espaço para sucessivas seleções e reorientações de expectativas normativas por parte dos legisladores e intérpretes-aplicadores.

[389] A distinção entre proibição de excesso e de proteção insuficiente é acolhida por Winfried Hassemer no cerne de sua visão sobre a teoria do bem jurídico, em um esforço do autor em proporcionar uma releitura da teoria penalista à luz dos conceitos e perspectivas do direito constitucional. Segundo Hassemer, do ponto de vista da proibição de excesso, a teoria do bem jurídico não formula um mandamento de criminalização, mas *proíbe* a adoção da medida punitiva quando não for possível encontrar um bem digno de tutela, evitando ainda intervenções contrárias à – por ele defendida – natureza subsidiária do direito penal. Já a perspectiva da proibição de proteção insuficiente, bastante distinta das concepções penalistas tradicionais, formula “deveres de proteção” destinados ao legislador, no sentido de este ser obrigado a agir *positivamente* para proteger penalmente certos interesses, com os meios adequados para tanto. Hassemer defende, no entanto, que, não obstante os caráteres fundamentalmente opostos das duas perspectivas, ambas têm como característica comum o balizamento da atividade punitiva, ao fornecerem critérios (interesses que necessitam de proteção) que norteiam a atividade punitiva do Estado, no sentido de definir quando este *deve* e quando *não deve* se valer do direito penal. HASSEMER, Winfried. ¿Puede Haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? Trad. Beatriz Spínola Tártalo. 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. 98-103.

quando *inexistir* ou for *insuficiente* determinada intervenção jurídico-penal, considerada imprescindível à proteção das individualidades em socialidade[390].

Com base nisso, será explorado adiante o preenchimento dogmático de cada uma das regras de proporcionalidade, buscando – por meio de um cotejo entre as perspectivas constitucionalista e penalista – definir o modo de atuação da proporcionalidade em sentido amplo na mediação das tensões normativas e no manejo do movimento entre ampliação e restrição de direitos nas relações sociais concretamente consideradas.

3.4.1. Idoneidade

A sub-regra da idoneidade (ou adequação) diz respeito à capacidade de uma medida estatal, constritiva de direitos fundamentais, de incrementar as possibilidades de realização de determinada finalidade constitucionalmente legítima – a qual, por sua vez, é em geral a realização de outro direito fundamental[391]. Duas são, portanto, as exigências impostas por meio desta primeira etapa aplicativa da proporcionalidade em sentido amplo: *(i)* primeiramente, pressuposto para que se avance ao segundo estágio, que a medida interventiva tenha um fim considerado legítimo de acordo com a ordem constitucional; e, *(ii)* uma vez atestada a procedência constitucional do objetivo almejado, que a medida se mostre idônea a, no mínimo, *contribuir* para a realização do fim[392]. Martin Borowski pontua que a máxima da adequação demanda que a medida cuja constitucionalidade se está a verificar tenha capacidade para atingir *ou* favorecer o objetivo almejado[393]. Logo, não é exigível que a

---

[390] Cf., neste sentido, em uma perspectiva mais constitucionalista, CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto… *op. cit.*, p. 118.

[391] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais... op. cit.*, p. 169-170.

[392] CARO JOHN, José Antonio. A ponderação entre o direito à honra e o direito à liberdade de expressão. Trad. Eduardo Saad-Diniz. *In:* POLAINO-ORTS, Miguel; SAAD-DINIZ, Eduardo (org.). *Teoria da pena, bem jurídico e imputação.* São Paulo: LiberArs, 2012, p. 268. Esta divisão interna à regra da adequação tem recepção nas ideias penais, como no caso de Christoph Buchard, para quem a proporcionalidade em sentido amplo, embora composta por três máximas, é satisfeita mediante a superação de quatro etapas, a partir da verificação de: "(1) Se a lei persegue um objetivo legítimo; (2) Se a lei está capacitada para alcançar este objetivo; (3) Se a lei é necessária, ou seja, para alcançar o objetivo determinado não deve existir um meio menos severo que tenha a mesma efetividade, e (4) Se a lei é adequada, ou seja, se a medida não é desproporcional ao propósito ou objetivo da ação [...]". BUCHARD, Christoph. O princípio de proporcionalidade no "direito penal constitucional" ou o fim da teoria do bem jurídico tutelado na Alemanha. Trad. Fabíola Girão de Monteconrado. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura (coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 36.

[393] BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales.* Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 130.

medida constritiva seja *totalmente* idônea à consecução da finalidade, realizando-a por completo; basta, em vez disso, a mera capacidade de *fomentar* a realização do fim[394].

Quanto à primeira etapa aplicativa do teste de idoneidade, a verificação da legitimidade constitucional da finalidade almejada possui uma formulação *negativa*. O Poder Legislativo não é um mero instrumento a serviço de um projeto constitucional predefinido, tendo o legislador liberdade de escolha de fins, incluindo-se aqueles que porventura não tenham sido estipulados explicitamente nas constituições. Mesmo no âmbito dos objetivos mais propriamente atribuíveis à normatização constitucional, o Legislativo – ao exercer um relevante papel de seleção inicial de expectativas normativas – acabando por conformar não apenas os *meios* a serem empregados na consecução destes objetivos, mas o próprio *conteúdo* destas finalidades[395]. Daí não soar adequada uma noção *positiva* desta primeira fase do exame de idoneidade, o que conduziria esta à exigência de que o legislador não perseguisse outros fins que não aqueles plasmados na ordem constitucional. Ao contrário, parece mais adequada uma compreensão *negativa*[396]*:* o fim legislativo pode ser considerado constitucionalmente legítimo sempre que não for expressa ou implicitamente proibido pela constituição[397].

A improcedência constitucional da finalidade almejada é mais facilmente aferível naqueles casos de vedação explícita. Exemplos hipotéticos a partir da realidade constitucional brasileira seriam a aprovação de uma lei que criminalizasse práticas homoafetivas – em uma

---

[394] SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável... *op. cit.*, p. 36.

[395] Ideias mais profundamente trabalhadas no item 1.2, *infra*, a respeito das influências da ordem constitucional sobre a conformação do direito penal.

[396] Neste sentido, afirma Luis Prieto Sanchís que devem ser aceitos "como fins legítimos todos aqueles que não estejam proibidos pela Constituição, ou que resultem abertamente incoerentes com seu marco axiológico. O legislador dispõe de uma faculdade de regulação geral e pode propor qualquer fim que não seja inconstitucional, de maneira que este primeiro requisito desempenha uma função na realidade negativa: não impõe a consecução de um certo catálogo de fins, mas apenas exclui alguns". PRIETO SANCHÍS, Luis. El juicio de ponderación constitucional. In: CARBONELL, Miguel; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coord.). *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo.* Lima: Palestra Editores, 2010, p. 14-15; e NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules... op. cit.*, p. 101-102.

[397] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales… op. cit.*, p. 694-699. Alexy fala de uma "discricionariedade para definir objetivos", compreendida por como ele a liberdade do legislador de, diante de um direito fundamental, definir finalidades se deste direito decorrer uma autorização de intervenção que não esclareça as razões para tanto; ou que, embora mencionando tais razões, permita a intervenção, mas não a obrigue. No primeiro caso (não esclarecimento quanto às razões para intervenção), o legislador teria uma margem de liberdade para definir se deve ou não intervir no direito fundamental em questão; e, em caso afirmativo, por quais razões e quais as finalidades a serem buscadas. Já na segunda hipótese (intervenção permitida, porém não determinada), o legislador pode decidir sobre perseguir ou não os fins, objetivos e princípios contidos no enunciado normativo constitucional, realizando um juízo de conveniência sobre a medida a ser adotada. ALEXY, Robert. Posfácio (2002). In: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 585.

ordem normativa que tem como elemento nuclear a proibição de discriminações desprovidas de um caráter positivo[398] –, ou que estatuísse hipóteses de aplicação de penas de trabalhos forçados para supostos fins de ressocialização do condenado – em um contexto constitucional que explicitamente proíbe esta modalidade punitiva[399]. A dificuldade maior, no entanto, reside naqueles casos em que a proibição da finalidade legislativa não possui esta natureza definitiva, tendo antes um caráter *prima facie* em decorrência de o conteúdo do dever jurídico-constitucional não se mostrar claramente, antes dependendo de um juízo de ponderação que balanceie princípios jurídicos contrapostos que disputam a precedência no caso concreto.

Exemplos contemporâneos muito elucidativos são as leis promulgadas por países europeus em restrição ao uso de véu por mulheres muçulmanas, e os problemas que estes fatos geraram na definição do sentido normativo da liberdade religiosa no âmbito comunitário. Sobre isso, afirma Benito Aláez Corral que a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos costuma considerar o uso do véu islâmico em locais públicos como amparado pelo direito à liberdade religiosa, garantido pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), sempre que esta prática decorrer de uma expressão efetiva das crenças religiosas da mulher. Todavia, afirma também que o uso do véu é, simultaneamente, considerado pelo mesmo órgão como passível de proibição, sempre que o Estado imponha a proibição mediante Lei, demonstrando que a medida é necessária à realização de objetivos como "a segurança pública, a proteção da ordem, da saúde ou da moral públicas, ou a proteção dos direitos e liberdades dos demais"[400]. No caso, embora a discussão transcenda o campo constitucional e alcance normas jurídicas de direito comunitário, fica evidente como a discussão acerca da legitimidade das finalidades das medidas que intervêm em direitos fundamentais geram diversos problemas interpretativos, os quais recorrentemente dificultam uma decisão segura neste momento preliminar do exame de adequação. Tais controvérsias ensejam irritações no entorno do sistema jurídico, mas repercutindo diretamente sobre as

---

[398] Cf. nota de rodapé 128, infra.

[399] O texto da Constituição da República Federativa do Brasil expressa que: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLVII - não haverá penas: [...] c) de trabalhos forçados". Para uma análise mais profunda de alguns enunciados normativos da Constituição brasileira que explicitamente restringem a liberdade do legislador de eleição de fins a serem perseguidos pela lei penal, cf. RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Fundamentos de direito penal brasileiro... op. cit.*, p. 84-89.

[400] ALÁEZ CORRAL, Benito. Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa. *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 6, n. 18, jan.-mar. 2012, p. 59.

comunicações ocorridas no interior deste, elevando a um nível acentuadamente reflexivo a discussão sobre a procedência constitucional das finalidades almejadas por regulações estatais – no exemplo, em face das lutas por reconhecimento relacionadas ao multiculturalismo[401].

São dificuldades como esta que levam Laura Clérico a afirmar que a verificação de legitimidade prévia ao exame de adequação propriamente dito é mais apropriadamente aplicável aos casos "claros", que permitem uma decisão independente de ponderação[402]. De modo mais contundente, Bernal Pulido pontua que proibições meramente *prima facie* têm uma consistência insuficiente para sustentar a inconstitucionalidade de um fim perseguido pelo legislador, razão pela qual o autor defende haver uma "presunção de constitucionalidade" das finalidades não manifestamente inconstitucionais, assim demonstrando uma tendência a privilegiar o papel do Legislativo. O autor, aliás, estabelece uma distinção adicional entre *fins mediatos* – o próprio princípio constitucional que se pretende fomentar com a medida – e *imediatos* – um estado de coisas fático ou jurídico, especificado a partir do objetivo mediato – , afirmando existir na conexão entre meio e fim uma "cadeia com diversos graus". Destarte, a etapa anterior ao juízo de idoneidade envolveria não apenas a avaliação da compatibilidade constitucional do fim perseguido, mas também que o fim mediato possa ser deduzido do fim mediato (em geral, direito fundamental com natureza de princípio)[403].

Superadas estas etapas preliminares, passa-se ao teste de idoneidade propriamente dito: se antes o foco de análise era a finalidade delineada pelo responsável pela decisão jurídica, neste estágio da proporcionalidade em sentido amplo se examina o *meio* escolhido, a adequação técnica da medida para fomentar o fim coerente com a ordem constitucional. Esta relação positiva entre meio e fim pode ser analisada conforme três aspectos principais, que servem como parâmetros de análise e justificação da existência ou não de relação positiva entre medida e finalidade: *quantitativo* (a medida M1 contribui *mais* que M2 para a realização do fim), *qualitativo* (a medida M1 fomenta o fim *melhor* que M2, porque se mostra mais

---

[401] Sobre isso, inclusive com considerações sobre o papel da ponderação na mediação das tensões referentes ao tema, cf. GRIMM, Dieter. Multiculturalidad y derechos fundamentales. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. In: DENNINGER, Erhard; GRIMM, Dieter. *Derecho constitucional para la sociedad multicultural.* Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 51-69.

[402] Esclarece a autora que a justificação da decisão até poderia ser reconstruída por meio de um sopesamento, mas tal processo ponderativo teria "apenas um caráter explicativo e crítico". CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto… *op. cit.*, p. 119, nota de rodapé 17.

[403] BERNAL PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales... op. cit.*, p. 703-704 e 718-721.

compatível com o projeto político encampado naquele contexto histórico, ou porque permite uma consideração de uma maior pluralidade de interesses) e *probabilístico* (M1 é capaz de contribuir à realização do fim com maior grau de segurança em comparação com M2). A partir disso, estabelece-se o dissenso a respeito do grau de intensidade que deve conduzir o exame de idoneidade. Sua versão *débil* considera que apenas podem ser tachados como desproporcionais em sentido amplo aqueles meios que não fomentam de modo algum o objetivo almejado sob qualquer aspecto. Já a versão *forte* ou *fortíssima*, por sua vez mais exigente, busca a mais positiva das relações entre meio e fim, que satisfaça o mandamento de idoneidade em todos os seus aspectos – quantitativo, qualitativo e probabilístico[404]. A aparente prevalência das concepções débeis do exame de idoneidade se funda na ideia comumente aceita de que é exigido àquele que sustenta a inadequação de uma medida uma carga argumentativa mais exaustiva[405], demandando um maior elevado grau de certeza das premissas empíricas que fundamentam o argumento de inidoneidade, até para que a decisão legislativa não se torne vulnerável em face de argumentações conjecturais[406].

Esta estrutura parece mais próxima a uma máxima de idoneidade situada no contexto de uma proibição de excesso, recebendo contornos diferentes quando inserida na lógica de uma vedação de proteção insuficiente. Esta segunda hipótese também parte do pressuposto de que se estabelece uma relação entre meio e fim, mas o conteúdo do teste de adequação é fundamentalmente diferente. Na proibição de defeito, o que se analisa é uma medida (meio)

---

[404] CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional.* Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2009, p. 56-60

[405] A crítica a esta linha de pensamento tem como argumento central a ideia de que a transferência de uma elevada carga probatória àquele que levanta a tese de inadequação torna esta tarefa quase impossível, fazendo com que a primeira máxima de proporcionalidade padeça de ineficácia. LOPERA MESA, Gloria Patricia. El principio de proporcionalidad y los dilemas del constitucionalismo. *Revista Española de Derecho Constitucional,* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, ano 25, n. 73, jan.-abr., 2005, p. 397-399.

[406] BERNAL PULIDO, Carlos. Tribunal Constitucional, legislador y principio de proporcionalidad: uma respuesta a Gloria Lopera. *Revista Española de Derecho Constitucional,* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, ano 25, n. 74, mai.-ago., 2005, p. 424. Trabalhando com precedentes da jurisprudência constitucional espanhola, Markus Gonzáles Beilfuss afirma a aceitabilidade da ideia segundo a qual a adequação técnica não pode ser considerada em termos absolutos, pontuando que "o requisito de idoneidade não implica um juízo de perfeição, no sentido de ser exigível que o meio utilizado seja ótimo para conseguir o fim perseguido". Esta inexigibilidade se assenta nas premissas da impossibilidade de um controle absoluto sobre o fator tempo, na necessidade de se conferir ao responsável pela decisão jurídica uma margem tolerável de erro, e na frequente impossibilidade de previsões seguras acerca das consequências práticas de uma determinada medida. Isso seria mais facilmente perceptível em áreas como a ambiental, sanitária e econômica, em que seria inclusive comum aos poderes públicos uma experimentação dos efeitos de suas medidas, o que dificulta o proferimento de juízos muito cerrados de idoneidade e fragiliza as concepções denominadas *fortes*. GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Navarra: Thomson Arazandi, 2003, p. 124-128.

que se mostra insuficiente para alcançar o fim (a realização ou fomento a um direito fundamental); ou, ainda, a uma omissão estatal em face de um dever positivo de agir, não tendo sido implementada qualquer medida para fomentar a realização de determinado objetivo. A diferença radica, especialmente, na finalidade que fundamenta o debate acercada idoneidade ou inidoneidade do meio. Enquanto na proibição de excesso não se exige que o objetivo almejado seja um direito fundamental, bastando que não seja incompatível com a ordem constitucional, na proibição de defeito a relação é justamente inversa: é o direito fundamental a uma prestação estatal positiva que embasa o argumento de inadequação do meio, ao menos na hipótese de que este se mostre insuficiente. A discussão, destarte, reside na definição acerca de quão amplas são as margens de escolha dos meios – com vistas à consecução de um fim – por parte daqueles responsáveis pelas decisões jurídicas[407], seja em âmbito legislativo ou judiciário.

No direito penal, a discussão em torno da adequação técnica parece ganhar contornos especiais em face de determinadas características da sociedade contemporânea, marcada por um grau elevado de incontrolabilidade das contingências e o consequente crescimento da influência do chamado *princípio da precaução* no direito penal – o qual carrega a ideia básica de que é necessário adotar medidas contra riscos potenciais, ainda que sua ocorrência ou danosidade sejam incertas (*better safe than sorry*)[408]. A precaução no direito penal, cujo reflexo mais evidente é a utilização mais intensa das técnicas de tipificação de crimes de perigo abstrato, tem como campo de incidência especialmente os casos caracterizados pela incerteza científica e possibilidade de ocorrência de danos irreversíveis. Nestas hipóteses, busca-se a otimização da proteção de bens jurídicos, a qual só pode ocorrer mediante uma significativa diminuição das margens de risco permitido[409]. Na realidade, a própria noção de

---

[407] Para maiores especificações sobre a máxima de idoneidade no contexto da proibição de proteção insuficiente, cf. CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto… *op. cit.*, p. 121-128.

[408] Da sensação de medo – aqui compreendido como uma forma de julgamento pela qual se conclui estar em perigo – decorre a evocação do "princípio da precaução". Tal princípio é criticado não apenas por não especificar qual o grau de precaução poderia ser considerado como ótimo, mas também por não precisar o que determinaria e decorreria desta precaução. Sobre isso, cf. SUSTEIN, Cass. *Laws of fear... op. cit.*, p. 1-28.

[409] FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. Sobre a "administrativização" do direito penal na "sociedade do risco". Notas sobre a política criminal no início do século XXI. *Revista Liberdades*, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 7, mai.-ago. 2011, p. 48-49. Sobre o assunto, cf. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 61, v. 14, 2006, p. 44-121. A noção de sociedade de risco e a noção de risco permitido guardam uma forte relação com a formação de um direito penal de perigo, calcado na antecipação da tutela penal e orientado por ideais preventivos. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 49.

risco permitido implica um risco *conhecido*, ou pelo menos em alguma medida previsível e mensurável. No entanto, isso se verifica com maior dificuldade na formatação social deste estágio mais avançado da modernidade, no qual uma série de riscos mostram-se *suspeitáveis*, porém incertos e de difícil previsibilidade e mensuração[410].

A interpretação sociológica demarca as mudanças causadas a partir da percepção de modalidades mais agudas de risco[411] sobre as expectativas normativas que o direito busca estabilizar, especialmente com relação às dimensões temporal, objetiva (ou prática) e social em que tais expectativas podem ser generalizadas[412].

Um melhor entendimento do aspecto temporal passa pela distinção entre "presente futuro" – a maneira pela qual o presente efetivamente se mostrará com o decorrer do tempo – e "futuro presente" – como os indivíduos concebem o porvir, a *representação* que dele fazem. São projeções desta natureza que permitem o estabelecimento de expectativas acerca do comportamento próprio e alheio, cenário no qual o risco se insere um elemento de ruptura e desestabilização: quanto ao "futuro presente", as prospecções e regulações que o compõem tornam-se muito mais facilmente frustráveis, e com reduzidas condições de controlabilidade; já no que tange ao "presente futuro", a realidade pode acabar por ser concretamente muito distinta do que se esperava nos prognósticos do "futuro presente". O risco prejudica as expectativas normativas e sua estabilização, influindo diretamente sobre a formulação das decisões jurídicas, no sentido de estas intensificarem uma tentativa de domar um risco em verdade indomável, gerando insegurança cognitiva dentro do sistema jurídico e em seu entorno. Ademais, o difícil controle das contingências e a insegurança sobre as premissas empíricas que sustentam os prognósticos e programas finalísticos reduzem a possibilidade de

---

[410] ROMEO CASABONA, Carlos María. El "principio de precaución" en derecho penal. *Iter Criminis:* Revista de Ciencias Penales, n. 9, 2004, p. 261.

[411] Diferentes interpretações sociológicas sobre o risco podem ser verificadas em: BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo:* hacia una nueva modernidad. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez e María Rosa Borrás. Barcelona: Editorial Paidós, 1998; LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo.* Trad. Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. 3. ed. México-DF: Universidad Iberoamericana, 2006; GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade.* Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991; BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido.* Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

[412] Em sociedades com alto grau de complexidade e contingência, o comportamento social carece de reduções que proporcionem uma reciprocidade de expectativas, as quais, por sua vez, se orientam a partir de expectativas sobre estas expectativas. A isso se relaciona uma *dimensão temporal*, na qual as expectativas se estabilizam por meio da normatização; a *dimensão social*, em que ocorre a institucionalização das expectativas; e, por fim, a *dimensão prática*, espaço em que tais expectativas são estabelecidas por meio de um sentido em comum aos que com elas se relacionam, possibilitando recíprocas limitações e confirmações, aspirando-se a que sejam compartilhadas pelo maior número possível de pessoas. Daí se falar em "generalização de expectativas comportamentais", com dimensões temporal, social e prática. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I... op. cit.*, p. 109-110.

as expectativas serem compartilhadas por um número considerável de pessoas, assim prejudicando a generalização daquelas em sua dimensão prática[413].

Daí o não raro sentimento de descrédito em relação à capacidade do direito penal de prestar uma efetiva contribuição ao gerenciamento dos riscos fluidos e disseminados da sociedade contemporânea. Dentre os diversos fatores apontados como motivos desta inadequação técnica, chama atenção especialmente o fato de o direito penal trabalhar com as ideias de um *comportamento desviado* e com a *necessidade de uma individualização de condutas*, até como pressuposto lógico da aplicação de qualquer punição. Contudo, por sua vez, grande parte dos problemas da sociedade de risco seria consequência de causas sistêmicas; ou mesmo de comportamentos que, ainda que passíveis de individualização, constituem apenas um acúmulo de externalidades *a priori* lícitas de determinada atividade[414]. Daí, por exemplo, Teubner trabalhar com a ideia de uma "matriz anônima" (*anonymous matrix*) de violações de direitos fundamentais. Não mais visualizáveis sempre como a tradicional relação conflitiva entre atores privados, especialmente a partir da intensificação dos processos de diferenciação funcional da sociedade, tais violações decorreriam antes de comunicações expansivas e totalizantes de determinado sistema social por sobre seu entorno, produzindo corrupção sistêmica (alopoiese) e uma alta potencialidade destrutiva em relação à integridade física e psíquica dos seres humanos que integram os arredores do sistema social. Seriam, destarte, produtos de "processos sociais impessoais", o que enseja sérias dificuldades de responsabilização penal e aplicação judicial do direito penal. A solução ao problema, apenas parcial, envolveria o recurso a um conceito que transcende os limites de comportamento individual, mas que possibilita alguma personificação: as *instituições*, nas quais se inserem tanto as organizações formais como os sistemas privados de regulação [415].

---

[413] PRIETO NAVARRO, Evaristo. Sobre los límites y posibilidades de la respuesta jurídica al riesgo. In: DA AGRA, Cândido; DOMÍNGUEZ, José Luis; GARCÍA AMADO, Juan Antonio et al. (eds.). *La seguridad en la sociedad del riesgo:* um debate abierto. Barcelona: Atelier, 2003, p. 34-36.

[414] PRITWITZ, Cornelius. La función del derecho penal en la sociedad del riesgo – defensa de um rol necesariamente modesto. AMBOS, Kai (dir.); BÖHM, María Laura (coord.). *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania.* Bogotá: Editorial Temis, 2012, p. 60.

[415] Inicialmente, esta tendência expansiva de determinados sistemas sociais – prejudicial aos sistemas do entorno e aos indivíduos – decorria da pretensão totalizante do sistema político. Com a complexificação e diferenciação funcional da sociedade, o perigo a esta integridade decorre de movimentos de expansão de uma variedade de outros sistemas sociais, tais como a economia, a psicologia e a medicina. O papel dos direitos humanos, neste contexto, seria justamente conter estes movimentos totalizantes decorrentes de outros sistemas sociais, garantindo a diferenciação funcional da sociedade e a preservação da integridade psicofísica dos seres humanos. Teubner parte deste raciocínio para se distanciar da concepção de uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais, segundo ele demasiadamente apega a teorias que vislumbram tais direitos como operantes em relações interindividuais, incompatíveis com os complexos processos sociais da sociedade funcionalmente

Permanece, no entanto, evidente que as respostas jurídicas, dentre as quais as jurídico-penais, têm grandes dificuldades estruturais de lidar com estes problemas sistêmicos, de natureza não infrequentemente impessoal. Não se trata aqui da difundida crítica a um "simbolismo" da legislação penal, cujo conteúdo, ao que parece equivocadamente, tende a equiparar o *simbólico* ao *inidôneo*. Na realidade, toda medida legislativa e judicial, ainda que orientada por uma perspectiva instrumentalista, é ou pode ser dotada de funções expressivo-integradoras que não necessariamente se contrapõem às funções utilitaristas, mas podem inclusive contribuir ao fomento das finalidades almejadas[416]. A discussão tampouco se confunde com o também não raro recurso por parte dos penalistas à ideia de uma maior utilização de um direito administrativo sancionador[417], especialmente em virtude de uma maior especialização técnica e flexibilidade de seus mecanismos para lidarem com os problemas fluidos e complexos da atualidade[418]. Ao contrário, a questão parece transcender a

---

diferenciada. Conclui o autor falando que, nesta *nova equação*, uma das características centrais é "não mais um ator privado como violador de direitos fundamentais, mas a matriz anônima de um meio comunicativo autonomizado". TEUBNER, Gunther. *The anonymous matrix:* human rights violations by "private" transnational actors. *The Modern Law Review*, Oxford: Blackwell Publishing, 2006, n. 69, p. 335 e 338-344. Teubner não utiliza o termo "alopoiese", aqui compreendido no sentido explorado no item 1.3, infra.

[416] "Considero, contudo, que o descrédito que se produz com relação aos efeitos simbólicos da pena é apressado, pois, ao contrário do que se sustenta, não somente estão em condições de proteger bens jurídicos por meio da prevenção de comportamentos senão que, ademais, resultam imprescindíveis para lograr tais propósitos. [...] Ao contrário, a meu ver os efeitos expressivo-integradores constituem um dos pilares fundamentais da utilização legítima da pena, já que eles constituem o núcleo da prevenção intimidatória, individual e coletiva, além de desempenhar papel fundamental nas teorias preventivas que buscam reforçar determinadas socializações ou confirmar a vigência dos conteúdos básicos da ordem social entre os cidadãos". DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* vol. XXXV, n. 103, jan.-abr. 2002, p. 69-70.

[417] Propondo o uso de um direito administrativo sancionador reformulado para lidar com as infrações econômicas, SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico:* fundamentos, limites e alternativas. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 144-146 e 180. Contrariamente à perspectiva descriminalizadora na seara econômica, SARCEDO, Leandro. *Política criminal e crimes econômicos.* São Paulo: Alameda, 2012, p. 207. Indicando uma preferência cientificamente fundamentada pela adoção de um reformulado direito sancionatório administrativo, porém aplicado aos delitos ambientais, COSTA, Helena Regina Lobo da. Os crimes ambientais e sua relação com o direito administrativo. In: VILARDI, Celso Sanchez; PERREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro. *Direito penal econômico:* análise contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 220. Sobre o tema e suas implicações no direito penal brasileiro, cf. OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro:* direito de intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2013.

[418] Dentre as vantagens apontadas como características do direito administrativo sancionador, as quais apontariam a uma maior adequação ao gerenciamento de riscos, estaria sua maior possibilidade de contar com uma especialização técnica relacionada à área de incidência; a maior celeridade do procedimento ou processo administrativo; bem como uma maior flexibilidade das instâncias administrativas em comparação com as penais, permitindo uma mais fácil adaptação à variabilidade de searas complexas como a ambiental e econômica. ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador. ¿Hacia una "administrativización" del derecho penal o una "penalización" del derecho administrativo sancionador? In: NIETO MARTIN, Adán (coord..). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: In memoriam,* vol. 1. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, 2001, p. 1421. Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz, no entanto, alertam para as possibilidades dos instrumentos sancionatórios administrativos serem em proporção extremamente lesivos àqueles que sofrem a punição,

seara penal, em verdade envolvendo uma indevida sobrevalorização da capacidade do *direito*, e não só do direito penal, de gerenciar eficazmente os riscos contemporâneos. O fenômeno de exasperação do "princípio da precaução" e sua influência por sobre as decisões jurídicas conduzem à inflação da utilização do direito no manejo de âmbitos sociais que, por sua vez, mostram-se *refratários* ao modo de realização próprio do sistema jurídico. Disso decorrem, ao menos, três possibilidades problemáticas: *(i)* o objeto da regulação jurídica se mostra totalmente indiferente diante do direito que buscou afetá-lo; *(ii)* o direito viola a autonomia do âmbito que pretendia regular, em uma juridificação exacerbada, colonizadora e lesiva[419]; ou *(iii)* o próprio direito, socialmente desacreditado e fragilizado, acaba por ser prejudicado em virtude dos esforços de regulação[420]. De todo modo, o problema expõe a fragilidade do *direito* em face dos riscos atuais, denunciando ainda uma expansão do *sistema jurídico*; não sendo esta inabilidade e tendência totalizante, por outro lado, uma exclusividade do campo penal. E, em atenção especificamente à proporcionalidade em sentido amplo, mesmo esta série de dificuldades não permitiria a emissão de uma avaliação contundente de inadequação técnica, tendo em vista que as incertezas empíricas, bem como o fato de a idoneidade ser satisfeita com a mera potencialidade de *fomento* do fim, dificultam sobremaneira que a questão seja resolvida em termos definitivos.

Diante desta série de fatores, parecem reduzidas as possibilidades de se fundamentar de forma consistente um juízo que conclua seja pela *absoluta idoneidade* de uma intervenção punitiva, seja por sua *total inadequação técnica*, tanto na perspectiva da proibição de excesso quanto na de vedação de proteção insuficiente[421]. Estas dificuldades se devem, em grande

---

especialmente em questões relacionadas à criação de um *risco reputacional*. Segundo os autores, tomando de exemplo a lei brasileira de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98) e suas regulamentações administrativas, afirmam que "no sistema de informações sugerido pelo Bacen, as regras de proporcionalidade se mostram distantes de sua aplicação ideal, que pode acarretar consequências bastante gravosas a alguns indivíduos", o que ensejaria o perigo de uma substancial "desqualificação subjetiva das empresas", sem que isso esteja vinculada ao real ou potencial "perigo que elas objetivamente expõem às atividades empresariais". SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Criminal compliance:* os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Ano 15, vol. 56, abr.-jun. 2012, p. 321-322.

[419] Mariângela Gama de Magalhães Gomes defende a possibilidade de as medidas jurídico-penais atingirem um grau tão elevado de inidoneidade a ponto de ensejarem efeitos criminógenos, ou que colocam em perigo os próprios bens jurídicos pretensamente tutelados. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal... op. cit.*, p. 144-150.

[420] PRIETO NAVARRO, Evaristo. Sobre los límites y posibilidades de la respuesta jurídica al riesgo… *op. cit.*, p. 41.

[421] Sobre a consolidação desta atribuição de uma "prerrogativa de avaliação" ao legislador, Lagodny pontua que "O Tribunal Constitucional parte *cum grano salis* de tal prerrogativa inclusive quando existem dúvidas de natureza empírica acerca de se uma proibição tem sentido: caso não se demonstre de modo definitivo o contrário,

medida e de forma conjugada, à incontrolabilidade das contingências e à imprevisibilidade do "presente futuro"; à insegurança científica a respeito das condicionantes deste futuro em face dos novos riscos característicos do estágio avançado da modernidade; bem como à consequente e recorrente falta de consenso acerca das premissas empíricas que poderiam vir a fundamentar um argumento favorável à declaração de inadequação técnica do meio. Este conjunto de fatores, geradores de incerteza, aliados à ampla "prerrogativa de avaliação" que se costuma atribuir à figura do responsável pela decisão jurídica – em especial ao legislador –, torna demasiadamente frágil um juízo que busque estabelecer rigidamente uma avaliação acerca da adequação ou inadequação da postura estatal; o que, considerando-se ainda que basta à máxima de idoneidade que a medida de algum modo *fomente* a realização de um objetivo constitucionalmente legítimo, fragiliza ainda mais a capacidade de racionalização das intervenções punitivas com base nesta primeira regra da proporcionalidade em sentido amplo.

3.4.2. Necessidade

Superado o exame de idoneidade, a segunda etapa do teste de proporcionalidade em sentido amplo consiste na máxima de necessidade, compreendida como a verificação da inexistência de outra alternativa mais moderada (ou menos gravosa) para o fomento ou consecução, com eficácia equivalente, da finalidade almejada por meio da adoção da medida[422]. Duas são as principais variáveis que integram o juízo de necessidade: *(i)* primeiramente, a capacidade das medidas de realizar a finalidade tida como socialmente desejada; e *(ii)* o grau de restrição que cada alternativa implica aos direitos fundamentais atingidas pela implementação do meio. Não obstante ser comum nos estudos de dogmática jurídica penal e constitucional a equiparação da necessidade à busca da *alternativa menos gravosa*, isso não significa que *sempre* prevalecerá, na comparação entre meios, aquele que restringir em menor medida os direitos fundamentais – o que, na realidade, apenas ocorre naquelas hipóteses em que todos os meios comparados são de igual eficácia[423].

---

o legislador pode considerar idônea a proibição". LAGODNY, Otto. El derecho penal sustantivo como pedra de toque de la dogmática constitucional... *op. cit.*, p. 132.

[422] GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus. El principio constitucional de proporcionalidad penal en España. In: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; RUSCONI, Maximiliano (dir.). *El principio de proporcionalidad penal.* Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2014, p. 264.

[423] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais... op. cit.*, p. 171.

O “exame do meio alternativo menos gravoso” envolve dois passos fundamentais, sendo o primeiro deles a verificação da adequação técnica da medida alternativa em comparação com aquela já estabelecida pelo poder público; e, posteriormente, a determinação deste meio alternativo. O primeiro passo envolve a análise comparativa prévia entre a idoneidade de dois meios distintos: quando a medida alternativa não contribui com a mesma intensidade e eficácia à realização do fim em comparação com o meio já estabelecido e implementado, este prevalece e pode ser qualificado como *necessário*. Entretanto, se entre o meio estabelecido e os alternativos houver uma equivalência quanto à capacidade de contribuir à realização do objetivo, parte-se então para a necessidade de provar que o meio alternativo – tão idôneo quanto o estabelecido – é menos lesivo. Esta construção se relaciona diretamente com aquele que seria o segundo passo da máxima de necessidade: a determinação em si da medida alternativa de menor gravidade. Tendo como pressuposto o fato de o meio estabelecido guardar uma relação *positiva* com o fim almejado e, simultaneamente, outra *negativa* com outros direitos fundamentais afetados, este segundo momento da regra de necessidade se dedica à verificação da possibilidade de esta relação positiva com o fim ocorrer de uma maneira que restrinja em menor grau os direitos fundamentais em jogo, por meio de medidas alternativas. Se não for constatada a existência de um meio alternativo menos lesivo e igualmente idôneo, a medida estatal já estabelecida pode ser considerada conforme a regra da necessidade, podendo-se proceder ao exame de proporcionalidade em sentido estrito. Do contrário, a medida estabelecida será declarada contrária à proporcionalidade em sentido amplo[424].

Considerando as peculiaridades da proibição de proteção insuficiente, a regra da necessidade averigua a existência de meios alternativos que – em comparação com a medida

[424] Em relação com a medida estatal já estabelecida, três podem ser os critérios para classificação das medidas alternativas: *(i) candidatos positivos,* que restringem em menor grau os direitos fundamentais afetados pela regulação jurídica (hipótese em que se declarará o meio estabelecido como contrário à proporcionalidade em sentido amplo); *(ii) candidatos negativos,* os quais restringem em igual ou maior medida os direitos fundamentais afetados pela medida já estabelecida (caso em que esta será considerada conforme a proporcionalidade em sentido amplo); e *(iii) candidatos neutros,* entendidos como aqueles que, em determinados aspectos, restringem em igual ou maior medida os direitos fundamentais em jogo, mas que em outros sentidos possíveis o fazem em menor grau em comparação com o meio estabelecido (isso ocorreria, por exemplo, quando o meio estatal estabelecido afeta em um grau maior o direito fundamental “DF-1”, enquanto que a medida alternativa – de um lado – o faz de forma menos intensa, mas ao mesmo tempo – de outro – restringe mais gravemente o direito fundamental “DF-2”). No grupo dos candidatos neutros, o qual reúne os chamados casos duvidosos, inserem-se também aquelas hipóteses em que não resta claro se o meio alternativo restringe em menor ou maior grau os direitos fundamentais afetados pela regulação. De todo modo, o exame de necessidade em relação a este último grupo de candidatos não possibilita a formulação direta de uma regra acerca do juízo de necessidade, carecendo de uma complementação interpretativa ou passando-se então diretamente ao exame de proporcionalidade em sentido estrito. CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional... op. cit.,* p. 104-105, 113-114 e 117 e ss.

estatal estabelecida – fomentem em maior grau o *direito fundamental de prestação positiva*, e que simultaneamente ensejem uma restrição igual ou menor aos direitos fundamentais em colisão. O primeiro comando jurídico que decorre desta especificação da máxima de necessidade à proibição de defeito é que os meios alternativos analisados devem realizar o direito fundamental de uma maneira *melhor* em comparação com a medida estatal estabelecida (insuficiente, ou mesmo a ausência dela no caso de uma omissão estatal). Ademais, além dos meios alternativos examinados deverem ser "suficientemente idôneos", devem por fim, ser analisados ainda no que tange à gravidade com que afetam os outros direitos fundamentais ou outros princípios constitucionais contrapostos nas medidas concretas[425].

No que se refere à intensidade do teste de necessidade, este em muito se aproxima das considerações aplicáveis à máxima de idoneidade, conferindo aos responsáveis pelas decisões jurídicas uma ampla margem de interpretação dos dados empíricos e de conformação normativa – em especial ao legislador, por ser o primeiro responsável pela seleção de expectativas normativas e lidar com um cenário muito mais complexo e desestruturado, em comparação com os intérpretes-aplicadores. No entanto, é igualmente defensável que o grau de exigibilidade dos comandos jurídicos relacionados à máxima de necessidade constitui um juízo que comporta distintas gradações, de acordo com a gravidade da intervenção nos direitos fundamentais com vistas à realização de um fim. Naquilo que concerne às restrições pouco intensas de direitos fundamentais, a medida estatal apenas será considerada contrária à necessidade se ficar demonstrado de modo unívoco a existência de alternativas igualmente idôneas e menos lesivas – *regra da univocidade*, própria de um controle de evidência pouco exigente. Já nas hipóteses de uma intervenção estatal restritiva mais grave, deverá ser correspondentemente mais intenso o controle de constitucionalidade com base na regra da necessidade, exigindo em face do responsável pela emissão da comunicação jurídica uma argumentação mais exaustiva acerca de ter ou não exaurido, dentro de padrões de razoabilidade, as fontes de dados empíricos e normativos das quais dispunha no momento de

[425] Por esta razão, a primeira regra deduzida neste contexto de vedação da proteção insuficiente conduz a um juízo *interno* de necessidade, uma vez que opera sempre internamente à relação positiva medida estatal e a realização daquele direito fundamental específico o qual está sendo prejudicado pela omissão ou ação defeituosa. Já o segundo caso constitui um raciocínio *externo* de necessidade, uma vez que transcende o âmbito do direito fundamental de proteção, e considera mais globalmente as diversas finalidades estatais efetiva ou potencialmente colidentes nos casos concretos. CLÉRICO, Laura. Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad. In: CLÉRICO, Laura; SIECKMANN, Jan-R.; OLIVER-LALANA, Daniel (coord.). *Derechos fundamentales, principios y argumentación:* estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy. Granada: Editorial Comares, 2011, p. 188-189.

formulação da decisão, possibilitando assim uma verificação mais confiável da procedência ou improcedência constitucional de seu conteúdo[426]. A demarcação de diferenças entre intervenções mais e menos intensas, por sua vez, depende da delimitação de critérios e categorias que proporcionem uma maior coerência decisória, bem como uma maior possibilidade de controle racional por parte daqueles que se relacionam com as comunicações do sistema jurídico, de modo a diminuir as margens para particularismos e definições jurídicas pessoalizadas desprovidas de lastro empírico e dogmático.

Parte das concepções penalistas tradicionalmente alia a regra da necessidade à exclusiva proteção de bens jurídico-penais, afirmando ser o direito penal "necessário" quando é preciso se proteger um determinado bem em face de lesões ou perigos[427] – fazendo referência, assim, a uma "premente necessidade social": primeiramente, seriam identificados os bens jurídicos a serem elevados à condição de penalmente relevantes e tuteláveis; posteriormente, ademais, seriam verificadas as modalidades de agressão a tal bem tornariam necessária a adoção de uma medida punitiva[428]. No entanto, o uso da palavra "necessidade" não pode conduzir a esta ideia de *urgência*, ou de algo que *precisa* ser realizado; não se confundindo, assim, com uma avaliação de oportunidade e conveniência política. O teste de necessidade é, ao contrário, essencialmente comparativo entre diversas medidas passíveis de serem empregadas com vistas à persecução de um fim. Neste sentido, o meio estatal é considerado *necessário* não quando atende a uma necessidade social – no caso destas construções teóricas do direito penal, a proteção de bens jurídicos –, mas quando se mostra o menos lesivo dentre outras medidas igualmente idôneas, ou quando não houver outra medida de igual ou maior eficácia[429].

Seguindo esta linha, Winfried Hassemer afirma que a necessidade implica um esforço no sentido de serem buscadas alternativas à intervenção penal que sejam mais que ou tão idôneas quanto à medida punitiva; mas que ao mesmo tempo sejam, por outro lado, menos

---

[426] Sobre isso, inclinando-se mais concepções que se alinham com a ideia de limitar o juízo de necessidade a um controle de evidência, cf. PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales... op. cit.,* p. 758-763. O autor foca mais na possibilidade de controle de constitucionalidade dos atos legislativos, mas seus raciocínios são plenamente adaptáveis ao exercício deste controle sobre atos jurisdicionais.

[427] AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en el derecho penal... op. cit.,* p. 159-162.

[428] "No direito penal, o princípio da necessidade funda-se na exigência constitucional de que o interesse a ser protegido pela norma apresente relevância suficiente para poder justificar, em contrapartida, uma delimitação da esfera de liberdade". GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal... op. cit.,* p. 82-83.

[429] Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais... op. cit.,* p. 171.

gravosas. Neste sentido a necessidade implicaria uma redução da gravidade da intervenção penal, podendo conduzir o teste de necessidade a alternativas extrapenais, ou até mesmo extrajurídicas[430]. A regra da necessidade aplicada ao campo penal, destarte, parece estar atrelada não à exclusiva proteção de bens jurídicos, mas sim à exigência de que o direito penal opere mediante uma "intervenção mínima", a qual se relaciona com o caráter fragmentário do direito penal e seu fundamento de subsidiariedade[431]. A fragmentariedade diz respeito a critérios de definição de merecimento de pena, limitando a punibilidade àqueles casos específicos em que a periculosidade e reprovabilidade da conduta são de tamanha magnitude que fazem jus à reprovação por meio da pena estatal[432]. Já da subsidiariedade, por sua vez, partindo da premissa de que bens jurídicos não são protegidos apenas por meio do direito penal, decorre o postulado de que este na realidade somente pode ser utilizado quando as demais alternativas extrapenais (direito civil, sanções administrativas, regulações administrativas) e extrajurídicas se mostraram inadequadas[433].

Descrever a regra da necessidade desta forma, no entanto, talvez não deixe claro o quanto ela mantém uma considerável capacidade de rendimento também internamente ao direito penal. No âmbito da formulação de tipos penais, ela implica que sejam selecionados apenas os comportamentos mais agressivos ao interesse protegido pela norma, determinando que a liberdade de ação seja restringida no limite do necessário para dar consecução às

---

[430] A necessidade, segundo Hassemer, seria definível como uma contradição ao "costume cego de reagir ante uma barbaridade com outra maior", constituindo uma barreira à tendência de se considerar aceitáveis as medidas punitivas tão somente por se mostrarem efetivas. Hassemer assinala que um dos caminhos abertos à doutrina penalista seria considerar como apenas *provisória* a declaração de idoneidade de uma medida punitiva, produto de um juízo mais eminentemente *empírico*; em um segundo nível de análise, o intérprete consideraria aceitos os resultados provisórios anteriormente alcançados apenas se superassem o exame normativo dos meios menos lesivos. HASSEMER, Winfried. El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales. In: In: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; RUSCONI, Maximiliano (dir.). *El principio de proporcionalidad penal.* Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2014, p. 277-278.

[431] Embora considere a ideia de exclusiva proteção de bens jurídicos uma decorrência da regra de necessidade, Teresa Aguado Correa também preenche dogmaticamente esta máxima parcial de proporcionalidade com as exigências de intervenção mínima. Cf. AGUADO CORREA, Teresa. El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal peruano. In: CARBONELL, Miguel; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coord.). *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo.* Lima: Palestra, 2010, p. 274-276.

[432] JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal,* Parte General... *op. cit.,* p. 57.

[433] De acordo com Roxin, a subsidiariedade seria deduzida do "princípio da proporcionalidade": assumindo em sua teoria que o direito penal se vale da mais grave intromissão estatal na esfera de liberdade do cidadão, apenas pode ser utilizado quando outras alternativas menos lesivas se mostraram falhas ou falíveis. Prossegue o autor exemplificando que há determinadas situações que são plenamente tuteláveis por meio do direito civil, como as *infrações contratuais habituais*, campo ao qual o direito penal apenas se revela importante diante da verificação da ocorrência de delitos de fraude. ROXIN, Claus. *Derecho penal,* parte general, tomo. Fundamentos. La estrutura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Editorial CIvitas, 1997, p. 65-66.

finalidades de tutela. No que concerne à norma de sanção, por sua vez, a necessidade diz respeito à delimitação de uma quantidade de punição que não transcenda o necessário para o fomento da finalidade, aqui se inserindo também a discussão em torno da fixação e adoção de penas alternativas à restrição de liberdade de locomoção[434]. Por fim, ainda dentro das margens do sistema jurídico-penal, a máxima parcial de necessidade pode conduzir à inserção de mecanismos próprios de uma *justiça penal consensual*[435], a serem praticados quando a finalidade almejada por meio da medida punitiva pode ser fomentada de um modo menos prejudicial à liberdade do acusado e em maior benefício das pretensões da vítima.

Formulada nestes termos, a regra da necessidade operaria, primeiramente, na instância legislativa, abrangendo a seleção dos comportamentos puníveis[436] e a cominação de penas de gravidade não superior ao necessário para o fomento ótimo da finalidade almejada. Este primeiro estágio está diretamente ligado ao *merecimento de pena* e à noção trabalhada por Alamiro Velludo Salvador Netto de uma *proporcionalidade externa*, por meio da qual se busca aferir – já pressupondo um potencial lesivo do comportamento proibido – quais

---

[434] LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*… op. cit., p 485-491. Neste sentido, considerando a possibilidade de que circunstâncias concretas indiquem a desnecessidade de imposição concreta ou manutenção de uma pena privativa de liberdade, o direito penal brasileiro prevê a possibilidade de imposição de penas restritivas de direitos, além de institutos como a suspensão condicional da pena e o livramento condicional. Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da pena... op. cit.*, p. 214 e ss.; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão:* causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 233 e ss.; MASSUD, Leonardo. *Da pena e sua fixação:* finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal. São Paulo: DPJ Editora, 2009, p. 52 e ss.

[435] "Assim é que as questões criminais passaram a receber tratamento penal diversificado, que varia da aplicação do *princípio da oportunidade da ação penal* – em contrapartida ao clássico princípio da obrigatoriedade – às soluções diretamente negociadas, quer por meio da mediação propriamente dita, quer por força de conciliação ou transação, envolvendo desde a definição do objeto *litigioso* (acordo sobre a infração penal atribuível ao imputado) até o acerto a respeito da medida de pena". PRADO, Geraldo. Justiça penal consensual. *Discursos sediciosos:* crime, direito e sociedade, n. 9/10, v. 5, 2000, p. 357. Jesús-María Silva Sánchez afirma não serem depreciáveis os argumentos favoráveis à adoção de medidas como esta, especialmente os que dizem respeito à busca de um descongestionamento do Poder Judiciário e uma maior possibilidade de acondicionamento dos diversos interesses – das vítimas inclusive – que os problemas penais comumente envolvem. Em tom crítico, no entanto, sustenta que estes modelos consensuais de justiça penal acabariam por vulnerar determinadas garantias penais de cunho material e processual, tais como a busca pela verdade material (substituída por uma verdade acordada), a igualdade de tratamento (constituiria uma difícil tarefa cuidar para que os casos similares recebessem um igual tratamento jurídico; ademais, o diálogo negocial neste tipo de sistema tenderia a colocar o acusado em posição de desigualdade em relação ao Estado) e culpabilidade (o modelo consensual prescinde da discussão sobre se a solução dele decorrente recai sobre um sujeito verdadeiramente responsável pelo fato). SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo Español. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 4, n. 15, p. 39-50, jul.-set., 1996, p. 42-43. Para uma avaliação empírica das premissas e efeitos de programas de justiça restaurativa concretamente implementados na realidade judiciária brasileira, cf. RAUPP, Mariana; BENEDETTI, Juliana Cardoso. A implementação da justiça restaurativa no Brasil: uma avaliação dos programas de justiça restaurativa de São Caetano do Sul, Brasília e Porto Alegre. *Revista Ultima Ratio*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, ano 1, n. 1, 2007, p. 3-36.

[436] AGUADO CORREA, Teresa. El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal peruano… *op. cit.*, p. 276.

condutas são passíveis de serem submetidas a uma ameaça com pena, excluindo-se do conceito material de injusto ações ou omissões penalmente irrelevantes ou pouco relevantes[437]. Entretanto, esta segunda máxima parcial de proporcionalidade em sentido amplo opera também no momento de concretização normativa do direito penal, daí resultando a possibilidade de os magistrados mitigarem por vias recursais a gravidade de uma punição anteriormente definida, bem como de que os intérpretes-aplicadores prescindam da aplicação da pena[438]. Se no estágio legislativo, mais vinculado à definição acerca da configuração ou não do injusto penal, é realizado um juízo *ex ante* acerca das condutas que abstratamente merecem pena, neste segundo momento o que se realiza é um juízo *ex post* a respeito dos critérios que definirão se aquele injusto penal é também concretamente *necessitado de pena*[439].

Jakobs define a subsidiariedade como a *variante penal* da proporcionalidade oriunda do direito constitucional. Afirma, no entanto, que esta apenas se aplica quando os *custos* ensejados pela medida alternativa afetam aquela pessoa considerada responsável pelo conflito causado pelo delito e carente de resolução. Não se pode afirmar que a pena se torna ilegítima pelo simples fato de o conflito poder ser resolvido – ao custo que for – de outro modo que não por meio da sanção penal, especialmente quando os custos da adoção desta medida alternativa recaem sobre atores sociais não responsáveis pelo delito. Jakobs não parece, com isso, refutar todas as possibilidades de descriminalização e adoção de meios alternativos, mas antes afirma que tais hipóteses comumente são fundamentadas em motivos autônomos em relação à subsidiariedade – como nos casos em que é evidente que prestar assistência ao delinquente é

---

[437] O autor desenvolve este conceito de *proporcionalidade externa* em oposição à *proporcionalidade interna*, dedicando-se esta última à diferenciação na cominação de penas conforme a reprovabilidade e danosidade dos distintos comportamentos proibidos. Recorrendo à ideia de proporção entre comportamento proibido e sanção, Salvador Netto insere esta relação de correspondência gradativa no cerne de seu conceito sobre necessidade de pena, afirmando que "apenas o proporcional pode ser merecido". As perguntas principais que conduzem o pensamento do autor neste sentido seriam "A violência da pena é proporcional àquela representada pelo comportamento compreendido como furto? Qual a violência mínima que deve possuir um comportamento para legitimar a violência da ameaça de pena?". Cf. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena... op. cit.,* p. 158-162, inclusive nota 41. Nos termos trabalhados no Capítulo 2, infra, a "proporcionalidade interna" parece se aproximar do que lá se denominou "proporcionalidade das penas".

[438] AGUADO CORREA, Teresa. El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal peruano… *op. cit.,* p. 276.

[439] Seria o caso, por exemplo, da ausência de consciência a respeito do ilícito: embora esta não conduza a uma não realização do injusto, logo havendo merecimento de pena, "elide qualquer justificação teórica de necessidade de pena". SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena... op. cit.,* p. 164-167 e 171. Sobre as diversas possibilidades de fundamentação teórica entre merecimento e necessidade de pena, cf. LUZON PEÑA, Diego-Manuel. La relación del merecimento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; SCHÜNEMANN, Bernd; DIAS, Jorge de Figueiredo (coord..). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal.* Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1995.

mais adequado do que impor a ele uma punição. Com vistas a evitar que a aplicação da subsidiariedade conduza a resultados aleatórios, ademais, a subsidiariedade deve ser concebida de modo não meramente casuístico, mas sim aplicada a grupos de delitos ou autores mediante critérios racionalmente definidos e generalizáveis[440].

Esta crítica à subsidiariedade, centrada na discussão acerca de quem é responsável por suportar os custos da adoção do meio alternativo, parece novamente conduzir novamente ao questionamento da conveniência de se transferir ao âmbito administrativo áreas hoje sob a tutela jurídico-penal. A subsidiariedade tem reduzida potencialidade explicativa, por exemplo, no cerne do direito penal econômico e na busca de alternativas descriminalizadoras nesta área[441]. Enquanto a intervenção jurídico-penal, por razões constitucionais de proporcionalidade, é via de regra norteada pela ideia de *ultima ratio*, o direito penal econômico é mostra determinadas peculiaridades que conduzem a que algumas criminalizações se mostram menos gravosas que o estabelecimento de uma complexa, ampla e contundente rede jurídico-administrativa de controle – a qual, por sua vez e ao contrário da medida jurídico-penal, não recai apenas sobre a pessoa do delinquente, mas sobre diversos outros atores envolvidos no processo econômico[442]. A afirmação de que a intervenção jurídico-penal é mais gravosa que alternativas administrativas precisa enfrentar ainda o

---

[440] Com esta afirmação final, Jakobs tampouco parece excluir a importância das circunstâncias concretas do caso, mas tão somente que os critérios utilizados para definir a desnecessidade de punição sejam passíveis de abstração e generalização para casos similares. JAKOBS, Günther. *Derecho penal... op. cit.*, p. 60-61. Jakobs parte do pressuposto de que a pena enseja custos àquele que a sofre, sendo sua imposição fundamentada na "competência" do apenado acerca do conflito gerado pela conduta e seu dever de suportar os custos. Maiores especificações a respeito desta parte da teoria de Jakobs em PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J.; CANCIO MELÍA, MANUEL. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs. In: JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal.* Trad. Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez Gonzáles e Manuel Cancio Melía. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 32-33.

[441] "Quando se propõe que determinadas incriminações penais sejam substituídas por meios preventivos menos gravosos situados no Direito administrativo ou civil, deve-se responder previamente a uma pergunta óbvia: para quem hão de ser menos gravosos? Para o concreto cidadão que vá ser sancionado ou para o total da comunidade? [...] considero que a avaliação de se existem meios menos gravosos à pena deve ser considerada necessariamente desde uma perspectiva coletiva". ARROYO ZAPATERO, Luis. Derecho penal económico y constitución. *Revista Penal*, ano 1, n. 1, 1997, p. 5.

[442] Críticas presentes em TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico:* introducción y parte general. Lima: Grijley, 2009, p. 89-90. Nem sempre é possível convencer um condenado de que a pena criminal que lhe está a ser imposta é mais "suave" que uma alternativa administrativa; entretanto, há limitações de liberdade com vistas à regulação extrapenal no âmbito econômico que atingem terceiros ou o mercado como um todo, sendo de especial gravidade em comparação com a medida jurídico-penal, ainda que esta contenha em si um juízo mais gravoso de reprovação que falta àquela. KÜHL, Kristian. Direito penal fragmentário e subsidiário. Trad. Pedro Ferreira Leite Neto. In: OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Direito penal econômico:* estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 63.

problema de estas contarem com uma menos intensa proteção constitucional dos direitos individuais por meio de garantias processuais.

As debilidades da subsidiariedade parecem ser dotadas, primeiramente, de uma dimensão empírica[443], tendo em vista a dificuldade de se estabelecer uma base de justificação concreta à proibição penal que transcenda a mera suspeita de danosidade social, e considerando também os profundos problemas em se demonstrar empiricamente a inexistência de outra alternativa menos gravosa igualmente eficaz – mediante critérios delimitados e precisos. Neste sentido, torna-se inconsistente afirmar que apenas se legitima uma criminalização quando o emissor da decisão jurídica não tiver dúvidas sobre a adequação e necessidade da medida punitiva para o fomento das finalidades a que se propõe; afinal, considerações desta natureza não levam em conta que também a decisão pela descriminalização tem repercussão direta sobre os sistemas que compõem o entorno do direito, bem como sobre os atores que participam ou se relacionam com as comunicações jurídicas. São estas as razões que levam Wolfgang Wohlers a afirmar que o direito penal trabalha com *decisões na incerteza*, havendo no máximo a possibilidade de se analisar *a posteriori* se as premissas do responsável pela emissão da decisão jurídica se mostraram ou não fundadas[444]. Por fim, a experiência jurídica da sociedade contemporânea tem explicitado a tendência de que o direito penal opere como meio para se garantir a cooperação dos afetados por determinados sistemas preventivos de controle, como instrumento de asseguramento da capacidade funcional de sistemas normativos jurídico-civis ou administrativos[445]. O recurso ao direito penal pode se converter ainda na adoção de um *reforço punitivo* para garantir a funcionalidade de determinado sistema social, prejudicado pela insuficiência regulatória dos meios extrapenais ou extrajurídicos, ou por problemas específicos do interior do sistema[446].

---

[443] Neste sentido, AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal... op. cit.*, p. 239-242,

[444] Há aqui uma clara diferença entre a perspectiva constitucionalista da necessidade, que lida com análises da decisão jurídica mediante uma perspectiva fundamentalmente *ex ante*, e a penalista, a qual – nesta perspectiva defendida por Wohlers – admite que o teste de necessidade se estenda a uma verificação *ex post.*

[445445] WOHLERS, Wolfgang. Derecho penal como *ultima ratio.* ¿Principio fundamental del derecho penal de um Estado de Derecho o principio sin un contenido expressivo propio? Trad. Núria Pastor Muñoz. In: VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. *Límites al derecho penal:* principios operativos en la fundamentación del castigo. Edição espanhola a cargo de Ricardo Robes Planas. Barcelona: Atelier, 2012, p. 115-117, 120-121 e 127-128.

[446] SAAD-DINIZ, Eduardo. Fronteras del normativismo: a ejemplo de las funciones de la información en los programas de criminal compliance. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,* São Paulo, v. 108, jan.-dec., 2013, p 428-431.

De todo modo, tanto nos opostos casos de descriminalização como nos de utilização do direito penal como reforço punitivo, a adoção do meio menos lesivo decorre mais da exigência constitucional de imposição de um teste necessidade como integrante de um teste amplo de proporcionalidade, tornando-se duvidoso que isso se dê em decorrência de um – discutível – conteúdo autônomo e consistente da subsidiariedade[447]. O que, por outro lado, não afasta as debilidades da própria necessidade, especialmente vinculadas às dificuldades de verificação empírica e normativa da desnecessidade do meio, em especial diante do fato de a liberdade de avaliação conferida ao legislador também atingir esta regra intermediária do exame de proporcionalidade[448].

3.4.3. Proporcionalidade em sentido estrito

As regras de idoneidade e necessidade são aplicáveis com vistas à otimização dos princípios em face das possibilidades fáticas, cuidando para que sejam evitadas intervenções inadequadas em direitos fundamentais, ou explicitando ainda a finalidade poderia ser fomentada mediante a adoção de uma medida alternativa de igual eficácia. Nestas duas primeiras etapas, não se realiza uma análise de um conflito normativo entre mandamentos de otimização contrapostos, mas somente uma verificação de adequação técnica da medida e, em um segundo momento, uma análise comparativa entre meio estabelecido e meio alternativo. Por esta razão, sendo a ponderação a técnica de resolução de conflitos entre princípios colidentes, em regra não desempenha ela nenhum papel central nas primeiras etapas aplicativas da proporcionalidade em sentido amplo, salvo potencial e excepcionalmente, como complemento interpretativo *ad hoc*. Superados os dois testes iniciais, e por sua vez, a proporcionalidade em sentido estrito diz respeito à realização ótima de princípios diante das possibilidades *jurídicas*, sendo este o campo de atuação da ponderação[449].

---

[447] "A inadequação das normas jurídico-penais é na realidade consequência do princípio da proporcionalidade, o qual também vige evidentemente no Direito penal. Deste modo, o princípio de subsidiariedade, em sua dimensão de mandamento de que se faça uso dos meios do Direito penal somente como último meio – como *ultima ratio* –, mostra-se como um princípio sem um conteúdo expressivo próprio". WOHLERS, Wolfgang. Derecho penal como *ultima ratio.* ¿Principio fundamental del derecho penal de um Estado de Derecho o principio sin un contenido expressivo propio?... *op. cit.*, p. 128.

[448] LAGODNY, Otto. El derecho penal sustantivo como pedra de toque de la dogmática constitucional... *op. cit.*, p. 132.

[449] ALEXY, Robert. La fórmula del peso. Trad. Carlos Bernal Pulido. In: CARBONELL, Miguel; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coord.). *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo.* Lima: Palestra, 2010, p. 14-15.

Se as duas primeiras etapas aplicativas da proporcionalidade em sentido amplo fossem suficientes, poderia ser declarada constitucional e proporcional uma determinada medida estatal que, desde que contribuindo para a realização de um direito fundamental, restringisse de forma excessivamente intensa outros direitos fundamentais que viessem a colidir com o direito fomentado pelo meio. Afinal, desde que não fosse possível comprovar a existência de um meio alternativo igualmente idôneo, a medida passaria pelos exames de idoneidade e necessidade. A proporcionalidade em sentido estrito envolve um sopesamento entre os direitos envolvidos nesta relação conflitiva decorrente da regulação jurídica, buscando assim evitar que medidas estatais, ainda que adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais em um patamar superior àquilo que justifica a realização do fim[450].

A ponderação é a forma pela qual se permite a resolução de uma incompatibilidade *prima facie* entre normas-princípio, culminando no estabelecimento de uma relação de precedência[451] condicionada entre as normas com estrutura de princípio que estão a colidir no caso concreto. Seu conteúdo dogmático, que permite alcançar tal resultado, é composto por três elementos essenciais: a *lei da ponderação*, a *fórmula do peso* e a *carga de argumentação*[452].

O primeiro deles, a *lei da ponderação* propriamente dita, expressa que "Quanto maior for o *grau* de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro". Daí decorre a possibilidade de se dividir a lei da ponderação em três passos fundamentais: primeiramente, avalia-se em que medida um dos princípios (*P-1*) é afetado ou não realizado pelo meio estabelecido; em um segundo momento, é verificada a relevância de se satisfazer o princípio (*P-2*) que colide com o outro naquele caso concreto (em outras palavras, a importância de se satisfazer o princípio contrário);

---

[450] Virgílio Afonso da Silva dá o exemplo de uma lei hipotética que, buscando fomentar o direito à privacidade, estabelece medidas como a proibição absoluta da quebra de sigilo bancário, ou a divulgação de informações contidas em processos judiciais. Segundo o autor, meios como estes certamente seriam adequados aos objetivos definidos, e dificilmente uma medida alternativa seria dotada de tamanha eficácia. A evidente hipertrofia da regulação jurídica, no entanto, constitui o campo de operação da proporcionalidade em sentido estrito e da ponderação, técnicas que possibilitam a verificação de excessos e a análise da procedência constitucional dos meios estabelecidos. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais... op. cit.*, p. 174-175.

[451] Fixar relações de precedência condicionada implica estabelecer condições que fundamentam a afirmação de que um determinado princípio prevalece sobre o outro naquele caso concreto. Estando presentes outras condições, distintas das que conduziram a relação de precedência a assumir aquele conteúdo, igualmente distinta seria a regra formulada a partir do sopesamento. ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais... op. cit.*, p. 96.

[452] BERNAL PULIDO, Carlos. Consideraciones acerca de la fórmula de la ponderación de Robert Alexy. In: MONTEALEGRE, Eduardo (coord.). *La ponderación en el derecho.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 116-117.

finalmente, a terceira etapa da lei da ponderação se presta a avaliar se a importância de se satisfazer o princípio *P-2* justifica a não-satisfação ou afetação que recai sobre o princípio *P-1* em decorrência da medida estatal[453]. Os dois primeiros passos da ponderação lidam com a variável "importância dos princípios em colisão", nas quais se alcança alguma comensurabilidade por meio do estabelecimento de uma escala triádica de intensidades "leve", "moderada" e "grave", as quais determinam tanto a relevância de se realizar o princípio *P-2* naquela situação concreta como o grau de restrição imposto ao princípio *P-1* em decorrência da adoção da medida[454]. A segunda variável relevante no juízo ponderativo é o *peso abstrato* que se atribui aos princípios em conflito, enquanto que a terceira variável consiste no grau de segurança das premissas empíricas que embasam o sopesamento, referindo-se a até que ponto a medida verificada ocasiona fática e concretamente a restrição do princípio *P-1* e a satisfação do princípio *P-2*, diante das peculiaridades do caso concreto[455].

O segundo elemento do juízo ponderativo que integra a proporcionalidade em sentido estrito é a *fórmula do peso*, a qual consiste na técnica que permite que as grandezas discriminadas anteriormente na *lei de ponderação* – importância dos princípios, seus respectivos pesos abstratos e a segurança das avaliações empíricas – sejam articuladas de modo a conduzir o sopesamento a um resultado concreto. Segundo esta fórmula, o peso concreto de determinado princípio deriva do cociente entre: de um lado, o resultado da multiplicação da *(i)* importância do princípio em questão por *(ii)* seu peso abstrato[456] e *(iii)* o

---

[453] A formulação da lei da ponderação é descrita e estabelecida nestes termos por Alexy em ALEXY, Robert. Posfácio (2002)... *op. cit.*, p. 593-594.

[454] Alexy defende ser possível, a partir do estabelecimento de um escalonamento triádico de intensidades, a realização de "juízos racionais sobre os graus de intensidade e de importância em que se veem afetados os princípios, e que estes juízos podem ser relacionados entre si, a fim de fundamentar um resultado". ALEXY, Robert. La fórmula del peso. Trad. Carlos Bernal Pulido. In: CARBONELL, Miguel; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coord.). El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo. Lima: Palestra, 2010, p. 19. Contrariamente, José Juan Moreso defende que o estabelecimento de uma escala triádica desta maneira é um procedimento que carrega imprecisões. Destacando a existência de meios de comunicação voltados quase que exclusivamente à veiculação de notícias sobre a intimidade alheia, Juan Moreso afirma que determinada lei que restringisse a atuação jornalística neste modelo afetaria gravemente estes meios de comunicação específicos, mas poderia vir a constituir uma interferência leve sobre a liberdade de informação dos outros meios ou do restante da sociedade. Conclui o autor ser difícil a criação de escalonamentos no campo da restrição de direitos fundamentais, tendo em vista a inexistência de uma propriedade definida que permita uma comparação sólida. JUAN MORESO, José. Alexy y la aritmética de la ponderación. In: CARBONELL, Miguel; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coord.). El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo. Lima: Palestra, 2010, p. 63.

[455] BERNAL PULIDO, Carlos. Consideraciones acerca de la fórmula de la ponderación de Robert Alexy… *op. cit.*, p. 118-119.

[456] Sobre a distinção entre peso *abstrato* e *concreto*, Bernal Pulido esclarece que o primeiro pode ser expresso na regra argumentativa segundo a qual "Quanto maior a importância material de um principio constitucional dentro do sistema da Constituição, maior será se peso na ponderação", enquanto que o segundo consiste na regra

grau de segurança das apreciações empíricas; e, de outro, o produto oriundo da mesma multiplicação destas mesmas variáveis relacionadas ao princípio contraposto[457]. No modelo formulado por Alexy, esta fórmula do peso é resumida na seguinte equação:

$$\textbf{Peso concreto do Princípio "P-1" em relação ao Princípio "P-2"=}$$

$$\frac{\text{"Importância do princípio P-1"} \times \text{"}Peso\ abstrato\ do\ Princípio\ P-1\text{"} \times \text{"}Certeza\ empírica\ relacionada\ ao\ princípio\ P-1\text{"}}{\text{"}Importância\ do\ princípio\ P-2\text{"} \times \text{"}Peso\ abstrato\ do\ Princípio\ P-2\text{"} \times \text{"}Certeza\ empírica\ relacionada\ ao\ princípio\ P-2\text{"}}$$

Para preencher este modelo matemático de argumentação jurídica, Alexy propõe a substituição das variáveis por números, permitindo a operacionalização de seu raciocínio por meio do emprego da escala triádica de intensidades. Deste modo, por exemplo, estabelecendo-se a divisão entre intensidades leves (1), médias (2) e elevadas (4) para a importância dos princípios e os pesos abstratos[458], bem como graus de certeza empírica *certos* (1), *plausíveis* (½) e *não evidentemente falsos* (¼), estariam criadas as condições para preencher a fórmula do peso e se obter uma regra de precedência condicionada. Desta forma, adotando-se estes

---

segundo a qual "Quanto mais intensa for a intervenção no direito fundamental, maior será o peso do direito na ponderação. Correlativamente, quanto mais intensa for a realização do princípio que fundamenta a intervenção legislativa, maior será seu peso na ponderação". BERNAL PULDIO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales... op. cit.*, p. 766.

[457] BERNAL PULIDO, Carlos. Consideraciones acerca de la fórmula de la ponderación de Robert Alexy… *op. cit.*, p. 120. Sobre a distinção entre peso *abstrato* e *concreto*, Bernal Plido esclarece que o primeiro pode ser expresso na regra argumentativa segundo a qual "Quanto maior a importância material de um principio constitucional dentro do sistema da Constituição, maior será se peso na ponderação", enquanto que o segundo consiste na regra segundo a qual "Quanto mais intensa for a intervenção no direito fundamental, maior será o peso do direito na ponderação. Correlativamente, quanto mais intensa for a realização do princípio que fundamenta a intervenção legislativa, maior será seu peso na ponderação". BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales... op. cit.*, p. 766.

[458] O peso abstrato dos princípios a ser fixado pelo intérprete não tem como fundamento, especialmente nos casos tidos como difíceis, uma hierarquia constitucionalmente predeterminada passível de ser consultada pelo Juiz. Como o intérprete-aplicador definirá este peso, nos termos de uma escala triádica de importância, é algo que na verdade dependerá de posicionamentos teóricos a respeito do conteúdo da Constituição. Embora haja aqui algum espaço para a subjetividade, deve se partir do pressuposto de que não é qualquer teoria dos direitos fundamentais que será compatível com determinado contexto constitucional. No caso brasileiro, por exemplo, seria insustentável a defesa de uma teoria que se edificasse sobre a existência de um princípio da segregação racial, absolutamente incompatível com o sistema jurídico-constitucional vigente no Brasil. Do contrário, estaria se condenando o legislador constitucional à impotência, em favor da consagração de um "positivismo constitucional judicial" que suprime a dupla contingência e a relação de alteridade entre os Poderes Legislativo e Judiciário. Neste sentido, cf. respectivamente: BERNAL PULIDO, Carlos. La racionalidad de la ponderación. In: CARBONELL, Miguel; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (org.). *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo.* Lima: Palestra Editores, 2010, p. 54-55. SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade... *op. cit.*, p. 375, nota de rodapé 37; e NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules... op. cit.*, p. 93-94.

valores numéricos, seria possível determinar o "peso concreto" do princípio P-1 em face de P-2, valendo também o raciocínio inverso, hipótese em que seria calculado o "peso concreto" do princípio P-2 diante de P-1. O conteúdo da regra decorrente deste juízo ponderativo decorreria, no pensamento de Alexy e daqueles que adotam sua teoria, do resultado advindo da fórmula do peso. Assim, novamente a título exemplificativo, se ao final da aplicação da fórmula ficar demonstrado que o peso concreto do princípio P-1 em face de P-2 é *maior* que o peso concreto de P-2 em face de P-1 ("Peso concreto de P-1 em face de P-2" > "Peso concreto de P-2 em face de P-1"), a solução do caso deve ser conforme o que determina o princípio P-1, de maior peso concreto no caso em análise[459].

O terceiro elemento da ponderação tem especial relação com seria aqueles casos nos quais a fórmula do peso tem como resultado um empate entre os valores correspondentes ao peso concreto de cada princípio. Em hipóteses nas quais isso acontece, tem lugar a "carga de argumentação", a qual busca resolver o conflito entre princípios inclinando a regra de precedência condicionada em direção contrária ou favorável à manutenção da medida estatal estabelecida. Carlos Bernal Pulido esclarece as duas possibilidades distintas de desfecho da ponderação nas hipóteses em que a fórmula do peso resulta em empate: caso se dê preferência à realização do princípio objetivado pela medida, esta será considerada não desproporcional, privilegiando a liberdade de avaliação do responsável pela emissão da decisão jurídica sob análise; por outro lado, considerar a medida constitucionalmente improcedente consagraria a lógica de um *"in dubio pro libertate"*, declarando como contrária à proporcionalidade e à ordem constitucional a medida restritiva de direito fundamental[460].

Com esta inserção de elementos matemáticos em seu modelo de ponderação, Alexy parece demonstrar uma especial preocupação com estimular a transparência e a fixação de critérios interpretativos rígidos – os quais, se bem não impedem uma ampla margem avaliativa do intérprete-aplicador, pelo menos permite se analisar com maior clareza na argumentação jurídica o caminho interpretativo percorrido para se alcançar tal resultado. Isso

---

[459] BERNAL PULIDO, Carlos. Consideraciones acerca de la fórmula de la ponderación de Robert Alexy… *op. cit.*, p. 121. A fórmula do peso e seu desenvolvimento a partir da substituição das variáveis jurídicas por grandezas matemáticas são mais detalhadamente descritos por Alexy em ALEXY, Robert. La fórmula del peso… *op. cit.*, p. 27 e ss.

[460] Para uma análise mais aprofundada deste movimento dogmático ambivalente das cargas argumentativas, as quais receberam interpretação distinta inclusive internamente à teoria do próprio Alexy, cf. BERNAL PULIDO, Carlos. Estructura y límites de la ponderación. *Doxa*, n. 26, 2003, p. 230-231. Do mesmo autor, cf. BERNAL PULIDO, Carlos. Consideraciones acerca de la fórmula de la ponderación de Robert Alexy… *op. cit.*, p. 121-122.

não pode conduzir o sopesamento, no entanto, à busca de uma exatidão matemática, nem a argumentação jurídica a esforços no sentido de um método geométrico. Os modelos de substituição de variáveis jurídicas por grandezas numéricas permitem apenas uma ilustração e uma operacionalização argumentativa, mas que poderia se dar de outra forma. O relevante é a definição de regras argumentativas claras, parâmetros precisos de valoração, e a formulação coerente e fundamentada de relações de precedência condicionada. Isso ocorrer sem a utilização de recursos matemáticos, cuja complexidade pode alcançar uma magnitude elevada a tal ponto de soarem pouco atraentes aos emissores das decisões jurídicas, permanece plenamente possível[461]. Aliás, mitigado o rigor das preocupações matemáticas do modelo ponderativo, talvez se mostre mais claro que a escala triádica e a fórmula do peso implicam o afastamento de comparações de valores abstratos, aproximando-se mais da ideia de mensuração de *trade-offs*, entre a realização de um princípio e a restrição de outro – tornando comparações mais fáceis ao criar comensurabilidade entre os elementos que serão comparados[462].

Neste sentido, Gloria Patricia Lopera Mesa elenca cinco critérios para verificação da intensidade da intervenção em um direito fundamental, que não necessariamente carecem de preenchimento mediante escalonamentos numéricos. São eles, fundamentalmente: *(i) o alcance da intervenção,* a qual será mais intensa quanto maior o espectro de atuações atingido pela medida restritiva, de modo que, por exemplo, é possível supor que o grau de restrição de liberdade restringido será diretamente proporcional ao grau de generalidade da descrição de um tipo penal, ou à natureza da sanção imposta; *(ii) a probabilidade de que a intervenção ocorra,* aqui compreendida como o quão diretamente relacionada com o direito restringido está a medida; *(iii) a duração da medida constritiva*, o que se relaciona diretamente com a definição do *quantum* punitivo; *(iv) os efeitos lesivos secundários potencialmente advindos de uma criminalização,* que consistiriam na afetação indireta de direitos fundamentais que não aqueles diretamente relacionados à finalidade almejada com a medida, como é o caso do "efeito desalento" de criminalizações desproporcionais[463]; *(v) um juízo comparativo* entre as

[461] Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais... op. cit.,* p. 176.

[462] SILVA, Virgílio Afonso da. Comparing the incommensurable: constitutional rights, balancing and rational decision. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxfor University Press, v. 31, n. 2, 2011, p. 285-287.

[463] O efeito de desalento (*chilling effect*) consiste nas consequências secundárias nocivas de uma proibição em relação ao conjunto de cidadãos, ou o "resultado dissuasório indireto sobre o exercício de um direito fundamental", produzido em decorrência de uma proibição ou sanção jurídicas. Em decorrência da imprecisão descritiva ou de uma excessiva contundência por parte destas, acabam-se fornecendo incentivos contrários à prática de condutas conformes ao direito. Sobre o tema, cf. CUERDA ARNAU, María Luisa. Proporcionalidad penal. Libertad de expresión y efecto de desaliento. Su proyección sobre los nuevos tipos de apología. In:

punições estipuladas para delitos de similar gravidade naquela ordem jurídica específica, e entre a cominada no direito interno e as determinadas em ordens jurídicas estrangeiras para aquele mesmo crime[464]. Já a mensuração da intensidade da satisfação do princípio jurídico que fundamenta a medida restritiva depende da teoria material da constituição adotada, bem como de critérios específicos como a urgência de se alcançar o fim e a inexistência de meios alternativos para fazê-lo[465] bem como o quão fundamental é a consecução de tal princípio para a funcionalidade do sistema social – tanto para assegurar a diferenciação funcional da sociedade, quanto para barrar as comunicações destrutivas e prejudiciais aos seres humanos oriundas de sistemas sociais com tendência expansiva.

Apesar de ser possível utilizar técnicas interpretativas que se voltem à harmonização de princípios no caso de conflitos normativos, a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas, nem há outras situações em que não se mostra possível que estes dois princípios colidentes sejam realizados na máxima medida. Ao contrário, é possível que em alguns casos de colisão a finalidade a ser perseguida exclua a realização do escopo estipulado pelo outro princípio[466]. Em casos como este, de *colisão total de princípios*, tem-se realmente um afastamento da realização de um dos princípios naquele caso concreto, sem que este perca sua validade, estabelecendo-se a relação de precedência condicionada – ou seja, um princípio é afastado na regulação de dado caso concreto, o que não significa que deixe de ter validade e possa ser aplicado em outros casos distintos, podendo prevalecer (conforme a casuística) inclusive sobre o princípio que predominou na hipótese anterior[467]. Em casos de colisão total, evidencia-se a ausência na ponderação de um caráter conciliatório ou da busca de um equilíbrio; ao contrário, é uma técnica por meio da qual não raro um dos princípios é

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; RUSCONI, Maximiliano (dir.). *El principio de proporcionalidad penal.* Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2014, p. 174 e ss.

[464] LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Proporcionalidad y ley penal... op. cit.,* p. 505-511. A autora, entretanto, não prescinde da utilização de fórmulas, adaptando o modelo proposto por Alexy, para fornecer padrões dogmáticos de resolução de casos de conflitos entre direitos fundamentais.

[465] BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales... op. cit.,* p. 783.

[466] ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade... *op. cit.,* p. 16.

[467] SILVA, Virgílio Afonso da . Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, 2003, p. 620-621.

descartado, o que não impede que em outro caso possa prevalecer, tendo em vista que o resultado da ponderação é a fixação de uma hierarquia *móvel*[468].

No direito penal, a proporcionalidade em sentido estrito é usualmente atrelada à proporcionalidade das penas, compreendida como a relação de correspondência gradativa entre comportamento delitivo e sanção. Neste sentido, a última máxima de proporcionalidade é equiparada à exigência de que "exista uma proporção entre a pena e o delito", fazendo referência à correlação sanção-injusto (proporcionalidade abstrata) e sanção-injusto culpável (proporcionalidade concreta)[469].

A controvérsia surge em virtude da diferença destas construções em comparação com outras teorias penalistas, as quais se aproximam em maior medida das concepções constitucionalistas sobre o instituto, trabalhando a proporcionalidade em sentido estrito mais como o sopesamento entre os princípios jurídicos que, em uma situação de concreto conflito normativo, operam contrária e favoravelmente à decisão jurídico-penal avaliada[470]. Nesta linha, Santiago Mir Puig afirma que a última regra de proporcionalidade envolve a verificação da superação ou não dos benefícios obtidos com a medida punitiva, em comparação com os custos que ela implica para os direitos fundamentais que restringe. Detalhando esta segunda possibilidade de preenchimento dogmático da proporcionalidade em sentido estrito, afirma tal autor que esta pode até se relacionar com a correspondência gradativa entre comportamento e consequência jurídica, mas tem uma fundamentação em essência distinta. A proporcionalidade das penas volta os olhos ao passado, para, adotando uma perspectiva *ex post*; estabelecer uma relação de equilíbrio entre seriedade da conduta criminosa e gravidade da pena, buscando com isso manter também uma coerência interna ao sistema de penas

---

[468] GUASTINI, Riccardo. Ponderación: un análisis de los conflitos entre principios constitucionales. Trad. Pedro P. Grández Castro. In: CARBONELL, Miguel; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coord..). *El principio de proporcionalidad en el derecho penal contemporáneo.* Lima: Palestra Editores, 2010, p. 79.

[469] AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal... op. cit.,* p. 275 e ss. Em seu *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal,* entretanto, Teresa Aguado Correa define a proporcionalidade em sentido estrito em outros termos bastante distintos, conceituando-a como o espaço em que "o controle constitucional se centra na relação final que guarda a magnitude dos benefícios obtidos pela norma penal com a magnitude da pena, na não concorrência de um desequilíbrio excessivo entre a sanção e a finalidade da norma". AGUADO CORREA, Teresa. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal... op. cit.,* p. 45.

[470] Assim, Lopera Mesa define que a proporcionalidade em sentido estrito no âmbito penal consiste em uma "ponderação na que tomam parte, por um lado, os princípios jusfundamentais afetados pela definição da conduta proibida e de sua correspondente pena e, por outro, os princípios que ordenam a proteção daqueles bens jurídicos que respaldam a intervenção legislativa. Trata-se de estabelecer se o grau de afetação dos primeiros se vê compensado pelo grau de satisfação dos segundos". LOPERA MESA, Gloria Patricia. Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal. In: MIR PUIG, Santiago; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. (dir.). *Constitución y principios del Derecho Penal:* algunas bases constitucionales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 116.

concretamente considerado. Já a proporcionalidade em sentido estrito se vale de uma postura *ex ante*, buscando identificar as consequências *futuras* da intervenção jurídico-penal, com vistas a assim impedir que os custos que ela acarreta superem os benefícios objetivados – e apenas neste sentido se considera a gravidade do comportamento alvo da proibição ou sanção jurídica[471].

A questão é enfrentada minuciosamente por Irene Navarro Frías, para quem as duas concepções, apesar de dotadas de evidentes diferenças, possuem pontos de contato que permitem uma aproximação – não obstante a autora declaradamente equivaler a proporcionalidade das penas ao juízo ponderativo próprio da proporcionalidade em sentido estrito, em discordância com a perspectiva de valoração de custos e benefícios e também como modo de colocar freios à busca estatal por eficiência por intermédio do poder punitivo. A tese de Navarro Frías parte do pressuposto, primeiramente, de que os *benefícios* almejados pela intervenção estatal tem correlação direta com a gravidade do delito, porém aqui mediante uma compreensão mais marcadamente *positiva*: quanto maior a gravidade da agressão abrangida pela proibição jurídico-penal, maior será a medida em que tal proibição e a consecução da punição contribuirão à proteção ao bem jurídico – ou, ainda, à funcionalidade do sistema social. Do mesmo modo, os *custos* ensejados pela medida punitiva se relacionariam justamente à gravidade da punição, todavia somada com a valoração de outros elementos secundários, tais como o "efeito desalento" possivelmente decorrente da proibição[472].

Realmente, a proporcionalidade das penas pode integrar o juízo de proporcionalidade em sentido estrito, especialmente por este abranger uma *proibição de exigência do insuportável*. Compreende-se como insuportável a exigência quando se atribui ao afetado pela

---

[471] Deste modo, a estrita proporcionalidade entre crime e pena ganha contornos completamente diferentes, não se confundindo, segundo Mir Puig, com o juízo comparativo que toma a seriedade do delito como um fato do passado. Aqui, a gravidade da conduta criminosa é levada em consideração por ser a mesma gravidade de outros delitos que se quer evitar por meio da imposição da punição. MIR PUIG, Santiago. *Bases constitucionales del derecho penal.* Madrid: Iustel, 2011, p. 121-125

[472] A autora, no entanto, mostra-se bastante reticente e restritiva em integrar estas consequências secundárias no juízo de proporcionalidade em sentido estrito, ao que parece justamente por relacionar este mais estritamente à definição da natureza e quantidade das punições. De todo modo, sua teoria é bastante crítica à transposição incondicionada da concepção constitucionalista e administrativista da proporcionalidade ao campo penal, afirmando que este possui peculiaridades decorrentes de seu caráter punitivo – logo, mais voltado ao passado. A perspectiva de Navarro Frías, no entanto, acaba incorrendo em extremos como considerar a punição como um *fim*, pelo fato de constituir a reação integrante da cadeia de causa e efeito. NAVARRO FRÍAS, Irene. El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios? In: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; RUSCONI, Maximiliano (dir.). *El principio de proporcionalidad penal.* Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2014, p.424-433, 439 e ss.

decisão jurídica o dever de que aceite uma restrição muito intensa em seus direitos fundamentais, injustificável de acordo com as circunstâncias concretas, avaliando-se esta intensidade de acordo com as necessidades, interesses e planos individuais de vida do afetado, sempre à luz das razões que favorecem a manutenção da medida restritiva que realiza o princípio contraposto. A situação pessoal do afetado pela decisão jurídica (penal inclusive) integra o próprio cerne do juízo ponderativo, conjugando-os com a perspectiva *da comunidade* sobre a capacidade de suporte dos encargos pelo afetado[473]. Daí a definição de situações insuportáveis e inexigíveis ao afetado em virtude da excessiva contundência da medida restritiva, como é o caso da pena, ser um amplo campo de aplicação da ponderação[474].

No entanto, equivaler de modo absoluto a proporcionalidade das penas à última das máximas de proporcionalidade em sentido amplo conduziria a uma junção de estruturas dogmáticas inconfundíveis, bem como a uma brusca redução do alcance da proporcionalidade em sentido estrito, a qual não se limita à delimitação da natureza e extensão das sanções penais. A proporcionalidade penal propriamente dita possui um conteúdo bem definido e aplicável diretamente aos casos concretos – crime e pena devem guardar entre suas respectivas grandezas uma relação de equilíbrio gradativo –, sendo variáveis apenas os critérios que direcionam as análises relacionadas à concretização desta regra penal.

Já a proporcionalidade em sentido estrito, além de conter uma estrutura argumentativa mais complexa e completamente distinta, não fornece uma já pronta razão definitiva para decidir. Em outras palavras, não indica um resultado antecipado, antes se constituindo, na maioria dos casos, apenas em uma regra *procedimental*, orientada a desafiar a justificação de uma intervenção em um direito fundamental, por meio da previsão de uma sequência de testes formais de verificação de compatibilidade constitucional. Ademais, a técnica da ponderação possui um âmbito de aplicação muito mais amplo[475] em comparação com a proporcionalidade

---

[473] CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional... op. cit.* p. 271-282.

[474] Importante destacar que esta avaliação não se confunde com aquela realizada na máxima de necessidade, que avalia a gravidade da intervenção em comparação com outros meios alternativos de igual idoneidade, podendo culminar na conclusão pela desnecessidade da pena concreta quando o resultado almejado puder ser logrado por intermédio destas alternativas. Na proporcionalidade em sentido estrito, trata-se da definição de uma excessiva contundência não em atenção a meios alternativos, mas a princípios jurídicos que jogam em sentido contrário à manutenção da medida restritiva na ordem jurídico-constitucional – juízo de natureza distinta dogmaticamente, ainda que o resultado prático final seja a não imposição concreta da pena.

[475] Aparentemente seguindo esta linha, Carmen Lamarca Pérez afirma que a proporcionalidade em sentido estrito implica um juízo de valor no momento de fixar a importância do bem jurídico protegido, a intensidade desta proteção por meio da formulação do tipo penal, a gravidade da pena e a extensão da limitação da liberdade de atuação por meio da proibição jurídico-penal, e também no estabelecimento das premissas empíricas que fundamentam o grau de segurança, probabilidade ou possibilidade de que a proibição ou sanção sejam

das penas, abrangendo inclusive categorias próprias da teoria do delito e decisões sobre a punibilidade em situações de conflito de interesses ou princípios constitucionais.

O discurso jurídico em torno da definição do injusto penal, por exemplo, envolve um procedimento argumentativo erigido a partir de uma orientação teleológica voltada à proteção de direitos fundamentais, o que passa pela demonstração crítica e argumentativa de que a restrição à liberdade de atuação se justifica diante da ofensa a interesses socialmente relevantes. Este ônus de justificação envolve o perpasse das duas primeiras etapas da proporcionalidade em sentido amplo – idoneidade e necessidade –, mas desempenha papel fundamental nesta construção do injusto a proporcionalidade em sentido estrito, momento em que se espera a realização de uma ponderação entre os fundamentos da restrição e as razões favoráveis à manutenção do espaço de livre atuação restringido[476]. É neste sentido também que José Antonio Caro John sustenta a utilização de um juízo ponderativo para delimitar a diferença entre risco permitido e proibido nas análises relacionadas à imputação objetiva, de modo a que esta técnica interpretativa sirva à própria verificação da presença ou não de um conteúdo de injusto naqueles casos em que a intervenção jurídica decorra de uma relação conflituosa entre direitos fundamentais[477].

A proporcionalidade pode também ser utilizada como critério para verificação de casos de atipicidade material por ausência de uma *desvalor normativo de resultado,* hipóteses

---

concretizadas. A autora define ainda a natureza apenas procedimental do teste da proporcionalidade em sentido estrito, ressaltando que não fornece por si só uma regra de decisão. LAMARCA PÉREZ, Carmen. *El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las leyes penales.* Madrid: Colex, 2011, p. 93.

[476] Ainda neste sentido, Juarez Tavares estabelece uma relação entre proporcionalidade e tipicidade, partindo de uma análise sobre a função sistemática do tipo penal, no sentido de este desempenhar um papel de referência para identificação do conflito social objeto da regulação jurídica. A delimitação deste objeto permite uma segmentação da Parte Geral do Código Penal e a diferenciação dos delitos, com repercussão direta sobre o "papel delimitativo da norma penal". Esta, por fim, deveria necessariamente estar orientada pelo critério da proporcionalidade, "que está inserido sempre não apenas na sanção, como se costuma enfatizar, mas principalmente na definição dessas respectivas condutas". TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal... op. cit.,* p. 81 e 173. Já Teresa Aguado Correa, embora vinculando de modo mais rígido a proporcionalidade em sentido estrito com a relação de correspondência gradativa entre comportamento e pena, também situa o juízo acerca da proporcionalidade em sentido estrito no injusto penal – negando que esta esteja situada na culpabilidade, a qual se preocupa, segundo a autora, com a possibilidade de atribuição do injusto. Cf. AGUADO CORREA, Teresa. *Principio de proporcionalidad en derecho penal... op. cit.,* p. 309-314.

[477] Segundo Caro John, em contextos "em que a solução ao conflito jurídico não passa pelo estabelecimento da relevância típica da conduta a partir da fixação de regras, mas sim pela determinação de quando se produz o conflito entre dois direitos fundamentais, como é o caso do conflito entre a liberdade de expressão e o direito à honra, a imputação objetiva explica o risco permitido com base em uma solução distinta: com a teoria da ponderação". CARO JOHN, José Antonio. A ponderação entre o direito à honra e o direito à liberdade de expressão... *op. cit.,* p. 262-263. Adotando posição contrária à utilização da valoração de custos e benefícios como método de aferição do risco permitido, cf. JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en el derecho penal.* Trad. Manuel Cancio Melía. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 1996, p. 45-47.

estas de aplicação do "princípio da insignificância", o qual pode decorrer de uma ponderação entre princípios constitucionais contrapostos naquele conflito penal[478]. Neste âmbito também se insere o caráter fragmentário do direito penal, o qual é neste caso deslocado da máxima de necessidade, em virtude de não ser analisado em atenção a outros meios alternativos de regulação jurídica ou extrajurídica, mas sim tendo em conta apenas e tão somente o desvalor de resultado daquele comportamento unicamente considerado[479]. De modo similar, considerando a inexigibilidade de conduta diversa para além da culpabilidade, compreendendo-a como um *princípio normativo* ou *regulativo* que atua desde o momento da formulação de tipos penais, também guarda ela relação direta com a proporcionalidade em sentido estrito. Neste sentido, o instituto faz padecer de atipicidade aqueles deveres jurídico-penais que impõem comportamentos incompatíveis com os padrões de normalidade comportamental, sendo por esta razão desproporcional em sentido[480].

A proporcionalidade e a técnica da ponderação, nestes e em outros casos, são utilizadas para delimitar a própria separação entre o penalmente típico e atípico, situando-se na definição do conteúdo de injusto, raciocínio no qual a gravidade da sanção constitui no máximo um dos elementos a serem considerados.

Além disso, é a ponderação no âmbito da última máxima de proporcionalidade que abre espaço para uma maior liberdade decisória por parte dos intérpretes-aplicadores do direito penal, de modo a possibilitar mecanismos de renúncia à pena por motivos que transcendem a avaliação de injusto e culpabilidade. A renúncia à sanção, nestes termos, seria determinada em consideração a finalidades de outros segmentos do sistema jurídico (as quais

---

[478] O juízo de proporcionalidade, verificando se a intervenção justifica a intensidade da restrição em uma valoração de custo-benefício, integra uma das maneiras de se verificar a presença de atipicidade material, entendida como aquela decorrente da ausência de um resultado penalmente relevante como consequência do comportamento, inexistindo em tais hipóteses um "*desvalor normativo de resultado* sob a ótica da *proporcionalidade*, seja porque a irrelevância da lesão não afeta *expectativas de convivência* nem atrapalha o *funcionamento* do modelo democrático de direito". BOTTINI, Pierpaolo et al. A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: análise estatística de julgados. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 20, n. 98, set.-out., 2012, p. 123. A insignificância encontra-se presente naqueles casos nos quais a lesão oriunda da conduta em tese proibida é tão rasa que se outra inviável, inclusive sob um prisma teleológico, a aplicação da punição, de modo a se excluir do direito penal, porque atípicos, aqueles comportamentos de insignificante ofensividade. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal... op. cit.*, p. 184-189.

[479] Inserindo o caráter fragmentário do direito penal na proporcionalidade em sentido estrito, cf. ARROYO ZAPATERO, Luis. Derecho penal económico y constitución… *op. cit.*, p. 6.

[480] AGUADO CORREA, Teresa. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal... op. cit.*, p. 46 e 59-61. Mais detalhes sobre o tema também em AGUADO CORREA, Teresa. Manifestaciones del principio de inexigibilidad de otra conducta en las categorías del delito. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima: IDEMSA, n. 17, 2005, p. 53-84.

poderiam restar maculadas em caso de aplicação da punição); ou, ainda, a considerações especificamente jurídico-constitucionais que forneçam razões consideráveis para que a pena não seja aplicada no caso concreto[481]. Isso significa na realidade uma nova compreensão do processo interpretativo que culmina na determinação e aplicação da pena. Tendo em vista as razões jurídico-constitucionais que influem sobre este processo, deixa a imposição da sanção de ser um juízo mais linear de subsunção, ganhando em complexidade ao levar em consideração os direitos fundamentais afetados pela punição, ponderando-os ainda com as finalidades perseguidas por esta[482].

Ponderações desta natureza, que integram o próprio cerne da proporcionalidade em sentido estrito, demonstram que tanto esta não se confunde com a proporcionalidade das penas que as duas podem inclusive colidir em casos concretos. A questão fica mais evidente nos mecanismos penais de justiça colaborativa, especialmente nas hipóteses legais de colaboração por parte de acusados e investigados com o sistema de justiça criminal, em troca de benefícios penais processuais e materiais – o que pode incluir, a depender das peculiaridades da normatização legal, a possibilidade de diminuição da pena ou mesmo a não aplicação desta[483]. As exigências de correlação gradativa entre comportamento e punição

---

[481] WOLTER, Jürgen. Estudios sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, sobreseimiento del proceso, de la renuncia de la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal u la determinación de la pena. Trad. Guillermo Benlloch Petit. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg. *El sistema integral del derecho penal:* delito, determinación de la pena y processo penal. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 37. Especificamente sobre o instituto da renúncia à pena no direito alemão, reforçando seus vínculos com interesses de política criminal, cf. HASSEMER, Winfried. La "renuncia a la pena" como instrumento de política criminal. Trad. Joan Josep Queralt. In: MIR, Santiago (ed.). *La reforma del derecho penal*, tomo II. Barcelona: Bellaterra, 1981, p. 107 e ss. Sobre a possibilidade de compatibilização do instituto da renúncia à pena com as finalidades preventivo-gerais da punição, cf. SCHROEDER, Friedrich-Christian. A renúncia à sanção no direito alemão... *op. cit.*, p. 68-69.

[482] ARIAS HOLGUIN, Diana Patricia. Proporcionalidad, pena y principio de legalidad. *Revista de Derecho*, Barranquilla: Ediciones Uninorte, n. 38, jul.-dez. 2012, p. 151-152.

[483] No Brasil, é o caso, por exemplo, da Lei nº 12.850/2013, a qual prevê a possibilidade de o intérprete-aplicador, em acordo de colaboração premiada, "conceder perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal", sob determinadas condições. Especificamente sobre o instituto da colaboração premiada na lei brasileira de organizações criminosas, cf. PINTO, Ronaldo Batista. A colaboração premiada da Lei nº 12.850/2013. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo: Editora Magister, Ano X, n. 56, out.-nov. 2013, p. 24-29. Há, no entanto, diversos outros mecanismos de justiça penal colaborativa no direito brasileiro, com diferentes características e com previsão de distintos graus de benefícios penais. Para um estudo do modelo brasileiro destes mecanismos, abordando a evolução legislativa sobre a matéria, cf. BITTAR, Walter Barbosa. Delação premiada no Brasil e na Itália: uma análise comparativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Ano 19, n. 88, jan.-fev. 2011, p. 239-258. Especificamente sobre a celebração de acordo de leniência no âmbito do direito brasileiro antitruste, e seus respectivos impactos sobre o campo penal, cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Considerações penais sobre o acordo de leniência na realidade antitruste. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. São Paulo: GZ Editoria, 2014, p. 561-586.

poderiam se mostrar de difícil compatibilização com a concessão destes benefícios, uma vez que por meio dos mecanismos de colaboração se estaria a punir distintamente, ou mesmo *não* punindo, agentes que praticaram comportamentos ilícitos similares ou idênticos[484]. Entretanto, são juízos próprios da proporcionalidade em sentido amplo que potencialmente fundamentam a formulação destes mecanismos colaborativos e a concessão destes benefícios em nome da persecução de outras finalidades penais e extrapenais (inclusive jurídico-constitucionais), participando deste processo ponderações de interesses ou de princípios constitucionais características da estrutura da última etapa aplicativa da proporcionalidade.

A procedimentalização da proporcionalidade opera ainda no comportamento decisório daqueles órgãos responsáveis pela persecução penal, cuja atuação repercute sobre o sistema jurídico na condição de comunicação carregada de sentido[485]. Daí a propagação das regras de oportunidade como referenciais regulativos das atividades das instituições de acusação penal, conferindo possibilidade de não dar início à persecução penal, de dela abdicar no caso de já ter sido iniciada, de realizá-la de modo abrandado ou mesmo de suspendê-la, quando houver razões suficientes para tanto[486] – inserindo no raciocínio acusatório uma orientação a finalidades[487] e ponderações próprias do juízo de proporcionalidade[488]. A questão envolve

---

[484] Neste sentido, RASCOVSKI, Luiz. A (in)eficiência da delação premiada. In: INSTITUTO DE ESTUDOS AVANÇADOS DE PROCESSO PENAL - ASF. *Estudos de processo penal.* São Paulo: Scortecci, 2011, p. 143.

[485] SAAD-DINIZ, Eduardo. Regras de proporcionalidade e oportunidade na interpretação penal... *op. cit.*, p. 479.

[486] A oportunidade no processo penal é definida como a possibilidade de que os órgãos persecutórios do sistema de justiça criminal, com base em razões diversas de política criminal e processual, deixem de dar início à ação penal; procedam à suspensão provisória de uma ação já iniciada; limitem sua extensão subjetiva e objetiva; ou abdiquem de seu prosseguimento antes do proferimento da sentença, mesmo nas hipóteses em que estejam satisfeitos todos os requisitos para acusar e punir. YANCARELLI, Lucas. Enfoque constitucional de la acción penal y el principio de oportunidad. *Revista de Derecho Penal y Procesal*, n. 5, 2013, p. 956. A oportunidade pode ser diferenciada entre "livre" e "regrada". A primeira seria aquela que confere a ausência de condições e restrições à livre formulação das decisões sobre a abstenção da acusação ou de seu exercício diferido, enquanto que a segunda expressa que são as normas de cada sistema jurídico-penal concreto que delimitam as hipóteses em que podem operar as regras de oportunidade. Dentre as finalidades que dariam sustentação à adoção de tais regras estariam: *(i)* evitar potenciais consequências criminógenas das penas privativas de liberdade de curta duração; *(ii)* oferecer mecanismos voluntários de prevenção especial positiva nos casos de sobrestamento da persecução; *(iii)* o estímulo à reparação do dano e a implementação de instrumentos transacionais em direito penal; e *(iv)* motivos de economia processual. AGUADO CORREA, Teresa. El principio de proporcionalidad en derecho penal... *op. cit.*, p. 444-445 (nota 177) e 459.

[487] Assim, uma das possibilidades de aplicação das regras de oportunidade são quando levar a cabo a acusação penal se contrapuser ao fomento de interesses ou utilidades públicas, as quais seriam concretizadas a partir da constatação de uma "escassa lesão social produzida pelo delito e/ou falta de interesse público na persecução". FRANCÉS LECUMBERRI, Paz. El principio de oportunidad y la justicia restaurativa: mediación, conciliación y reparación en la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor. *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 4, out. 2012, p. 6. Disponível em: <www.indret.com/pdf/921.pdf>. Acesso em: 20 Fev. 2014. Em crítica, defendendo vias de descriminalização mais próprias das categorias de direito penal material, Hassemer: "deve se observar que o princípio da oportunidade não é o instrumento correto para afastar incriminações (*desincriminación)*. Isso pertence mais ao Direito Penal material. Seria uma burla do sistema, de

uma etapa posterior à avaliação da existência ou não de um injusto culpável, abrangendo o preenchimento de "condições objetivas da punibilidade", cuja não satisfação conduziria a excluir a imposição da pena ou mesmo a adoção das regras de oportunidade pelos órgãos de persecução penal[489].

O que se verifica é que não só a estrutura argumentativa da máxima de proporcionalidade em sentido estrito difere da proporcionalidade das penas, como aquela possui ainda um campo de aplicação muito mais amplo e eleva o processo de conformação do direito penal a um patamar muito mais elevado de complexidade. A proporcionalidade em sentido amplo, em todos estes exemplos, media as tensões presentes na busca de um equilíbrio entre autorreferência e heterorreferência do sistema jurídico-penal, possibilitando que este receba do entorno irritações que não comprometam o fechamento operativo e ao mesmo tempo incremente as trocas comunicativas intersistêmicas – o que pode, inclusive, contradizer as exigências de correspondência gradativa entre delito e sanção, quando houver razões extrapenais (jurídico-constitucionais) neste sentido[490].

---

um ponto de vista teórico, e politicamente uma defraudação da coletividade, promulgar publicamente nas leis penais incriminações (de bagatelas, por exemplo) para excluí-las clandestinamente por meio do direito penal. Assim, quanto mais se oriente o Direito Penal material aos princípios de proporcionalidade e oportunidade, menos oportunidades restarão para um processo penal oportunista". Hassemer alerta ainda que, a seu ver, é necessário colocar limites ao "cálculo de utilidades" próprio do juízo de oportunidade, afirmando não se justificar político-criminalmente a obtenção apenas de benefícios imediatos (como a desarticulação de organizações terroristas), desconsiderando os riscos a longo prazo da adoção de um direito regulado pela ideia de oportunidade. Segundo o autor, quem despreza a persecução e punição de delitos graves por "cálculos estratégicos de índole criminalística ou política" acaba por prejudicar a confiança dos jurisdicionados na igualdade do direito penal e na própria administração da justiça. HASSEMER, Winfried. La persecución penal: legalidad y oportunidad. Trad. M. A. Cobos Gómez de Linares. *Revista de Derecho Penal*, n. 2, 2001, p. 71-72. Teresa Aguado Correa adota posição similar, sustentando uma saída descriminalizadora mais construída com as categorias de direito penal material, possibilitando a exclusão dos casos como a insignificância ou desproporcionalidade. AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal... op. cit.*, p. 469-470.

[488] Como exemplo da aplicação das regras de oportunidade por motivos de matiz constitucional, Sérgio Salomão Shecaira destaca a adoção pela Constituição brasileira do "direito à proteção especial" da criança e adolescente, por força ainda da Convenção sobre os Direitos da Criança, afirmando que no plano do direito penal juvenil o Ministério Público "não se obriga a representar (oferecer denúncia) à autoridade judiciária", a qual tampouco está obrigada a aplicar a medida socioeducativa. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 147-148.

[489] Renato de Mello Jorge Silveira desenvolve esta ideia vinculando as regras de oportunidade com a possibilidade de manejar a adequação social em direito penal, pretendendo, a partir da perspectiva de um sistema integral de delito que integra o direito penal material com o direito processual, relacionar as categorias da teoria do delito com institutos processuais e com "premissas constitucionais". SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal... op. cit.*, p. 253-267.

[490] O exemplo mais significativo advém do direito penal juvenil, em que ocorre uma "atenuação da ideia de proporcionalidade" das penas, permitindo que as medidas socioeducativas sejam aplicadas com uma menor gravidade e intensidade do que ocorreria no caso das penas do direito penal aplicadas a adultos. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil... op. cit.*, p. 151.

Aplicada ao campo da pena propriamente dita, a proporcionalidade em sentido estrito – enquanto máxima parcial de uma proporcionalidade ampla – guarda relação direta ainda com a definição acerca das finalidades da pena a serem observadas pelo responsável pela decisão jurídico-penal, especialmente tendo-se em vista a proporcionalidade como uma regra interpretativa que necessariamente envolve um juízo de meio-fim e princípios constitucionais contrapostos. Um pensamento sistemático da dogmática jurídico-penal não pode se dissociar da fundamentação da pena, sob risco de deslegitimação da própria intervenção restritiva. E isso porque careceria de sentido uma reação comunicativa – uma tipificação, uma cominação de pena, uma aplicação sancionatória concreta – inidônea, da mesma forma que a imposição de um mal desprovido de sentido é inaceitável[491].

No caso da influência da discussão acerca dos objetivos da punição no juízo de proporcionalidade, não se trata de definir de modo absoluto finalidades irrevogáveis, como se pudessem ser qualificadas como as únicas possíveis de serem escolhidas em sistemas jurídicos caracterizados pelo dissenso estrutural acerca do conteúdo dos deveres veiculados em suas comunicações. O problema consiste no fato de que distintos *princípios distributivos* dos castigos – retribuição, reabilitação, incapacitação, dentre outros – podem direcionar as decisões jurídico-penais a rumos distintos e em certa medida incompatíveis entre si: uma pena voltada à inocuização do sujeito, por exemplo, é dotada de uma natureza e extensão que em pouco se assemelha às características das punições direcionadas a tão somente retribuir o delito de modo proporcional. A questão central envolve a busca por referenciais regulativos que permitam articular racionalmente estas distintas finalidades, possibilitando verificar se o fato de a decisão ser orientada a este ou àquele fim parte de critérios jurídicos racionais, e se é juridicamente sustentável a conjugação de escopos punitivos distintos naquele caso concreto. Por outro lado, permite também averiguar se, ao contrário, a distribuição do castigo decorreu tão somente de preconcepções do emissor da comunicação, servindo as distintas finalidades punitivas à fundamentação formal da decisão. São estas as considerações que fazem Paul H. Robinson a definir que a ausência de um critério articulador entre os "princípios distributivos" da pena, bem como a junção irrefletida de distintas finalidades de difícil compatibilização

[491] PAWLIK, Michael. *Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo.* Trad. Eduardo Saad-Diniz. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 28. Pawlik dá preferência a concepções funcionalistas dos fins da pena que consagram um escopo de retribuição, mas com objetivo de equiparação do agir destrutivo a um agir construtivo, criando-se a necessidade de restabelecimento do *status quo ante* por parte do condenado para manutenção do ordenamento de liberdade, na medida do possível. Percebe-se um caráter de retribuição na pena não de um ponto de vista negativo, mas *positivo*, visto que o autor do delito deveria restabelecer as relações jurídicas que por sua vontade perturbou. Cf. PAWLIK, Michael. *Teoria da ciência... op. cit.*, p. 21-26.

entre si, conduzem os comportamentos decisórios no direito penal ao terreno das arbitrariedades[492].

Trabalhar o direito penal e suas finalidades como decorrência de sucessivos processos de seleção de expectativas normativas, que pendulam entre a ampliação e a restrição de direitos, de forma a sustentar a funcionalidade de um sistema cuja integridade e fechamento operativo dependem da salvaguarda de direitos fundamentais, faz com que a proporcionalidade seja ao menos um primeiro passo na definição destes necessários referenciais de articulação, para envolver não só finalidades punitivas contrapostas, mas também preservar os direitos fundamentais afetados pela regulação jurídica. A questão, entretanto, passa necessariamente pela explicitação pelos emissores das decisões jurídicas acerca das finalidades que atribuem a estas, implicando ainda um esforço argumentativo por parte destes em articular os objetivos e direitos fundamentais que possam vir a se contradizer nos concretos conflitos penais. Neste sentido, a ponderação, própria da proporcionalidade em sentido estrito, serve como um passo inicial em direção a uma interpretação procedimentalizada e mais racionalmente justificada.

[492] ROBINSON, Paul H. *Principios distributivos del derecho penal:* a quién debe sancionarse y en qué medida. Trad. Manuel Cancio e Iñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 47-49.

3.5. Algumas críticas à proporcionalidade e à técnica da ponderação.

3.5.1. Críticas de Matthias Jestaedt

Matthias Jestaedt reconhece os méritos da teoria da ponderação de Alexy, enumerando quatro vantagens principais advindas do modelo em questão. Primeiramente, tem um mérito de haver conseguido alguma racionalização no processo decisório e na interpretação jurídica por meio do uso da proporcionalidade. Em segundo lugar, decorre de tal teoria a atribuição de um ônus argumentativo que torna mais preciso e metódico o desenvolvimento interpretativo, sendo possível, a partir da *fórmula do peso*, verificar com precisão quase matemática os valores atribuídos pelo responsável pela decisão a cada elemento analisado, e que culminaram no resultado final do processo de concretização normativa. Além disso, traz ao plano real e concreto princípios antes existentes em patamares demasiadamente abstratos, por conseguinte de difícil operacionalização na tutela dos direitos fundamentais. Por fim, a construção teórica de Alexy em torno da proporcionalidade difundiu-se com sucesso na jurisprudência alemã e internacional, de certa forma logrando compreender a atividade decisória no âmbito da jurisdição constitucional. Jestaedt, entretanto, afirma a existência de problemas teóricos e práticos na ponderação, muitos dos quais decorrentes de uma sobrecarga da ponderação e de sua capacidade de rendimento. Trata-se primordialmente de uma "estrutura teórico analítica dos direitos fundamentais desde a perspectiva do observador", delimitando-se especialmente no comportamento normativo em casos de colisão. Todavia, a técnica ponderativa acabou se propondo a uma abordagem totalizante, que busca abranger todos os conflitos jurídico-constitucionais[493] no plano dos princípios, prejudicando a própria funcionalidade do teste de proporcionalidade – especificamente em sentido estrito – para a interpretação e argumentação jurídica[494].

---

[493] "Em uma leitura resumidamente ampla, esta teoria não se dirige apenas a reconstruir os tradicionais princípios jurídicos como mandamentos de otimização, mas sim a reconstruir a argumentação prática em geral com o esquema explicativo de mandamentos de otimização e lei da ponderação. A este respeito, a teoria principialista pretende oferecer, se não a única, ao menos a melhor teoria possível da argumentação prática. Em sua versão de teoria da argumentação, a teoria dos princípios já não constitui uma teoria especificamente jurídica, mas uma teoria universal da argumentação prática que eleva a pretensão de haver encontrado, com a lei da ponderação, a 'fórmula do mundo' da teoria da argumentação para os discursos práticos". POSCHER, Ralf. Aciertos, errores y falso autoconcepto de la teoría de los principios. Trad. Daniel Oliver-Lalana. In: SIECKMANN, Jan-R. (ed.). *La teoría principialista de los derechos fundamentales:* estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 87.

[494] JESTAEDT, Matthias. La teoría de la ponderación: sus fortalezas y debilidades. Trad. Irgmard Kleine. In: MONTEALEGRE, Eduardo (coord.). *La ponderación em el derecho.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 84-88.

Com base nisso, o autor elenca algumas daquelas que, a seu ver, constituiriam as principais debilidades do modelo de ponderação tal como construído por Alexy e pela jurisprudência alemã. A primeira delas seria a *estrutura circular da fundamentação de princípios*: quando a teoria principialista de Alexy determina a diferença entre princípios e regras conforme o comportamento destas normas nas hipóteses de colisão, tratando simultaneamente de comprovar a própria existência destas categorias normativas segundo seus respectivos comportamentos em casos de conflito, é fechado o círculo lógico da teoria, dele não se permitindo saída. A ponderação afirma como resolver conflitos entre princípios sem antes responder *se* e *quando* se dá uma colisão entre duas normas-princípio. Daí a circularidade inescapável: uma norma é um princípio quando pode ser submetida à lei da ponderação, mas só se submete à lei da ponderação se for um princípio. À técnica da ponderação está relacionada ainda a segunda crítica de Jestaedt, no sentido de que diferenciar conflitos de regras e princípios não é tão simples, de maneira que o autor nega que o comportamento de colisão de regras e princípios possa se dar sempre da mesma maneira e sem sujeição a dúvidas – reforçando a existência de outras formas de solução de conflitos jurídico-constitucionais que não passam por um modelo ponderativo de interpretação[495].

A ponderação apresentaria ainda *problemas metodológicos*, especialmente no que concerne aos *padrões situacionais*: promete ela uma estrutura aplicativa voltada a uma segurança jurídica e decisória que não é capaz de alcançar, tendo em vista que, embora fixe parâmetros abstratos com uma pretensa objetividade quase matemática, não esclarece como o aplicador deve determiná-los e preenchê-los no caso concret. Na opinião de Jestaedt, isso faria com que a pretensa exatidão da ponderação se tornasse apenas aparente, quando na realidade constituiria um instrumento analítico formal que permite a expressão de intuições morais de maneira procedimentalizada. Os *standards* situacionais mencionados por Jestaedt carregariam consigo problemas não só metodológicos, mas também *dogmáticos*; afinal, se os princípios são deveres *prima facie*, mandamentos de otimização conforme as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, tem-se o *caso* regulando a *norma*, em uma *lex situationis* que privilegia a figura dos tribunais em um perigoso prejuízo do direito legislado. A este

[495] JESTAEDT, Matthias. La teoria de la ponderación… *op. cit.*, p. 88-96. Para uma descrição de outros critérios alternativos à proporcionalidade para resolução de conflitos jurídico-constitucionais envolvendo direitos fundamentais, cf. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales... op. cit.*, p. 257 e ss.; e KUMM, Mattias. Mas allá del principio de proporcionalidad: el pluralismo estructural de los derechos fundamentales en el derecho de los constitucionales de los Estados Unidos. Trad. Daniel Oliver-Lalana. In: SIECKMANN, Jan-R. (ed.). *La teoría principialista de los derechos fundamentales:* estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 273-296.

problema dos padrões situacionais relaciona-se ainda o fato de que a teoria de Alexy conduz a dogmática jurídica a seu *ponto zero*, tendo em vista que não se dedica a outra finalidade que não fornecer parâmetros para se decidir racionalmente o caso concreto com base em todos os fatos relevante – todavia, propõe a retirada da estrutura e capacidade ordenadora do direito legislado fornecendo em substituição apenas categorias abstratas e imprecisas, o que denotaria uma discrepância entre o valor explicativo e o valor orientador do modelo ponderativo[496].

Esta desvalorização do direito legislado decorreria ainda da *constitucionalização do ordenamento jurídico* que o cerne da teoria principialista de Alexy implica[497]. Neste sentido, a pretensão de universalidade da teoria da ponderação, interpretando extensivamente os direitos fundamentais e elevando quase a totalidade das normas jurídicas a um patamar constitucional, paradoxalmente mitigaria o próprio *status* prioritário da constituição e sua força normativa, minando as possibilidades de dar primazia ou estabelecer escolhas dentro de uma moldura constitucional[498]. São constatações similares que, no Brasil, levam Humberto Ávila a afirmar que a ponderação conduz a ordem jurídica a um "anti-escalonamento", tendo em vista que as complexas relações de hierarquia normativa são reduzidas a um só nível (constitucional): se os princípios sempre devem ser utilizados direta e indiretamente, sempre o serão, pois sempre terão condições de funcionar como fundamento decisório, relegando a um papel secundário todas as outras manifestações e categorias normativas[499].

---

[496] JESTAEDT, Matthias. La teoria de la ponderación… *op. cit.*, p. 96-102.

[497] Guastini define este movimento de constitucionalização como "um processo de transformação de um ordenamento ao termo do qual o ordenamento em questão resulta toatalmente 'impregnado' pelas normas constitucionais. Um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição extremadamente invasora [...], capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário, a ação dos atores políticos, assim como as relações sociais". GUASTINI, Riccardo. A "constitucionalização" do ordenamento jurídico: o caso italiano. Trad. José María Lujambio. In: . In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s).* 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, p. 49.

[498] "Se, por tendência, tudo tem *status* constitucional, o *status* (prioritário) da Constituição perde sua importância. Onde tudo tem importância prioritária, já não se pode dar resposta a nenhuma pergunta legal por meio da primazia ou prioridade de categoria, nem se pode guiar nenhuma relação jurídica". JESTAEDT, Matthias. La teoria de la ponderación… *op. cit.*, p. 102-107.

[499] Na opinião de Ávila, no entanto, não é a ponderação, por si só, que conduz o direito a um movimento de constitucionalização, de desvalorização das normas-regra e da função legislativa, ou mesmo a um subjetivismo decisório. Tais fatores seriam consequências negativas da concepção de ponderação que possibilita aos princípios constitucionais serem empregados como fundamentos decisórios em todas as situações, independentemente da existência ou não de regras que regulam aquela mesma relação conflituosa. ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 17, jan.-mar. 2009, p. 7-8 e 10. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>. Acesso em: 25 Fev. 2015.

Argumenta Jestaedt ainda que a subsunção não ocorre para o exegeta de maneira tão automática como pontua a teoria de Alexy; e, quanto às decisões oriundas da ponderação, a teoria afirma que seria esta apenas uma forma de *conhecer* o direito, negando à decisão o caráter produtor de normas jurídicas. Isso entraria em conflito também com a tese de que a ponderação não fornece como resultado final uma única decisão possível: se a técnica ponderativa apenas descobre um direito pré-concebido e pré-existente, restaria pouco claro como dela poderiam decorrer duas decisões distintas a respeito de um mesmo objeto de regulação jurídico-constitucional – e negando, por fim, espaços de efetiva criação normativa por parte dos responsáveis pela interpretação e aplicação do direito[500].

Longe de afastar sua incidência como relevante critério interpretativo nos conflitos jurídico-constitucionais que envolvem princípios em relação de concreta contraposição, o reconhecimento das limitações do método ponderativo pode, na realidade, contribuir para o incremento de sua capacidade de rendimento: por um lado, delimita as hipóteses em que a proporcionalidade e a ponderação realmente encontram campo de operação, evitando uma hipertrofia que lhe retira credibilidade e aceitabilidade; por outro, explicitam até que ponto o sopesamento se mostra funcional na interpretação, e em que temáticas outras técnicas de argumentação jurídica poderiam fornecer decisões juridicamente consistentes e ao mesmo tempo socialmente aceitáveis. Além disso, ao expor os problemas das concepções principialistas assentadas nos pressupostos teóricos de Alexy, assimilar as debilidades da ponderação mostra-se um passo inicial no sentido de buscar alternativas que aumentem a consistência jurídica dos argumentos com lastro no recurso à proporcionalidade, evitando que os espaços deixados pelas limitações da mesma sejam preenchidos por juízos estranhos ao sistema jurídico.

3.5.2. Marcelo Neves: colisão de discursos no sistema jurídico, crítica à ponderação otimizante e os riscos da "compulsão ponderadora".

A ideia de ponderação construída por Alexy com vistas à otimização de princípios constitucionais se insere nos paradigmas da busca de uma *melhor decisão* dentro das condições jurídicas, algo que apenas parece possível concretizar mediante o recurso a um juiz monológico, algo possivelmente existente apenas em uma condição ideal de discurso

[500] JESTAEDT, Matthias. La teoria de la ponderación… *op. cit.*, p. 107-112.

consensual impensável no modelo contemporâneo hipercomplexo de sociedade e esfera pública. A existência de uma grande diversidade de perspectivas em uma sociedade pluralista acarreta a configuração de expectativas e leituras igualmente diferentes dos conflitos sociais e jurídico-constitucionais, inclusive no que concerne a um mesmo princípio. Marcelo Neves parte do pressuposto de que princípios não são mandamentos de otimização, mas sim instrumentos jurídicos que permitem uma seleção inicial de expectativas normativas e proporcionar complexidade estruturável em situações nas quais antes ela era apenas desestruturada, servindo ainda ao sistema jurídico como mecanismo de consideração heterorreferente em atenção ao seu entorno. Especialmente quando constituem direitos fundamentais, estão neste sentido relacionados à colisão entre demandas oriundas da sociedade e da pessoa, assim impedindo que tendências expansivas dos sistemas sociais prejudiquem a diferenciação funcional da sociedade e a integridade física e psíquica dos indivíduos[501]. Neste contexto, a ponderação obedeceria a uma lógica distinta, e teria outra função que não a otimização de princípios de acordo com possibilidades jurídicas.

As teses de Neves sobre a ponderação em muito dialogam com as ideias de Gunther Teubner acerca da pluralidade de discursos – religioso, econômico, político, educacional, jurídico, dentre outros – e de como suas distintas racionalidades repercutem de maneira conflitiva no âmbito do direito, sendo este convocado a decidir sobre a maneira mais socialmente aceitável de mediar as tensões decorrentes deste processo. Teubner propõe que a solução tenha como ponto de partida a consideração dos diferentes discursos como dotados de uma igual autoridade – de forma análoga ao que se dá nos conflitos internacionais entre ordens jurídicas nacionais –, assumindo que as distintas racionalidades serão levadas em consideração em suas respectivas parcialidades sem a pretensão de se assumir a racionalidade do todo. Destarte, em vez de buscar uma racionalidade discursiva em particular e declará-la como o mais sólido e adequado fundamento para aquela decisão, a ciência jurídica deveria se voltar ao desenvolvimento de uma teoria que possibilitasse a estas múltiplas racionalidades conviverem no interior das comunicações jurídicas. Isso envolve assumir as limitações do direito e reconhecer sua dificuldade (ou incapacidade) de proporcionar soluções permanentes aos conflitos com repercussão jurídica, o que enseja a adoção de um constante e infindável processo de diálogo interdiscursivo e de mútua referência entre os regimes, ao mesmo tempo

[501] NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules... op. cit.,* p. 141-145.

em que todas as racionalidades são encaradas pelos participantes deste processo como idôneas a fornecer padrões de resposta dignos de serem levados em conta[502].

Este raciocínio, por sua vez, reformula as construções teóricas que compreendem o sistema jurídico como orientado a consequências, especialmente diante das críticas usualmente realizadas à incapacidade do sistema jurídico de efetivamente operar mediante programas finalísticos[503]. Teubner sustenta que a questão seja analisada não sob o prisma das difusas perspectivas dos sujeitos individualizados que atuam nos processos comunicativos jurídicos, com suas cadeias causais infinitas e geradoras de incertezas, mas sim tendo em consideração outros subsistemas sociais especializados nos quais estas comunicações jurídicas repercutem e são traduzidas mediante mecanismos de *reentry*. São estas traduções pelos diversos subsistemas das comunicações jurídicas por eles internalizadas que permitem verificar se o discurso jurídico se mostra toléravel, ou se por outro lado apresenta efeitos destrutivos ou desintegradores. Significa que não apenas as partes envolvidas em um litígio precisam ser ouvidas para se chegar a uma decisão adequada. O processo decisório no sistema jurídico deve levar em conta todos os discursos que potencialmente colidem no caso concreto, averiguando-se ainda a forma pela qual a norma jurídica resultante é traduzida pelas demais racionalidades discursivas, os impactos no entorno do sistema jurídico destes movimentos de *reentry* e, com base nisso, as maneiras pelas quais o direito pode reagir para corrigir ou matizar os danos em suas comunicações futuras (incrementando funcionalidade). Deste modo, a orientação do direito a consequências, para Teubner, deveria se afastar o máximo possível dos esforços de previsão de possíveis consequências futuras, focando-se mais na observação

---

[502] TEUBNER, Gunther. *Altera pars audiatur:* law in the collision of discourses. Trad. Klauz Ziegert e Ros Ziegert. In: RAWLINGS, Richard (ed.). *Law, society and economy.* Frankfurt: Oxford University Press, 1997, p. 158-162. A questão também é analisada por Teubner em TEUBNER, Gunther. *De collisione discursuum:* communicative rationalities in law, morality, and politics. *Cardozo Law Review*, v. 17, 1995-1996, p. 901-918.

[503] "O sistema político trata de decisões globais e o sistema jurídico trata de decisões isoladas. Dada a complexidade e interdependência dos diversos programas de ação governamental, é natural que o sistema político desenvolva estratégias de revisão e correção dos efeitos de suas iniciativas. O sistema jurídico, se bem que possa estar orientado para as consequências da decisão, não vê nem controla o impacto de suas medidas. O juiz trabalha quase que exclusivamente com as referências de sua formação generalista. [...] Em suma, o sistema jurídico trabalha com informações e ferramentas menos imponentes e menos numerosas, se não absolutamente inadequadas, para iniciar, corrigir ou interromper políticas públicas. A magistratura pode, e isso não é pouco, bloquear e suspender a execução de programas de governo considerados ilegais. Certamente, isso tem consequências políticas importantes. Mas nada que se compare à tomada de decisões programantes". CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial... op. cit.*, p. 106.

de terceira ordem das consequências nocivas ao ambiente que já se materializaram, buscando, ao final, minimizá-las[504].

Segundo Neves, o modelo de ponderação otimizante, tal qual delineado na construção teórica de Alexy, não leva em consideração a incomensurabilidade decorrente da multiplicidade de perspectivsa decorrente da pluralidade de discursos e racionalidades, em virtude de ter como base uma instância superior, subjetiva ou intersubjetiva, que idealmente delimita "o que cabe definitivamente a cada esfera de vida". Disso decorre que princípios otimizados podem com facilidade gerar "injustiça" a outros princípios quando da concretização normativa dos comandos constitucionais, potencializando que determinados discursos ("jogos de linguagem") suprimam a possibilidade de existência do outro, minando a heterogeneidade discursiva por meio de comunicações jurídicas destrutivas ao entorno. A argumentação jurídica, neste sentido, poderia minimizar os riscos de desdiferenciação e proporcionar meios de *re-entry* entre os discursos que se fazem presentes nos casos de colisão normativa entre princípios. Disso, porém, não decorre necessariamente a possibilidade de uma decisão ótima; ao contrário, é ela sempre falível e derrotável, mostrando-se a ponderação otimizante *subcomplexa* para manejar a difícil relação conflitiva entre princípios constitucionais, e ao mesmo tempo um foco de risco à diferenciação funcional da sociedade[505].

É com base nisso que Neves defende um afastamento da ideia de ponderação otimizante de princípios constitucionais[506], afirmando ser possível o desenvolvimento de um modelo ponderativo desvinculado do paradigma da otimização. Mais adequada à configuração social contemporânea, segundo o autor, seria uma ponderação *comparativa*, a qual permitiria a criação de *entrelaçamentos* que possibilitem a construção de *racionalidades transversais* e a manutenção da heterogeneidade, mediante instrumentos de reentrada nas comparações a

---

[504] Teubner defende que estas bases afastariam a necessidade de confiar nas pouco confiáveis previsões a respeito de como as pessoas lidarão no futuro com as decisões jurídicas, em seus contextos sociais específicos, adotando posicionamento assumidamente mais limitado: a consequência a ser levada em consideração é se a decisão jurídica produziu efeitos danosos na tradução pelos outros subsistemas da comunicação jurídica, e se o direito se ajustou a estar percepções produzindo novas normas com vistas à minimização destes danos. TEUBNER, Gunther. *Altera pars audiatur... op. cit.,* p. 169-171.

[505] NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules... op. cit.,* p. 146-151.

[506] Admitindo a possibilidade de que as ponderações entre direitos fundamentais nem sempre consistem na otimização de princípios constitucionais contrapostos, SIECKMANN, Jan-R. Problemas de la teoría principialista de los derechos fundamentales. Trad. Daniel Oliver-Lalana. In: CLÉRICO, Laura; SIECKMANN, Jan-R.; OLIVER-LALANA, Daniel (coord.). *Derechos fundamentales, principios y argumentación:* estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy. Granada: Editorial Comares, 2011, p. 69-70.

serem realizadas a partir das diversas perspectivas possíveis e confluentes. Estas comparações, no entanto, não são otimizantes, pressupondo uma disposição à consideração das múltiplas visões em torno dos deveres jurídico-constitucionais, e culminando na transposição da autorreferência ao permitir espaços de observação recíproca e constante entre as perspectivas. O resultado seria uma decisão sempre contingente, apresentada mediante uma argumentação jurídica direcionada à redução do *valor-surpresa* e à minimização da possibilidade de uma "avalanche de críticas" decorrer da desilusão por parte das outras leituras constitucionais[507].

O segundo plano de crítica se relaciona com o modelo de ponderação adotado, se orientado ou não por regras. Para esta última possibilidade, a regra decorrente do processo ponderativo desempenha uma reduzida importância na conformação jurídica para além daquele caso, não exercendo nenhuma influência sobre as comunicações jurídicas futuras, constituindo uma espécie de *ad hoc balancing.* Já o modelo de ponderação orientado por regras eleva a norma oriunda do processo interpretativo a um patamar superior de relevância, permitindo que seja universalizada e que alcance o comportamento decisório futuro, especialmente naqueles casos em que condicionantes fáticas e jurídicas similares às do caso anterior se fizerem presentes[508] – o que passa pela inserção no sistema jurídico de mecanismos de respeito a precedentes judiciais como forma de incrementar a objetividade do sopesamento[509]. Marcelo Neves argumenta que práticas interpretativas inconsistentes rejeitam um modelo assentado em regras, dando preferência a uma hipertrofiada utilização de princípios, os quais – por conta de sua estrutura reflexiva e por não indicarem, por si sós, razões definitivas para decidir – permitem uma mais ampla articulação normativa com o propósito de camuflar subjetivismos decisórios e corrupção sistêmica. Desta forma, em contextos sistêmicos caracterizados pela alopoiese do sistema jurídico, os princípios deixam de fortalecer as condições nas quais podem ter lugar uma heterorreferência do direito em atenção a seu entorno, antes abrindo aquele às pressões deste, bem como possibilitando a justificação de decisões cujo conteúdo decorre de ingerências particularistas e alopoiese. Em

---

[507] NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules... op. cit.,* p. 151-152 e 159-160.

[508] CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional... op. cit.,* p. 180-181.

[509] "Nesse sentido, a possibilidade de decisões irracionais e exclusivamente subjetivas em um sopesamento *diminui na proporção em que se aumenta o respeito a precedentes.* Não é algo diferente que Alexy quer dizer quando afirma, por exemplo, que as normas de direitos fundamentais – os chamados princípios – não decorrem simplesmente do texto dos artigos de uma constituição. Essas normas decorrem também de décadas de jurisprudência de um tribunal constitucional". SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional... *op. cit.,* p. 376-377.

sistemas jurídicos não corrompidos por seu ambiente e orientado por regras, a ponderação de princípios poderia servir como mecanismo proporcionador de mútua heterorreferência entre direito e entorno, bem como de mediação entre os distintos discursos e racionalidades. No entanto, quando utilizada de forma hipertrofiada, estaria caracterizada uma "compulsão ponderadora" que converte os sopesamentos em juízos ponderativos *ad hoc,* com resultados de difícil universalização e desprovidos de perspectivas de aplicação futura. Isso ocorre em prejuízo da previsibilidade das comunicações jurídicas, da autonomia e da funcionalidade do direito, convertendo-se a ponderação em instrumento procedimental de acomodação de interesses particularistas e de justificação de decisões que não levam em consideração a pluralidade e a disputa de discursos em torno da conformação normativa do direito constitucional[510] e penal.

As constatações de Marcelo Neves dos riscos oriundos de uma "compulsão ponderadora" impactam a seara penal especialmente naquelas hipóteses de especial controvérsia argumentativa em torno dos deveres jurídico-penais, e da relação destes com a moldura constitucional. A busca de instrumentos argumentativos que viabilizem a adoção de uma razão definitiva para decidir (regra), mas que ao mesmo tempo assegurem que os argumentos expendidos e a decisão final absorva o dissenso e evite a desdiferenciação funcional da sociedade, constitui na realidade uma etapa relevante para que os discursos judiciais acerca do direito penal não sejam contaminados por juízos desproporcionais de política criminal oriundos do entorno do sistema jurídico.

3.5.3. A crítica penalista: proporcionalidade como instrumento de limitação ou de legitimação formal de criminalizações?

A expansão do direito penal ensejou a tutela de searas da vida social que até então o poder punitivo não alcançava, ou ao menos não com tanta intensidade, como a proteção penal de bens jurídicos supra-individuais[511]. Não obstante seja compreensível o alargamento da abrangência jurídico-penal ante o surgimento de novos problemas que desafiam a segurança e as expectativas dos que participam das comunicações sociais, este movimento expansionista vem acarretando a

[510] NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules... op. cit.,* p. 190-196.

[511] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo Español… *op. cit.,* p. 39-40. Sobre isso, cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal… op. cit.* e SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual:* interesses difusos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

utilização do direito penal como medida primeira, ou mesmo exclusiva, de tentar contemplar certas necessidades sociais[512] – o que, em tese, denota um cenário de enrijecimento das intervenções jurídico-penais e a desvinculação destas da ideia de proporcionalidade. Jesús-María Silva Sánchez, neste sentido, menciona uma tendência político-criminal de ocaso das garantias *formais* – como a legalidade e a taxatividade – e *materiais* – como a proporcionalidade –, em um direito penal que parece reduzir a preocupação com a utilidade da medida punitiva[513].

Ganha importância, neste cenário, o controle jurisdicional de constitucionalidade – com base na proporcionalidade – dos atos do Poder Legislativo e das próprias instâncias inferiores na hierarquia judiciária[514], na chamada *via jurisdicional* de penetração dos valores constitucionais no direito penal[515]. Contudo, este movimento de recrudescimento punitivo e os abundantes exemplos de desproporcionalidade no direito penal brasileiro colocam em dúvida a real fortaleza da proporcionalidade e da ponderação no balizamento do poder de punir. Acrescente-se a este cenário a percepção de que os responsáveis pelas decisões jurídicas aplicam a proporcionalidade recorrentemente de forma assistemática, como recurso argumentativo nominalista para justificar seus posicionamentos[516] – o que, aliado ao fato de a proporcionalidade em tese indicar apenas um caminho a ser percorrido na interpretação e argumentação jurídica, mas não a resposta final a ser obtida, incrementa o risco de serem justificadas incriminações mediante o emprego de referenciais abstratos.

Bernd Schünemann, em crítica ao Tribunal Constitucional Alemão, questiona o controle de proporcionalidade pelo fato de ter observado por parte de tal Corte a legitimação de criminalizações de forma genérica, mediante a utilização de um teste formal de proporcionalidade, dando tais decisões pouco peso à compatibilidade do *conteúdo material* da

---

[512] Sobre o tema, cf. DONNA, Edgardo Alberto. ¿Es posible el derecho penal liberal? *Revista de Derecho Penal*, n. 1, 2003, p. 593 e ss.

[513] SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo Español... op. cit. p. 42-44.

[514] GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal... op. cit.*, p. 207.

[515] PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal:* um estudo comparado. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 30.

[516] Virgílio Afonso da Silva expõe que o Supremo Tribunal Federal frequentemente utiliza a proporcionalidade em suas decisões. Porém, e mais frequentemente ainda, não o faz de sistematicamente: ora utiliza o conceito como sinônimo de razoabilidade, ora mais como recurso retórico quando se quer afastar algo considerado abusivo. Ainda que se proponha a utilizar a proporcionalidade para resolver colisões entre direitos fundamentais, não o faz de forma estruturada, nem perpassa de forma clara as regras de proporcionalidade, tampouco estabelece um cotejo entre os meios utilizados e os fins almejados. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional… *op. cit.*, p. 31.

finalidade almejada pelo Estado com a intervenção[517]. Em outra decisão, voltada à verificação da constitucionalidade da criminalização do incesto, o Tribunal Constitucional Alemão avaliou como legítima esta medida restritiva pelo fato de ter sido considerada proporcional em sentido amplo, criticando a teoria do bem jurídico em decorrência da controvérsia do conceito e em virtude de caber ao legislador a tarefa de selecionar os bens jurídicos protegidos, inexistindo um parâmetro substancial a ser necessariamente acolhido pela corte[518]. Neste sentido, interessante retomar o argumento de Lagodny no sentido de que é de segunda relevância à teoria constitucionalista a definição acerca das finalidades da punição ou o conteúdo material da criminalização, contentando-se com superação da medida estatal punitiva das máximas de idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – questionando, assim, se tal debilidade não seria uma decorrência do caráter aberto das finalidades da sanção e da natureza relativa da ponderação[519].

Daí a seriedade dos riscos apontados pela teoria penalista de que mecanismos de ponderação de interesses no campo penal poderiam levar à mitigação de estruturas restritivas do poder punitivo, que integram o próprio cerne da cultura jurídico-penal – como a culpabilidade, o *in dubio pro reo*, a proteção da intimidade e a própria proporcionalidade das penas –, de maneira que testes de proporcionalidade em sentido amplo poderiam conduzir à justificação formal de um direito penal voltado à máxima eficácia[520].

---

[517] SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. Trad. María Martín Lorenzo e Mirja Feldmann. In: HEFENDEHL [ed]. *La teoría del bien jurídico:* ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 212-214.

[518] Quanto a isso, Luís Greco, em crítica ao teor da decisão, afirma que a limitação do poder punitivo no caso caberia a um conceito material de autonomia sob um viés liberal, e não tanto à teoria do bem jurídico. Isso porque o bem jurídico já teria sido de certa forma considerado como referencial, segundo o autor, no exame de proporcionalidade, pois uma intervenção precisa ser idônea, necessária e proporcional em sentido estrito em relação a algo – restando evidente, de todo modo, que nem a teoria do bem jurídico, e tampouco a proporcionalidade, serviram como limite ao exercício do poder punitivo, em contradição às ideias mais comumente veiculadas nas teorizações penalistas. GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*). *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 18, n. 82, jan.-fev., 2010, p. 165-185.

[519] LAGODNY, Otto. El derecho penal sustantivo como pedra de toque de la dogmática constitucional… *op. cit.*, p.132-136. As críticas de Lagodny foram utilizadas também como fundamento de crítica da fundamentação do direito penal em preceitos de política criminal com lastro constitucional. Cf. item 1.4, infra.

[520] HASSEMER, Winfried. El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal "eficaz". Trad. Francisco Muñoz Conde. *Doctrina penal:* teoría y práctica en las ciencias penales, n. 49/52, v. 13, 1990, p. 203.

4. A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO PENAL POR MEIO DA PROPORCIONALIDADE: OBSERVAÇÃO DO COMPORTAMENTO DECISÓRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.1. A importância da análise empírica

Além de trabalhar as questões de natureza teórica, este trabalho procura verificar a hipótese de investigação mediante análise de jurisprudência: no momento de sua aplicação judicial, a proporcionalidade é utilizada predominantemente como um artifício argumentativo nominalista que serve tanto à limitação como à justificação das intervenções jurídico-penais, conforme as preferências do responsável pela decisão jurídica. Parte desta hipótese foi confirmada teoricamente nos capítulos anteriores, tendo em vista que, realmente, a proporcionalidade em sentido amplo media tensões entre ampliação e restrição de direitos, possuindo ainda uma dupla face que envolve uma proibição de excesso e, simultaneamente, uma vedação de proteção insuficiente – logo, servindo à contenção do poder punitivo, mas também à sua expansão ou ratificação pela via jurisdicional. Ademais, os desenvolvimentos teóricos demonstraram que a proporcionalidade fornece condições argumentativas a um equilíbrio entre autorreferência e heterorreferência do sistema jurídico; sendo, no entanto, especialmente em casos de corrupção sistêmica pelo entorno, um instrumento que permite também a acomodação de interesses particularistas e a conferência de uma aparência jurídica a decisões lastreadas em programas estranhos ao direito.

Um teste completo da hipótese, neste caso, depende da observação empírica da construção da ideia de proporcionalidade por meio concretas práticas interpretativas implementadas pelo Poder Judiciário, sendo tal operação imprescindível para confirmar ou falsear a resposta prévia proposta ao problema da proporcionalidade no âmbito penal. É possível trabalhar abstratamente sobre o direito positivo, mas não pode um pesquisador em direito *autolegislar* sobre o positivo[521] – destarte, a busca de um conhecimento empírico acerca do movimento das regras de proporcionalidade na interpretação do direito penal pode contribuir à compreensão de como elas são manejadas na verificação da procedência

[521] PAWLIK, Michael. Teoria da ciência e do direito penal. Trad. Eduardo Saad-Diniz. In: PAWLIK, Michael. *Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo*. Organização e tradução Eduardo Saad-Diniz. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 49-50.

constitucional das medidas punitivas. Em uma sociologia da decisão de matriz luhmanniana, caracterizada pela combinação de uma *capacidade de abstração*, *dimensão temporal* e *construção de sentido,* a decisão, jurídica inclusive, consiste em uma escolha dentre várias alternativas igualmente passíveis de seleção. A significativa complexidade da sociedade, contudo, torna esta incompatível com juízos intermináveis de hermenêutica jurídica, daí emergindo a obrigatoriedade de uma tomada de decisão (*non liquet*). São os órgãos de competência superior os responsáveis pela determinação do sentido por meio da decisão, a qual é responsável pelo fechamento operativo do sistema jurídico[522], chegando a inclusive veicular juízos de política criminal[523].

Desta forma, o estudo das questões de natureza teórica contribuiu à consolidação da hipótese inicialmente formulada, mas buscou também fornecer substrato crítico ao material empírico que será analisado no segundo momento da pesquisa[524]. O objetivo será, ao final, compreender o comportamento decisório do Supremo Tribunal Federal na utilização da noção de proporcionalidade nos casos que versaram sobre matéria de direito penal material, aferindo principalmente, na linha dos problemas explorados anteriormente: (i) em quais dos sentidos possíveis o STF utilizou a expressão proporcionalidade: se como proporcionalidade das penas ou como critério interpretativo acerca de restrições estatais a direitos fundamentais (em uma perspectiva mais próxima da proporcionalidade em sentido amplo); (ii) se a aplicação da proporcionalidade em sentido amplo foi aplicada de forma sistemática, considerando a complexidade da estrutura argumentativa das regras de proporcionalidade, ou se foi aplicada

---

[522] SAAD-DINIZ, Eduardo, A sociologia da decisão: a econômica, a política, a jurídica. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 102, jan.-dez. 2007, p. 953-965. Sempre que o direito é aplicado, a ele é dado um *sentido* decorrente de uma *interpretação*, podendo-se compreender esta, ao menos sob uma perspectiva kelseniana, como o exercício que se traduz no processo de progredir de um escalão normativo superior para um inferior, conforme as diferentes possibilidades de "preenchimento da moldura". KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 387-397. Haja vista a multiplicidade de possibilidades aplicativas, informadas por uma liberdade de interpretação dentro da "*moldura"*, fala-se em comportamento decisório. Para a perspectiva aqui adotada a respeito do papel da interpretação jurídica e dos tribunais no sistema jurídico, cf. item 1.4, infra.

[523] Esta função político-criminal da atividade judicial, assinalada por Jesús María Silva-Sánchez, teria como reflexo o papel de definição sentidos possíveis em atenção aos termos legislativos, além do dever justificação decisória na forma de regras de argumentação jurídica prática. SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María. Observaciones sobre la relación entre derecho constitucional y derecho penal en España. *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más derecho?,* Buenos Aires, n. 2, 2001, p. 122-123.

[524] Parte-se do pressuposto de que "a teoria e a observação tornam-se cada vez mais intimamente ligadas, à medida que uma ciência se desenvolve". Clarie Selltiz, Marie Jahoda, Morton Deutsch e Stuart M. Cook afirmam que pesquisa e teoria devem ser desenvolvidas conjuntamente, no que concerne à produção de conhecimento, contribuindo reciprocamente uma com a outra, conforme o propósito de cada investigação. Cf, SELLTIZ, C.; JAHODA, M.; DEUTSCH, M.; COOK, S. M. *Métodos de pesquisa das relações sociais.* São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1965, p. 558, 565-570.

mais como recurso nominalista para justificação de decisões; e (iii) independentemente do uso atribuído pela Corte à proporcionalidade, se esta foi utilizada como critério de *limitação* da responsabilidade penal ou mais como instrumento de *justificação* e legitimação das intervenções.

São muito discutidos os problemas enfrentados pelos tribunais no que diz respeito à quantidade de decisões e a Reforma do Judiciário, mas não são muitos os estudos no Brasil acerca da *qualidade* da justificação das decisões[525]. A observação do sentido normativo da proporcionalidade dado pelos tribunais no direito penal pode denotar em que medida procede a crítica trazida por Ingeborg Puppe, no sentido de que a jurisprudência tem dificuldades em dialogar com a doutrina e, com frequência, vale-se de conceitos porosos para justificar todo e qualquer posicionamento inclinada a adotar[526], em um verdadeiro "absolutismo conceitual" característico de uma perspectiva formalista de conceber o direito[527].

Uma concepção específica do formalismo jurídico possui especial capacidade analítica e crítica para a verificação do manejo jurisprudencial da proporcionalidade no âmbito penal. Frederick Schauer trabalha a ideia de um "formalismo como negação de escolha": formalista seria aquela decisão que negasse a existência de uma escolha política, moral, social e econômica no ato de decidir; ou, ainda, que tentasse fazer crer que a escolha feita foi inexorável, quando na verdade havia outras maneiras de decidir[528]. Por outro lado, José

---

[525] RODRIGO, José Rodriguez. Prefácio. "Quanto terá sido o óbvio...": o debate sobre o formalismo em textos escolhidos. In: RODRIGO, José Rodriguez. (org.). *A justificação do formalismo jurídico:* textos em debate. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 8-9. "No Brasil, com raríssimas exceções, nunca houve uma tradição, entre os trabalhos acadêmicos, de utilizar a jurisprudência como material de trabalho. Quando muito, algumas decisões são citadas como forma de argumento de autoridade, mas dificilmente se vê em trabalhos acadêmicos uma pesquisa extensiva na jurisprudência de determinado tribunal". SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais... op. cit.*, p. 32.

[526] PUPPE, Ingeborg. Ciência do direito penal e jurisprudência. Trad. Luis Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 14, n. 58, p. 105-113, jan.-fev., 2006.

[527] Sobre as diferentes possibilidades de se compreender o termo "formalismo", cf. KENNEDY, Duncan. Formalismo jurídico. Trad. Sheila Stolz. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *A justificação do formalismo jurídico* – textos em debate. São Paulo: Saraiva, 2011.

[528] "Assim, uma das interpretações do problema do formalismo o apresenta como uma tentativa de iludir – a si mesmo ou a outros. Mascarar uma escolha com o vocabulário da inexorabilidade definicional é obscurecer essa escolha, bloqueando dessa forma indagações sobre como foi tomada ou se poderia ter sido tomada de maneira diferente. O uso da palavra 'formalismo' nesse sentido se sustenta na existência de um termo (ou frase, sentença ou parágrafo) cuja aplicação controversa dá margem a escolhas. Certos termos, como 'liberdade' e 'igualdade', são amplamente indeterminados. Não é que não possuam nenhum tipo de conteúdo; o problema é que *cada* aplicação, cada concretização, cada manifestação desses termos depende da adição de premissas suplementares antes que se possa aplicar o termo geral a casos específicos. Portanto, será formalista nesse sentido qualquer aplicação desses termos que negue a ocorrência de uma escolha dentre inúmeras premissas suplementares possíveis". Cf. SCHAUER, Frederick. Formalismo. Trad. Diego Werneck Arguelhes, Fábio Shecaira e Noel

Rodrigo Rodriguez desenvolve a ideia do formalismo enquanto "absolutismo conceitual", entendido como a compreensão de determinadas categorias do Direito como carregadas de uma verdade que transcende o direito positivo. O absolutista conceitual afirmaria que uma lei ou decisão contraria o direito por desrespeitarem uma "verdade transcendente de categorias dogmáticas absolutizadas", negando o caráter contingente e mutável do direito[529].

No caso, podem ser classificadas como formalistas as decisões judiciais que demonstrem ter se valido da proporcionalidade como verdade universal imediatamente aplicável ao direito, sem maiores justificativas, empregando um "absolutismo conceitual" de difícil controle intersubjetivo e subcomplexo a uma sociedade marcada pela controvérsia acerca dos deveres jurídico-constitucionais e penais. Seria formalista ainda o comportamento decisório que lançasse mão da proporcionalidade como dotada de incidência inexorável naquele caso, tendo apenas uma consequência jurídica necessária, sem margem de escolha. Também seria formalista, neste sentido, a decisão que fizesse valer um determinado entendimento sem que o julgador demonstrasse o caminho seguido por ele – os motivos – para chegar àquela conclusão. Seria, por exemplo, o uso da proporcionalidade como elemento retórico de justificação do posicionamento jurisprudencial, sem qualquer demonstração de perpasse de suas etapas aplicativas ou sem a explicação das razões para sua utilização como critério de interpretação.

Todas estas questões, e a própria ratificação ou falseamento da hipótese de investigação, carecem de uma observação empírica do comportamento decisório dos intérpretes-aplicadores do direito em torno da proporcionalidade. Se a proporcionalidade é tradicionalmente trabalhada na doutrina penalista como um critério de restrição da responsabilidade, mas vem sendo apontada por outras linhas teóricas como instrumento propício à justificação formal de incriminações, bem como à autolegitimação formalista do discurso jurisprudencial punitivo, é relevante analisar empiricamente como ela se insere na dinâmica concreta das decisões judiciais em matéria penal. Isso permite a análise da concretização normativa das regras de proporcionalidade nas avaliações de

---

Struchiner. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *A justificação do formalismo jurídico* – textos em debate. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 67-80.

[529] RODRIGUEZ, José Rodrigo. A persistência do formalismo: uma crítica para além da separação de poderes. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; SILVA E COSTA, Carlos Eduardo Batalha; BARBOSA, Samuel Rodrigues (org.). *Nas fronteiras do formalismo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 162-164.

constitucionalidade, possibilitando ao final que a hipótese de pesquisa seja verificada em sua completude.

4.2. Método a ser empregado na observação

Para os propósitos da pesquisa e para testar a hipótese de investigação, foi delimitado um método que possibilitasse a consecução de tais objetivos. A exposição das discussões sobre as implicações da proporcionalidade no âmbito penal a partir de uma perspectiva também constitucionalista possibilita uma análise crítica dos dados coletados na *segunda parte* da pesquisa, a qual consiste na observação do comportamento decisório do Supremo Tribunal Federal sobre o tema no espaço amostral de 2011 a 2012, por meio da análise de acórdãos.

Primeiramente, será realizada uma *pesquisa documental,* entendida como a investigação sobre documentos que ainda não tiveram um tratamento analítico, sendo matéria-prima para análise. Como técnica de pesquisa, será feita primeiramente uma *documentação* (registro e sistematização de dados – no caso, decisões –, para colocá-los em condições de análise) e, em seguida, uma *observação* da descrição objetiva do conteúdo que fundamentou a decisão. Será utilizado primordialmente nesta fase da pesquisa o raciocínio *hipotético-dedutivo,* mais apropriado às características da pesquisa, tendo em vista que envolve: *(i)* expectativas ou conhecimentos prévios acerca do objeto estudado – no caso, a proporcionalidade e suas aplicações ao âmbito penal; *(ii)* o estabelecimento de um diálogo conflituoso entre as expectativas iniciais e demais linhas teóricas pesquisadas; *(iii)* a proposição de soluções, realizadas a partir de conjecturas ("dedução de consequências na forma de proposições passíveis de testes"); e *(iv)* a realização de testes de falseamento, que permitem refutar ou ratificação da hipótese[530].

O *recorte institucional* optou pelo Supremo Tribunal Federal por ser a corte constitucional brasileira, e que em tese é a responsável principal na estrutura judiciária brasileira por assegurar a constitucionalidade dos atos estatais. Já a opção de *recorte temporal* pelo passado recente se deve à maior aptidão da pesquisa para, desta forma, dialogar com o presente[531]. No período mencionado, houve mudanças na composição dos Ministros, cuja maioria permanece na Corte, e cujos julgados estão passíveis de utilização como precedentes

---

[530] GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica:* teoria e prática. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 22.

[531] Para noções de *recorte institucional* e *recorte temporal,* cf. PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Marcel. Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como utilizá-la? In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAU, Marina (coord.). Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão e curso. São Paulo: Saraiva, 2012.

nos julgados posteriores – não obstante a inexistência de uma cultura de respeito a precedentes no cenário jurídico brasileiro. Já a opção pelos anos de 2011 e 2012 foi uma escolha necessária para uma pesquisa que não tem condições materiais de compreender a totalidade da realidade sobre o tema[532], buscando conjugar as necessidades de se analisar uma amostra representativa com as limitações de alcance da investigação.

Em busca no sistema eletrônico do STF intitulado "Pesquisa de Jurisprudência", no campo "Pesquisa Livre", utilizou-se como critério de busca as palavras *proporcionalidade* e *penal*, sendo este o *recorte de objeto* adotado para a pesquisa[533]. A busca com base nestes critérios resultou em 95 ocorrências, sendo 34 no ano de 2011, e 61 em 2012[534]. O total de ocorrências oriunda de uma busca sem o recorte temporal é 365 julgados, o que significa que os 95 acórdãos que compõem este primeiro grupo correspondem a cerca de 26,02% (mais de um quarto) do total que advêm destas variáveis de busca. Destas decisões referentes ao período entre 2011 e 2012, contudo, 21 serão descartadas: 20 delas por utilizarem a proporcionalidade para resolver questões processuais penais ou de outras searas jurídicas[535], e

---

[532] Acolhe-se algumas das diretrizes constantes do método de análise utilizado por Bruno Ramos Pereira, em dissertação de mestrado intitulada "Uso da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal – Análise dos votos do ministro Gilmar Mendes (2004-2006)", orientada por Virgílio Afonso da Silva. O autor optou por um passado recente do STF, escolhendo um período específico de investigação em decorrência da impossibilidade de abarcar a totalidade de decisões prolatadas sobre o tema no âmbito daquele Tribunal. Cf. PEREIRA, Bruno Ramos. *O uso da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal* – Análise dos votos do ministro Gilmar Mendes (2004-2006). Tese USP. São Paulo, 2009. p. 16-17. Importante mencionar que no referido período houve julgados que ganharam destaque no meio jurídico nacional, como o HC 104.410/RS, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que utilizou as linhas teóricas de Teresa Aguado Correa, uma das principais referências para esta pesquisa, com o fito de legitimar por meio da proporcionalidade a criminalização do porte de arma de fogo desmuniciada; em sentido exatamente contrário do entendimento da mesma corte no ano de 2004, no RHC 81.05/SP.

[533] A delimitação da pesquisa não abrangerá decisões em que a corte constitucional brasileira se utilizou apenas do termo *razoabilidade*. O trabalho partirá da premissa de que os conceitos não se confundem. *Proporcionalidade* é utilizada ante uma situação em que há relação entre dois bens jurídicos constitucionalmente protegidos, sendo necessário verificar se a medida adotada para tal é adequada para atingir o fim desejado, se é necessária enquanto não substituível por outra menos restritiva e se a medida não está desproporcional em relação ao escopo traçado. O dever de *proporcionalidade* envolve uma análise abstrata dos bens jurídicos envolvidos, acarretando um juízo que considere os meios e os fins. *Razoabilidade*, por sua vez, não pressupõe esta análise abstrata entre meios e fins para a proteção de bens jurídicos, mas tem por base a situação *pessoal* do sujeito envolvido, determinando as condições pessoais e individuais dos sujeitos envolvidos na situação. Trata-se, assim, de uma análise concreta. Cf. ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras... *op. cit.* Para uma distinção a partir da origem histórica dos conceitos, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável... *op. cit.* p. 27-31.

[534] Dados atualizados até a data de 14 de Março de 2015.

[535] Serão excluídas 21 decisões, por versarem sobre matéria processual penal, ou por, apesar de terem aparecido como ocorrência oriunda do mecanismo de pesquisa, trata de outra seara jurídica que não a penal ou processual penal. Os acórdãos dos seguintes processos serão excluídos do material para análise: *(i)* MS 30.260/DF; *(ii)* RE 363.889/DF; *(iii)* HC 96.056/PE; *(iv)* Ext 1.254 QO/Romênia; *(v)* HC 106.446/SP; *(vi)* RE 603.583/RS; *(vii)* HC 108.103/RS; *(viii)* HC 106.115/RS; *(ix)* RE 634.601 AgR/SC; *(x)* ADI 4638 MC-Red/DF; *(xi)* ADI 4.578/DF;

não de direito penal material; além do acórdão da AP 470, o qual, *apesar* de versar sobre questões de direito penal material, conta com 8.405 páginas, extensão que transcende as possibilidades de uma análise individual criteriosa em meio a um campo empírico de proporções também significativas[536]. Realizados todos estes filtros, a amostra final que será analisada conta com 74 acórdãos, que de algum modo contaram com o recurso à proporcionalidade na argumentação que conduziu à decisão jurídico-penal – ao menos em uma de suas duas acepções discriminadas nos capítulos anteriores.

A pesquisa se dedica à análise tão somente dos acórdãos disponibilizados virtualmente – buscando com isso ter acesso à pluralidade de argumentos contida nos debates entre os Ministros componentes da Corte acerca da proporcionalidade, descartando-se as decisões monocráticas. É preciso reconhecer ainda os limites da amostra, em decorrência do próprio banco de dados eletrônicos de acesso livre disponível no *site* do Supremo Tribunal Federal, no qual não é disponibilizada a totalidade das decisões proferidas pela Corte. Tal disponibilização, ao contrário, ocorre mediante uma série de filtros internos ao Tribunal, estabelecidos conforme critérios que não necessariamente correspondem àqueles que seriam empregados pelo usuário que deseja pesquisar determinado tema – o que prejudica especialmente análises quantitativas[537]. Desta forma, não se tem a pretensão de que a investigação empírica quantitativa esgote as manifestações do STF sobre a proporcionalidade no recorte temporal fixado – indicando apenas tendências interpretativas e argumentativas dos Ministros, com pretensão de universalização.

(xii) ADC 30/DF; *(xiii)* ADC 29/DF; *(xiv)* HC 102.433/PR; *(xv)* HC 103.362/PI; *(xvi)* HC 103.325/RJ; *(xvii)* HC 104.339/SP; *(xviii)* HC 91.613/MG; *(xix)* AI 854.334/SP Agr; e *(xx)* HC 112.731/RJ.

[536] Especificamente sobre a Ação Penal 470, dentre outros, cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (coord.). *Crônicas franciscanas do mensalão:* comentários pontuais do julgamento da ação penal nº 470, junto ao STF, pelos professores de direito penal da Universidade de São Paulo. São Paulo: Quartier Latin, 2013; RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. Liberdade, injusto massacre da imprensa e algum testemunho pessoal. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda (org.). *AP 470:* análise da mídia no julgamento do mensalão a partir de entrevistas com a defesa. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 21-30; e SAAD-DINIZ, Eduardo. Notas sobre a intervenção da mídia no livre convencimento e o papel do "novo defensor penal". In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda (org.). *AP 470:* análise da mídia no julgamento do mensalão a partir de entrevistas com a defesa. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 255-275.

[537] Há dados que apontam que em 2012, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal disponibilizou em seu banco de dados eletrônico 51% das decisões julgadas naquele ano – algo que já constituía um avanço diante dos 26% de 2008. Sobre estas limitações da pesquisa empírica de jurisprudência no meio virtual e a estrutura do sistema de busca do STF, contendo também mais dados estatísticos sobre a disparidade entre as decisões colegiadas julgadas e as efetivamente disponibilizadas no *site* da Corte, cf. VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho et al. A pesquisa em direito e as bases eletrônicas de julgados dos tribunais: matrizes de análise e aplicação no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Estudos Empíricos em Direito,* vol. 1, n. 1, jan. 2014, p. 105-139.

Após a documentação, foi estruturado um Banco de Dados, com a finalidade de sistematizar os acórdãos integrantes da amostra, de modo a prepará-los para a observação com base nas indagações adiante explicitadas e para a apresentação das informações coletadas. Além disso, a realização do Banco de Dados em plataforma *Microsoft Office Excel* permitiu uma visão global do corpo empírico e uma quantificação das tendências decisórias do STF, com base nos propósitos da pesquisa. Para tanto, e tendo em vista o problema e dos objetivos do trabalho, foram definidas sucessivas etapas a serem perpassadas, cada uma com respectivas variáveis de pesquisa e critérios de análise das decisões.

A primeira delas consiste na coleta das informações necessárias à identificação do processo e dos principais dados a ele referentes. Foram escolhidas as variáveis imprescindíveis a este propósito, descartando-se outras tantas possíveis que pouco teriam a contribuir aos propósitos centrais da pesquisa, mas que poderiam servir em outro contexto de investigação (tais como a parte peticionante, o órgão jurisdicional de origem da causa, a data de cadastro do processo, dentre outros).

BANCO DE DADOS
1ª ETAPA: IDENTIFICAÇÃO DO PROCESSO
1.1 PROCESSO 1.2. DATA DE JULGAMENTO 1.3. ÓRGÃO JULGADOR (Primeira Turma, Segunda Turma ou Pleno); 1.4. MINISTRO RELATOR; 1.5. MINISTROS QUE PARTICIPARAM DO JULGAMENTO; 1.6. MINISTROS QUE NÃO PARTICIPARAM DO JULGAMENTO 1.7. OBJETO DO PROCESSO (objeto de regulação jurídica: drogas, roubo, homicídio, discriminação positiva, aborto...); 1.8. PROBLEMA DOUTRINÁRIO (problema que ensejou o recurso à proporcionalidade por parte do Ministro).

Já com o processo individualizado, a pesquisa identificou em seguida os Ministros que recorreram à proporcionalidade para justificar suas decisões, assim como a frequência com que as argumentações calcadas na noção de proporcionalidade foram recepcionadas pelos demais magistrados integrantes da Corte – ainda que não tenham, eles mesmos, utilizado a proporcionalidade nas fundamentações de suas decisões. Como a finalidade da pesquisa empírica é analisar a forma pela qual o STF constrói a noção de proporcionalidade, seus principais âmbitos de aplicação e quais as consequências de sua utilização, deixou-se de buscar levantar outras informações que poderiam servir a outras modalidades de investigação (por exemplo, quais Ministros proferiram votos e quais apenas aderiram à manifestação do Relator).

BANCO DE DADOS
2ª ETAPA: IDENTIFICAÇÃO DOS MINISTROS QUE RECORRERAM À PROPORCIONALIDADE
2.1. MINISTRO QUE RECORREU À PROPORCIONALIDADE EM SUA ARGUMENTAÇÃO; 2.2. DEMAIS MINISTROS VOTARAM NO MESMO SENTIDO DO VOTO QUE RECORREU À PROPORCIONALIDADE: (i) Sim; ou (ii) Não (neste último caso, identificar o Ministro que contrariou o voto que recorreu à proporcionalidade).

A terceira etapa, por sua vez, buscou identificar – com base nas principais linhas teóricas desenvolvidas especialmente nos capítulos 2 e 3 – qual o sentido conferido pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal à proporcionalidade em suas respectivas argumentações: se como "proporcionalidade das penas" ou como "critério de interpretação de intervenção em direitos fundamentais". Com isso, é possível distinguir quais casos pertencem realmente ao escopo do trabalho, o qual não se dedica à proporcionalidade entre comportamento e consequência jurídica, noção trabalhada no segundo capítulo unicamente com o propósito de defini-la e de distingui-la da outra noção mais ampla de proporcionalidade.

BANCO DE DADOS
3ª ETAPA: ANÁLISE DA FORMA DE APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE

3.1. SENTIDO CONFERIDO À PROPORCIONALIDADE NO VOTO QUE RECORREU A ELA: (i) Proporcionalidade das penas; ou (ii) Critério interpretativo de intervenção em direitos fundamentais.

Por escapar ao âmbito de análise da pesquisa, os acórdãos que tenham manejado a proporcionalidade apenas enquanto correlação gradativa entre conduta e consequência jurídica não serão analisados em seus pormenores argumentativos, mas tão somente quantificados a fim de comparar à frequência com a qual o Supremo Tribunal Federal emprega o outro sentido de proporcionalidade.

A quarta e penúltima etapa de armazenamento de dados aferidos da análise das decisões se concentrou na aplicação da proporcionalidade não no sentido de relação de equilíbrio gradativo entre conduta e sanção, mas sim enquanto critério interpretativo voltado à verificação da procedência constitucional de intervenções em direitos fundamentais. Tendo em vista que uma das hipóteses de investigação é que a proporcionalidade é recorrentemente utilizada nas práticas interpretativas judiciais de forma desvinculada de sua complexa estrutura argumentativa, foram diferenciadas duas categorias de análise, correspondentes a formas de aplicação da proporcionalidade: *(i) Aplicação sistemática*, classificação na qual se inserem apenas aqueles casos em que as regras de proporcionalidade (idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) são devidamente discriminadas e perpassadas no decurso da argumentação jurídica; ou *(ii) Aplicação nominalista*, categoria à qual se amoldam, primeiramente, aqueles casos em que a proporcionalidade é apenas mencionada na condição de reforço argumentativo, sem que se discrimine a estrutura argumentativa comumente delineada pela doutrina penalista e constitucionalista; e, em segundo lugar, aquelas hipóteses nas quais as regras de proporcionalidade foram apenas mencionadas ou explicadas, sem que tenham efetivamente servido a um exame de proporcionalidade.

Ademais, tendo em vista a especial quantidade de julgados em que um juízo de proporcionalidade foi utilizado para demarcar as diferenças entre *típico* e *atípico* no contexto da discussão acerca da aplicação do princípio da insignificância, foi estabelecida uma variável de análise específica a este âmbito de aplicação – com o propósito de verificar a coerência de parâmetros dos Ministros do STF entre seus próprios votos, e em comparação de seus votos com os dos demais integrantes da corte constitucional brasileira.

BANCO DE DADOS
4ª ETAPA: ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO TESTE DE PROPORCIONALIDADE PELO STF COMO CRITÉRIO INTERPRETATIVO DE INTERVENÇÃO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS
4.1. FORMA DE APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE COMO "CRITÉRIO INTERPRETATIVO DE INTERVENÇÃO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS": (i) Sistemática; (ii) Nominalista. 4.2. O MINISTRO QUE RECORREU À PROPORCIONALIDADE INDICA QUAIS PRINCÍPIOS, DIREITOS OU FINALIDADES SE CONTRAPÕEM NO CASO: (i) Sim (especificar); (ii) Não. 4.3. CRITÉRIOS UTILIZADOS PARA DISTINGUIR "TÍPICO" E "ATÍPICO" NOS JUÍZOS DE PROPORCIONALIDADE RELACIONADOS À INSIGNIFICÂNCIA.

Por fim, a quinta etapa se dedica à verificação do resultado decorrente das decisões que recorrem à proporcionalidade como elemento argumentativo; mais especificamente, se o voto que utiliza a proporcionalidade é no sentido de *limitar* a intervenção jurídico-penal ou de *justificá-la.* Este último estágio da construção do Banco de Dados guarda relação direta com a segunda hipótese de investigação, segundo a qual a proporcionalidade, em vez de um limite constitucional destinado à contenção do poder punitivo, na realidade o baliza também no sentido fornecer razões constitucionais de sustentação de medidas punitivas, especialmente em face dos deveres de proteção dos direitos fundamentais por parte do Estado.

BANCO DE DADOS
5ª ETAPA: VERIFICAÇÃO DA CONSEQUÊNCIA DO RECURSO À PROPORCIONALIDADE
5.1. O RECURSO À PROPORCIONALIDADE CONTRIBUIU À: (i) Limitação da intervenção jurídico-penal; (ii) Justificação da intervenção jurídico-penal.

Sobre estes dados foi elaborada uma análise temática com vistas à apresentação das principais linhas de entendimento[538] presentes nos julgados, abordando tanto: (i) uma

[538] PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Marcel. Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como utilizá-la? In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAU, Marina (coord.).

descrição quantitativa com base nos Bancos de Dados, estruturada complementarmente na forma de tabelas e gráficos, construídos conforme as peculiaridades do conteúdo analisado e com vistas a, principalmente, identificar as principais linhas decisórias dos Ministros a respeito da proporcionalidade (quais Ministros mais se utilizaram da noção de proporcionalidade; em quais dos dois sentidos possíveis, se aplicou a proporcionalidade mais de forma sistemática ou nominalista; e se recorreu à proporcionalidade mais em decisões que restringiram ou justificaram o poder punitivo); quanto (ii) uma *descrição qualitativa,* com transcrição de trechos dos votos com a finalidade de identificar as tendências argumentativas quando da utilização da proporcionalidade (neste ponto, será realizada uma distinção conforme o "Problema Doutrinário" constante da 1ª Etapa da montagem do Banco de Dados).

Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão e curso. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 162-164.

4.3. Análise quantitativa da jurisprudência no biênio 2011-2012

4.3.1. Sentido conferido à proporcionalidade

O objetivo desta análise consiste em verificar, de início, qual dos possíveis sentidos de "proporcionalidade" é mais comumente utilizado pelo Supremo Tribunal Federal nos casos de direito penal submetidos para apreciação da corte: se como correlação gradativa entre comportamento e sanção jurídico-penal, ou se como critério interpretativo direcionado à avaliação da compatibilidade constitucional de uma intervenção jurídico-penal – legislativa ou judicial – em direitos fundamentais. Isso permite, primeiramente, definir os acórdãos que serão submetidos a uma análise qualitativa, mas também cria as condições para outras considerações crítico-reflexivas.

Dos 74 acórdãos analisados, em 25 deles o termo "proporcionalidade" foi utilizado por ao menos um dos Ministros para fazer referência às exigências de proporção entre conduta e pena, sendo por isso classificados sob a categoria "proporcionalidade das penas"[539]. Não foram inseridos nesta categoria os julgados que versavam sobre a aplicação ou não do princípio da insignificância. Embora as argumentações dos Ministros acerca da insignificância indiquem uma grande atenção à relação entre a seriedade da conduta e a gravidade da intervenção punitiva, a discussão envolve um juízo de proporcionalidade voltado a definir se determinado comportamento tem ou não conteúdo de injusto, se é materialmente típico; enquanto que nos casos em que se avalia a "proporcionalidade das penas", a relevância típica da conduta punida é algo superado e sequer discutido, limitando-se a uma avaliação de mensuração da consequência jurídica. Também não foram incluídas neste universo as decisões que versavam sobre proibições legislativas apriorísticas acerca da substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, ou acerca do regime inicial de cumprimento de pena: embora também aqui se trabalhe a noção de proporcionalidade em atenção a peculiaridades da conduta punida, há um juízo que transcende a mera relação comportamento-pena, envolvendo a contenção pela via judicial da atividade legislativa

---

[539] *(i)* HC 103.571/MS; *(ii)* HC 106.514/MS; *(iii)* HC 106.611/MG; *(iv)* HC 106.376/MG; *(v)* HC 104.564/RS Agr; *(vi)* RHC 105.700/MG; *(vii)* HC 105.667/PE; *(viii)* RHC 107.213/RS; *(ix)* HC 100.027/SP; *(x)* RE 634.601/SC Agr; *(xi)* HC 108.120/MG; *(xii)* HC 107.626/SP; *(xiii)* HC 101.399/ES; *(xiv)* HC 108.858/SP; *(xv)* RHC 107.856/DF; *(xvi)* HC 111.266/SP; *(xvii)* HC 97.701/MS; *(xviii)* HC 108.678/RS; *(xix)* HC 110.968/DF; *(xx)* HC 112.708/MA; *(xxi)* HC 111.959/SP; *(xxii)*HC 110.390/MS; *(xxiii)* RHC 113.316/RS; *(xxiv)* RHC 115.990/DF; e *(xxv)* HC 114.452/RS Agr.

restritiva de direitos fundamentais, parecendo inapropriado classificar este juízo evidentemente mais complexo na mesma categoria dos julgados em que foi apenas avaliado se a pena se mostrava proporcional ao injusto culpável.

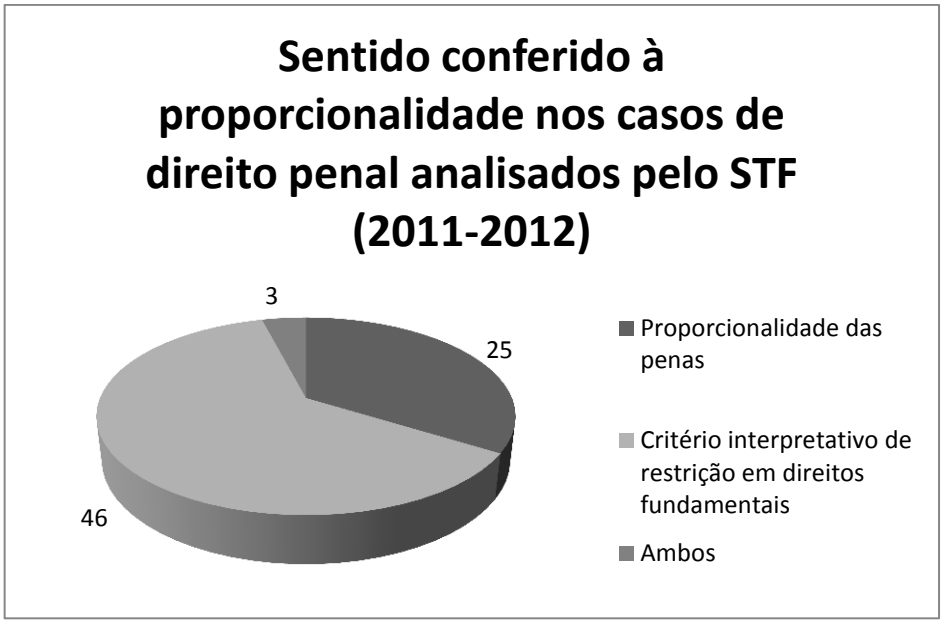
Já enquanto "critério interpretativo de intervenção em direitos fundamentais", a proporcionalidade foi utilizada por pelo menos um dos Ministros em 46 dos acórdãos analisados[540]. Não se inserem nestas categorias apenas o emprego da proporcionalidade que tenha deixado evidente a adoção de uma estrutura argumentativa própria da proporcionalidade em sentido amplo. Ao contrário, esta categoria abrange todas aquelas argumentações que, ao utilizarem a proporcionalidade para propósitos que transcendem a definição da pena proporcional ao delito, eleva a mesma à condição de um referencial constitucional mais abrangente de verificação da conformidade da restrição punitiva à ordem jurídica brasileira. O conteúdo dogmático da "proporcionalidade", por sua vez, integra a etapa de análise que se concentra especificamente sobre a forma de sua aplicação, não constituindo o escopo deste primeiro estágio de análise.

Em 3 julgados, a "proporcionalidade" foi utilizada das duas maneiras: em um primeiro momento, para avaliar a correlação entre comportamento e a sanção definida pelo órgão jurisdicional *a quo;* em um segundo passo, no mesmo julgado, para avaliar de um modo mais amplo a procedência constitucional de determinada medida punitiva (um caso envolvendo a aplicação ou não do princípio da insignificância; outro versando sobre proibições legislativas apriorísticas de aplicação de penas alternativas e a fixação de regime inicial de cumprimento de pena diverso do fechado; e, por fim, outro em que era analisada tanta a dosimetria da punição quanto a aplicabilidade da insignificância)[541].

---

[540] *(i)* HC 106.212/MS; *(ii)* HC 108.872/RS; *(iii)* HC 109.134/RS; *(iv)* HC 109.363/MG; *(v)* HC 107.184/RS; *(vi)* HC 108.400/RS; *(vii)* HC 108.373/MG; *(viii)* HC 110.004/RS; *(ix)* HC 111.464 MC/ MG; *(x)* HC 109.227/SE; *(xi)* HC 111.017/RS; *(xii)* ADC 19/DF; *(xiii)* ADI 4.424/DF; *(xiv)* HC 110.711/RS; *(xv)* HC 102.087/MG; *(xvi)* HC 111.252/RS; *(xvii)* HC 96.759/CE; *(xviii)* HC 111.198/MG; *(xix)* HC 110.940/MS; *(xx)* HC 108.655/MG; *(xxi)* HC 104.410/RS; *(xxii)* HC 110.952/RS; *(xxiii)* HC 110.248/MS; *(xxiv)* HC 108.026/MS; *(xxv)* HC 107.082/RS; *(xxvi)* ADPF 54; *(xvii)* HC 103.993/MG; *(xviii)* HC 111.844/SP; *(xxix)* RHC 111.044/DF; *(xxx)* HC 111.096/SP; *(xxxi)* HC 108.089/RS; *(xxxii)* HC 112.400/RS; *(xxxiii)* HC 110.899/MS; *(xxxiv)* HC 107.215/MG; *(xxxv)* HC 106.498/MG; *(xxxvi)* HC 106.490/RS; *(xxxvii)* HC 106.045/RS; *(xxxviii)* HC 112.245/DF; *(xxxix)* HC 111.840/ES; *(xl)* HC 112.692/MG; *(xli)* HC 112.748/MG; *(xlii)* HC 114.850/MG; *(xliii)* HC 112.406/MG; *(xliv)* RHC 112.694/DF; *(xlv)* HC 112.896/SC; e *(xlvi)* HC 114.548/PR.

[541] Respectivamente: *(i)* 110.948/MG; *(ii)* 105.904/ES; e *(iii)* HC 112.103/MG.



Destes 49 acórdãos em que, ao menos em algum momento da argumentação jurídica, a proporcionalidade foi compreendida como referencial interpretativo constitucional mais amplo de medidas estatais restritivas de direitos fundamentais, 33 versaram sobre a aplicabilidade do princípio da insignificância[542]; 9 a respeito de proibições legislativas apriorísticas envolvendo a fixação de penas alternativas e regimes iniciais de cumprimento de pena que não o fechado[543]; 3 acerca da compatibilidade constitucional de mecanismos de discriminação positiva decorrente de violência doméstica[544]; 3 sobre o juízo de tipicidade material em crimes de porte de arma desmuniciada[545]; e 1 a respeito da extensão do crime de aborto aos casos de antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos[546] – o que pode ser constatado no gráfico abaixo:

---

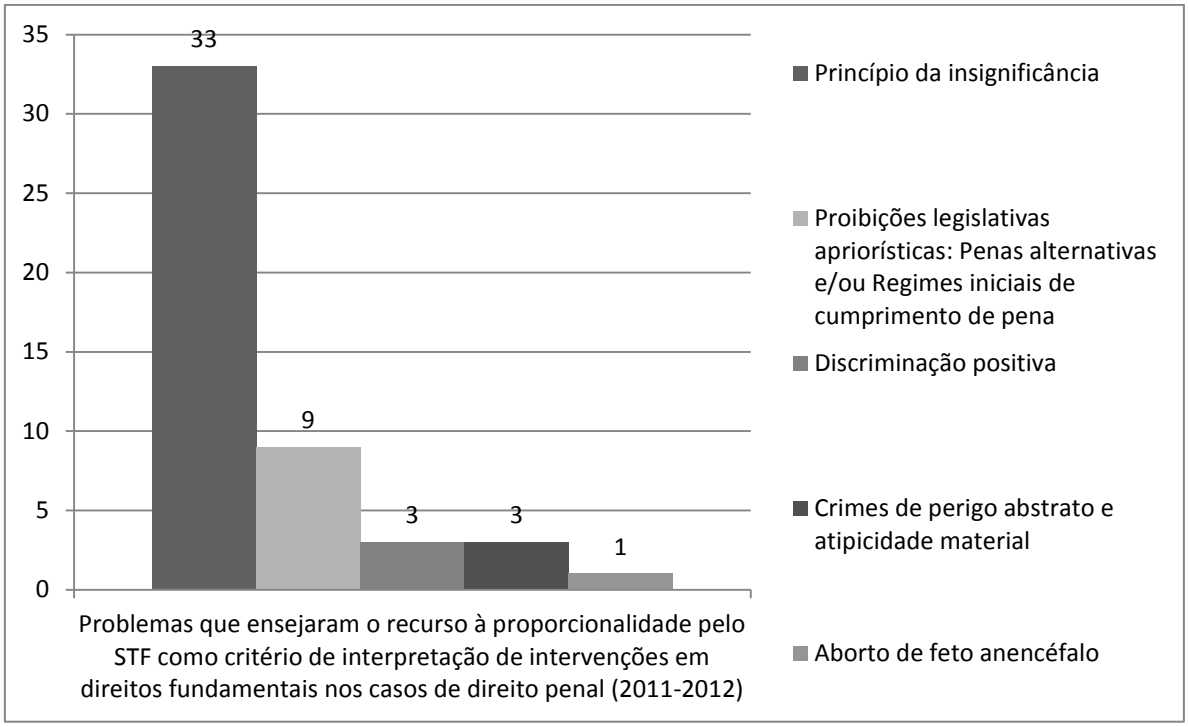
[542] *(i)* HC 108.872/RS; *(ii)* HC 109.134/RS; *(iii)* HC 109.363/MG; *(iv)* HC 107.184/RS; *(v)* HC 108.400/RS; *(vi)* HC 108.373/MG; *(vii)* HC 110.004/RS; *(viii)* HC 109.227/SE; *(ix)* HC 111.017/RS; *(x)* HC 110.711/RS; *(xi)* HC 111.252/RS; *(xii)* HC 111.198/MG; *(xiii)* HC 110.940/MS; *(xiv)* HC 110.952/RS; *(xv)* HC 107.082/RS; *(xvi)* HC 103.993/MG; *(xvii)* RHC 111.044/DF; *(xviii)* HC 111.096/SP; *(xix)* HC 108.089/RS; *(xx)* HC 112.400/RS; *(xxi)* HC 107.215/MG; *(xxii)* HC 106.498/MG; *(xxiii)* HC 106.490/RS; *(xxiv)* HC 106.045/RS; *(xxv)* HC 112.245/DF; *(xxvi)* HC 112.692/MG; *(xxvii)* HC 112.748/MG; *(xxviii)* HC 114.850/MG; *(xxix)* HC 112.406/MG; *(xxx)* RHC 112.694/DF; *(xxxi)* HC 114.548/PR; *(xxxii)* HC 110.948/MG; (*xxxiii)* HC 112.103/MG

[543] *(i)* HC 111.464 MC/ MG; *(ii)* HC 108.655/MG; *(iii)* HC 110.248/MS; *(iv)* HC 108.026/MS; *(v)* HC 111.844/SP; *(vi)* HC 110.899/MS; *(vii)* HC 105.904/ES; *(viii)* HC 111.840/ES; *(ix)* HC 112.896/SC.

[544] *(i)* HC 106.212/MS; *(ii)* ADC 19/DF; e *(iii)* ADI 4.424/DF.

[545] *(i)* HC 102.087/MG; *(ii)* HC 96.759/CE; e *(iii)* HC 104.410/RS.

[546] ADPF 54.



Como já anteriormente explicado, não foram introduzidas as discussões sobre insignificância no mesmo grupo de "proporcionalidade das penas", não obstante haja uma preocupação de se avaliar a gravidade da conduta delitiva e sua comparação com a intensa restrição de direitos fundamentais ensejada pelas intervenções jurídico-penais. Entretanto, as interpretações relativas à insignificância operam no plano da tipicidade (material), buscando definir se aquele comportamento concretamente analisado é ou não dotado de um conteúdo de injusto penal. Já os juízos concernentes à correspondência de grau entre seriedade do comportamento e gravidade da sanção parte de um ponto no qual a discussão acerca da tipicidade se encontra plenamente superada: o conteúdo de injusto já é indiscutível, restando apenas interpretar se a intensidade da punição guarda relação de proporcionalidade com a gravidade deste injusto já constatado ou presumido.

Ademais, opta-se aqui por não estabelecer uma escala de Ministros que mais utilizaram a proporcionalidade em suas argumentações. Isso por conta de que alguns Magistrados permaneceram menos tempo que outros na corte constitucional brasileira no biênio 2011-2012, o que prejudicaria uma avaliação quantitativa segura acerca da frequência com que especialmente os integrantes mais recentes utilizam a proporcionalidade em suas decisões jurídico-penais, inviabilizando também uma análise comparativa a respeito desta questão entre os Ministros.

4.3.2. Aplicação da proporcionalidade: entre regra sistemática e mera referência argumentativa

Como já explorado, da amostra composta por 74 acórdãos, em 49 deles a utilização da proporcionalidade transcende a tradicional concepção de equilíbrio entre comportamento e consequência jurídica, propondo-se a uma mais abrangente aplicação enquanto critério de verificação da compatibilidade constitucional de medidas estatais que restringem direitos fundamentais. No entanto, ao que parece confirmando parte da hipótese de investigação, o Supremo Tribunal Federal frequentemente recorre à proporcionalidade para justificar suas decisões sem uma preocupação com a delimitação de seu conteúdo dogmático ou com o delineamento de uma estrutura aplicativa minimamente próxima às construções da doutrina constitucionalista e penalista[547]. Deste universo de 49 acórdãos, em apenas 4 deles a proporcionalidade recebe de algum Ministro um tratamento sistemático, ou seja, esclarecendo-se a estrutura argumentativa que compõe a proporcionalidade e seu correspondente conteúdo dogmático, perpassando ainda cada uma das etapas aplicativas ali delineadas.

Em um destes acórdãos, no entanto, mais especificamente o que decidiu o HC 102.087/MG, tanto o Ministro Gilmar Mendes quanto o Ministro Ricardo Lewandowski recorreram à proporcionalidade, todavia de modos fundamentalmente diversos. Enquanto o voto do primeiro demonstra alguma preocupação sistemática e de delimitação de conteúdo, o outro apenas menciona o termo "proporcionalidade" como algo equivalente, ou pelo menos próximo, da noção de "razoabilidade" – sem, contudo, embora afirmando acompanhar os argumentos de Mendes, especificar o que compreendia por cada um destes termos e como os distintos direitos fundamentais concretamente em conflito poderiam ser manejados por estas estruturas interpretativas[548]. Já na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, o mesmo fato volta a ocorrer: enquanto por parte da Ministra Rosa Weber a proporcionalidade foi aplicada com alguma preocupação sistemática – embora o desenvolvimento argumentativo

---

[547] Esta modalidade de aplicação corresponderia à variável de análise "aplicação nominalista", a qual – consistindo na aplicação da proporcionalidade mediante sua mera citação, ou por meio da explicação de sua estrutura aplicativa sem que esta guarde correspondência com o restante da cadeia argumentativa – guarda relação de oposição à aplicação sistemática.

[548] Voto do Ministro Ricardo Lewandowski no "Inteiro Teor do Acórdão" do HC 102.087/MG: "[...] acompanhando os argumentos do Ministro Gilmar Mendes no sentido de que cada caso é um caso, deve ser examinado o ponto de vista da proporcionalidade, da razoabilidade, tendo em conta as circunstâncias fáticas, enfim, em que se deu o comportamento, mantenho o meu entendimento de que se está diante um crime de perigo abstrato para cuja caracterização desimporta o resultado concreto da ação".

tenha contado com peculiaridades a serem detalhadas adiante –, nos argumentos de outros Ministros é ela apenas citada na condição de mero reforço de outros argumentos[549].

Além destes 2 acórdãos, nos quais a corte constitucional parece dar indicações de não ter um entendimento uniforme acerca da proporcionalidade, em apenas 2 oportunidades esta foi aplicada de forma integralmente sistemática, ou seja, sem que outros Ministros tenham também se utilizado dela de forma nominalista. São os casos, especificamente, do HC 96.759/CE e do HC 104.410/RS, em ambas as oportunidades nos votos do Ministro Gilmar Mendes acerca da tipicidade material e o delito de porte de arma desprovida de munição, nos quais Mendes explicita a estrutura aplicativa da proporcionalidade da qual parte, bem como o preenchimento que atribui aos respectivos conteúdos dogmáticos de cada regra de proporcionalidade, além de discutir o caso concreto em face das premissas estabelecidas.

Em todas as outras 45 decisões, contudo, o recurso à proporcionalidade no processo de argumentação jurídica se deu por meio de sua citação – ainda que, em alguns casos, fundamentada doutrinariamente –, em articulação com os demais argumentos que integravam a fundamentação judicial e como forma de reforço formalista dos mesmos[550]. Ou seja, sem que, no caso concreto, o uso da proporcionalidade tenha guardado relação com a estrutura aplicativa que costuma se atribuir à proporcionalidade enquanto critério interpretativo de medidas estatais restritivas de direitos fundamentais (idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), bem como mecanismo de solução para casos de conflitos entre princípios constitucionais. A classificação como nominalista mesmo das

---

[549] É o caso dos Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Joaquim Barbosa, Carmen Lúcia e Celso de Mello; cf. "Inteiro Teor do Acórdão" da ADPF 54. Cada uma dessas aplicações será exposta com mais detalhes adiante, na análise mais propriamente qualitativa das decisões nas quais a proporcionalidade foi utilizada de modo diverso do sentido tradicional de "proporcionalidade das penas".

[550] *1. Ministro Ayres Britto: (i)* HC 106.212/MS; *(ii)* HC 109.134/RS; *(iii)* HC 109.363/MG; *(iv)* HC 107.184/RS; *(v)* HC 108.400/RS; *(vi)* HC 109.227/SE; *(vii)* HC 111.017/RS; *(viii)* HC 111.252/RS; *(ix)* HC 111.198/MG; *(x)* HC 110.940/MS; *(xi)* HC 108.655/MG; *(xii)* HC 110.952/RS; *(xiii)* HC 107.082/RS.

2. Ministro Celso de Mello: (i) HC 111.464 MC/ MG; *(ii)* HC 110.248/MS; *(iii)* HC 108.026/MS; *(iv)* HC 111.844/SP; *(v)* HC 105.904/ES.

3. Ministro Dias Toffoli: RHC 111.044/DF.

4. Ministro Gilmar Mendes: (i) HC 108.872/RS; *(ii)* HC 108.373/MG; *(iii)* HC 110.004/RS; *(iv)* HC 110.711/RS; *(v)* HC 112.400/RS; *(vi)* HC 110.899/MS; *(vii)* HC 112.896/SC; *(viii)* HC 107.184/RS; e *(ix)* HC 106.212/MS.

5. Ministro Ricardo Lewandowski: (i) HC 111.096/SP; *(ii)* HC 112.245/DF; *(iii)* HC 110.948/MG; *(iv)* HC 112.103/MG.

6. Ministra Rosa Weber: (i) HC 103.993/MG; *(ii)* HC 108.089/RS; *(iii)* HC 107.215/MG; *(iv)* HC 106.498/MG; *(v)* HC 106.490/RS; *(vi)* HC 106.045/RS; *(vii)* HC 112.692/MG; *(viii)* HC 112.748/MG; *(ix)* HC 114.850/MG; *(x)* HC 112.406/MG; *(xi)* RHC 112.694/DF; *(xii)* HC 114.548/PR.

decisões em que a proporcionalidade tenha sido fundamentada doutrinária e jurisprudencialmente tem como base a ideia de que se diminuir em grande intensidade a possibilidade de controle intersubjetivo das decisões e dos processos argumentativos quando a proporcionalidade é destituída de critérios concretos de aplicação, constituindo-se no máximo em fórmulas abstratas como a proibição de excesso, de proteção insuficiente, ou como relacionada à vaga ideia de razoabilidade.

4.3.3. Resultado da aplicação da proporcionalidade: entre a limitação e a justificação da intervenção jurídico-penal

O terceiro principal critério de análise quantitativa concentra-se sobre os resultados da aplicação da proporcionalidade, verificando se foi ela utilizada em argumentações cujo desfecho foi a *limitação* ou a *justificação* das medidas punitivas, legislativas ou judiciais. Isso não significa que a proporcionalidade tenha sido o critério nuclear da decisão pela limitação ou justificação da intervenção: o que se procurou verificar foi apenas se, nos processos em que a proporcionalidade surge nas argumentações jurídicas, estas culminam na sustentação ou na contenção do poder punitivo do Estado. Neste sentido, hipoteticamente, se um Ministro fundamenta a insignificância penal com base em um juízo ou ideia de proporcionalidade, compreende as intervenções jurídico-penais em face de comportamentos penalmente irrelevantes como *desproporcionais* (proibição do excesso), ao passo que as medidas incidentes sobre condutas penalmente relevantes são *proporcionais* (proibição da proteção insuficiente) – em quaisquer dos casos, no entanto, um juízo de proporcionalidade é realizado diante das circunstâncias concretas. A preocupação, no caso, é com a maneira pela qual a proporcionalidade opera na argumentação do Ministro que a utilizou, e não exatamente em como influencia o resultado final do acórdão, decorrente da conjugação da opinião do restante dos Ministros atuantes naquele processo – variável descartada nesta pesquisa concreta, em decorrência da constatação de que as argumentações com base na proporcionalidade integraram a opinião majoritária do órgão julgador em 45 acórdãos, de um total de 49 que fazem parte da amostra[551]. Busca-se com isso, ao final, identificar se procedem as teses

[551] A principal exceção é o HC 110.711/RS, em que o voto do Ministro Relator Gilmar Mendes pela insignificância da conduta, fundamentada mediante um recurso à ideia de proporcionalidade, constituiu minoria entre os demais Ministros da Segunda Turma. Além disso, no HC 108.373/MG, também relacionado à insignificância, o voto do Ministro Gilmar Mendes, que mais uma vez fundamenta o instituto com base na proporcionalidade, foi acolhido apenas pelo Ministro Ayres Britto, e não acolhido pelos Ministros Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski, resultando em empate favorável ao paciente do *habeas corpus.* Por fim, as

penalistas mais frequentes de que a proporcionalidade constitui um elemento limitador do direito penal enquanto proibição de excesso, ou se o seu caráter ambivalente procede e tem reflexos no comportamento decisório do Supremo Tribunal Federal.

Como resultado, de um total de 49 acórdãos que utilizaram a proporcionalidade como critério interpretativo de restrições estatais de direitos fundamentais, em 19 deles ela serviu exclusivamente à *limitação* do poder punitivo[552], e em outros 27 exclusivamente à sua *justificação*[553].

Em 3 casos, no entanto, o uso da proporcionalidade apresenta uma ambivalência interna ao próprio acórdão – seja entre Ministros distintos, ou mesmo por parte de um só intérprete-aplicador. Em 2 destes acórdãos, o recurso à proporcionalidade ocorreu por iniciativa de diferentes Ministros, figurando ora como elemento de fundamentação da sustentação da medida jurídico-penal, ora como da contenção da mesma, dependendo da argumentação empregada pelo Magistrado. É o caso da ADPF 54, na qual as justificações dos Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Luiz Fux e Celso de Mello em algum momento articularam seus argumentos com a noção de proporcionalidade, naquele caso para *limitar* o poder punitivo e declarar inconstitucional a criminalização da antecipação terapêutica do feto anencéfalo; enquanto que, por outro lado, o Ministro Cezar Peluso se vale de uma ponderação de princípios constitucionais para justificar exatamente o inverso. Além deste julgado, isso ocorre também nas argumentações constantes do HC 111.840/ES, no qual a proporcionalidade é utilizada tanto para declarar *inconstitucional* (Ministro Ricardo Lewandowski) a proibição legislativa apriorística de fixação de regime diferente do fechado para início do cumprimento de pena em casos de tráficos de drogas, quanto para declará-lo *constitucional* (Ministro Marco Aurélio). Por fim, em 1 julgado deste universo de 50 (RHC 111.044/DF), no contexto de uma

---

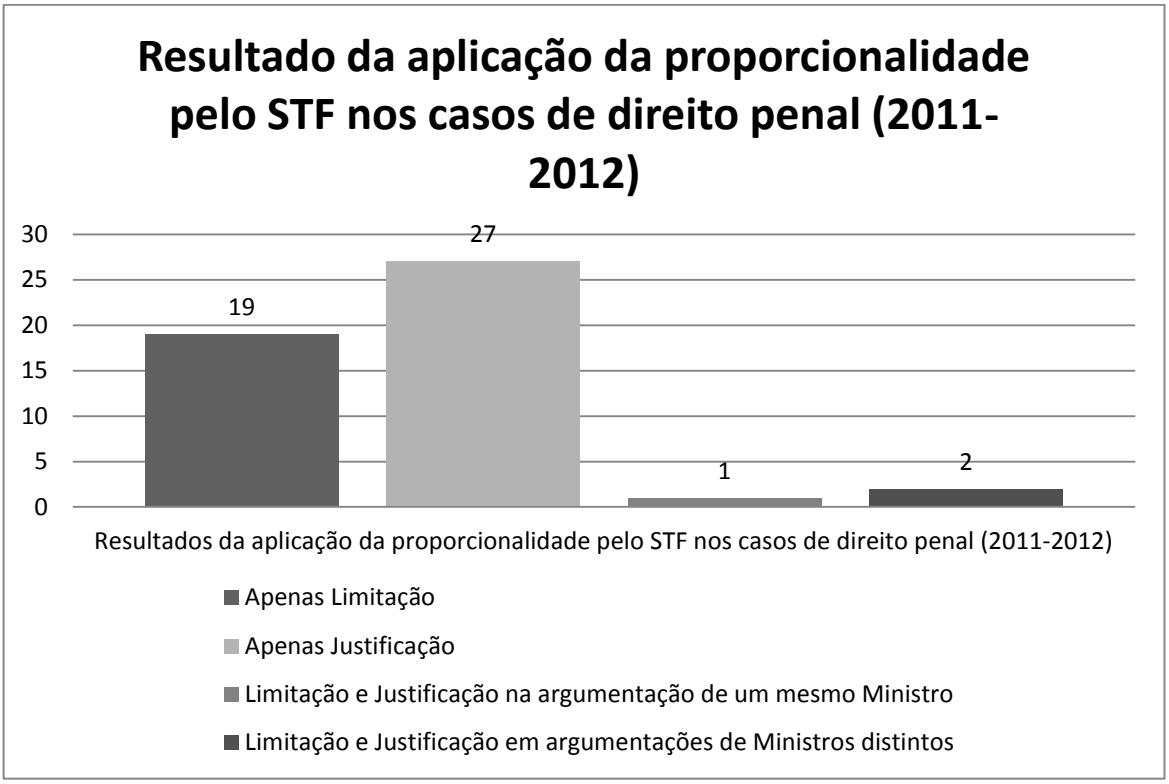
duas outras exceções são a ADPF 54 e o HC 111.840/ES, em que foram acolhidas apenas as argumentações que recorreram à proporcionalidade com vistas à limitação do poder punitivo, não constituindo maioria aquelas que utilizaram tal critério interpretativo para dar sustentação jurídica à medida estatal constritiva.

[552] (i) HC 108.872/RS; (ii) HC 109.134/RS; (iii) HC 109.363/MG; (iv) HC 107.184/RS; (v) HC 108.373/MG; *(vi)* HC 110.004/RS; *(vii)* HC 111.464 MC/ MG; *(viii)* HC 109.227/SE; *(ix)* HC 110.711/RS; *(x)* HC 108.655/MG; *(xi)* HC 110.248/MS; *(xii)* HC 108.026/MS; *(xiii)* HC 103.993/MG; *(xiv)* HC 111.844/SP; *(xv)* HC 111.096/SP; *(xvi)* HC 112.400/RS; *(xvii)* HC 110.899/MS; *(xviii)* HC 105.904/ES; *(xix)* HC 112.896/SC.

[553] *(i)* HC 106.212/MS; *(ii)* HC 108.400/RS; *(iii)* HC 111.017/RS; *(iv)* ADC 19/DF; *(v)* ADI 4.424/DF; *(vi)* HC 102.087/MG; *(vii)* HC 111.252/RS; *(viii)* HC 96.759/CE; *(ix)* HC 111.198/MG; *(x)* HC 110.940/MS; *(xi)* HC 104.410/RS; *(xii)* HC 110.952/RS; *(xiii)* HC 107.082/RS; *(xiv)* HC 108.089/RS; *(xv)* HC 107.215/MG; *(xvi)* HC 106.498/MG; *(xvii)* HC 106.490/RS; *(xviii)* HC 106.045/RS; *(xix)*HC 112.245/DF; *(xx)* HC 110.948/MG; *(xxi)* HC 112.103/MG; *(xxii)* HC 112.692/MG; *(xxiii)* HC 112.748/MG; *(xxiv)* HC 114.850/MG; *(xxv)* HC 112.406/MG; *(xxvi)* RHC 112.694/DF; *(xvxvii)* HC 114.548/PR.

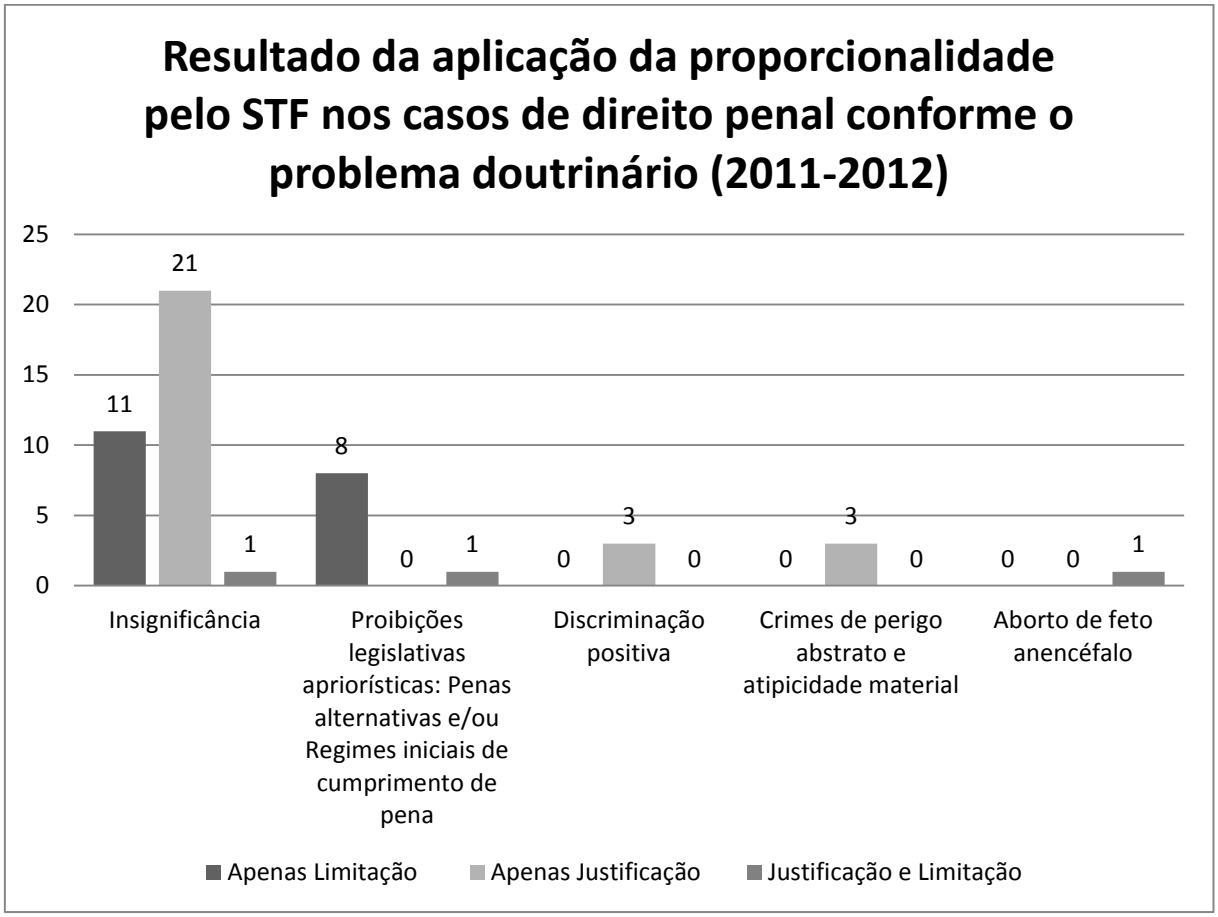
verificação da insignificância de condutas praticadas por dois agentes distintos em coautoria, o Ministro Dias Toffoli considerou que apenas o comportamento de somente um deles não possuía relevância penal, logo considerando desproporcional apenas uma das intervenções.

O panorama completo destes resultados pode ser verificado no gráfico seguinte:

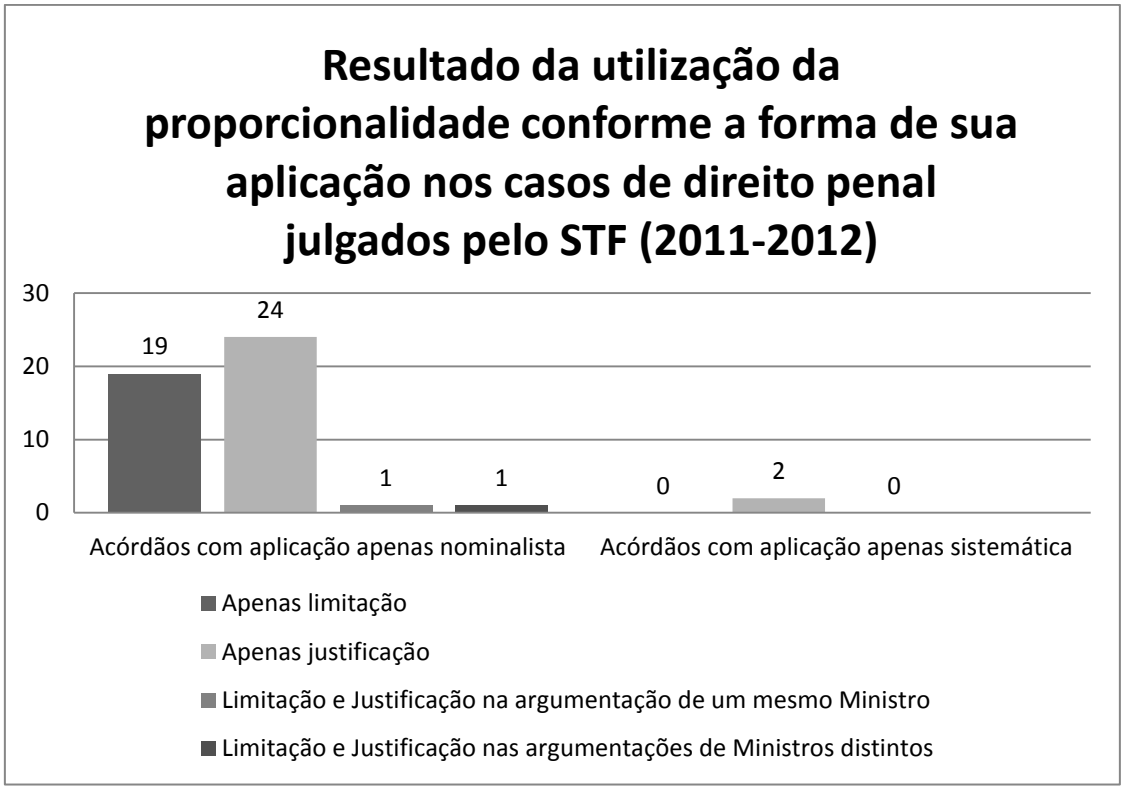


A divisão dos dados conforme o problema prático e doutrinário que levou o intérprete-aplicador a utilizar a proporcionalidade como critério interpretativo. O cruzamento de dados permite identificar que: *(i)* na insignificância, o juízo de proporcionalidade majoritariamente culmina na justificação do poder punitivo; *(ii)* na discussão sobre a constitucionalidade de proibições legislativas apriorísticas da fixação de regime diferente do fechado como o inicial para cumprimento de pena, ou de substituição de penas privativas de liberdade por restritivas de direito, a proporcionalidade na argumentação do STF resultou na *limitação* da intervenção jurídico-penal em 8 casos, e em apenas 1 deles houve voto divergente no sentido de *justificar* a medida utilizando a proporcionalidade como argumento (HC 111.840/ES); *(iii)* nos 3 casos em que foi avaliada a constitucionalidade de medidas de discriminação positiva em virtude de violência doméstica, a proporcionalidade culminou sem exceção na justificação das medidas jurídico-penais; *(iv)* o mesmo ocorreu nos 3 casos em que o Supremo Tribunal Federal verificou a procedência constitucional e tipicidade material de delitos de posse envolvendo armas de fogo desmuniciadas; *(v)* já no caso de controle concentrado de constitucionalidade

da extensão do crime de aborto para casos de gestação de feto anencéfalo, a proporcionalidade serviu tanto à *limitação* quanto à *justificação* do poder de punir, variando conforme a argumentação empregada pelo Ministro.



As informações coletadas permitem também verificar se a forma de aplicação da proporcionalidade, se sistemática ou nominalista, influencia a decisão final do Ministro que a utilizou, estando as informações finais sistematizadas no gráfico a seguir:



Os resultados do cruzamento dos dados, no entanto, indicam não haver uma relação direta entre forma de aplicação da proporcionalidade e o resultado deste processo de concretização. Conforme o gráfico acima, dos 45 acórdãos em que a proporcionalidade foi utilizada de modo *apenas nominalista*, em 24 deles a decisão final foi pela justificação da medida punitiva[554]; em 19 pela limitação[555]; em 1 pela limitação *e* justificação na argumentação de um mesmo Ministro[556]; e em 1 pela limitação *e* justificação nas argumentações de Ministros distintos[557]. Já nos 2 acórdãos em que a aplicação foi *apenas sistemática*, ambos tiveram como resultado final a *justificação* da medida punitiva[558].

[554] *(i)* HC 106.212/MS; *(ii)* HC 108.400/RS; *(iii)* HC 111.017/RS; *(iv)* ADC 19/DF; *(v)* ADI 4.424/DF; *(vi)* HC 111.252/RS; *(vii)* HC 111.198/MG; *(viii)* HC 110.940/MS; *(ix)* HC 110.952/RS; *(x)* HC 107.082/RS; *(xi)* HC 108.089/RS; *(xii)* HC 107.215/MG; *(xiii)* HC 106.498/MG; *(xiv)* HC 106.490/RS; *(xv)* HC 106.045/RS; *(xvi)* HC 112.245/DF; *(xvii)* HC 110.948/MG; *(xviii)* HC 112.103/MG; *(xix)* HC 112.692/MG; *(xx)* HC 112.748/MG; *(xxi)* HC 114.850/MG; *(xxii)* HC 112.406/MG; *(xxiii)* RHC 112.694/DF; *(xxiv)* HC 114.548/PR.

[555] *(i)* HC 108.872/RS; *(ii)* HC 109.134/RS; *(iii)* HC 109.363/MG; *(iv)* HC 107.184/RS; *(v)* HC 108.373/MG; *(vi)* HC 110.004/RS; *(vii)* HC 111.464 MC/ MG; *(viii)* HC 109.227/SE; *(ix)* HC 110.711/RS; *(x)* HC 108.655/MG; *(xi)* HC 110.248/MS *(xii)* HC 108.026/MS; *(xiii)* HC 103.993/MG; *(xiv)* HC 111.844/SP; *(xv)* HC 111.096/SP; *(xvi)* HC 112.400/RS; *(xvii)* HC 110.899/MS; *(xviii)* HC 105.904/ES; *(xix)* HC 112.896/SC.

[556] RHC 111.044/DF.

[557] HC 111.840/ES.

[558] *(i)* HC 96.759/CE; *(ii)* HC 104.410/RS.

4.4. Análise qualitativa: principais linhas de entendimento do STF em torno da proporcionalidade no biênio 2011-2012

Nesta segunda etapa, já com um mapeamento quantitativo da aplicação da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal nos casos envolvendo questões de direito penal material, será realizada uma análise qualitativa por meio do estabelecimento de diversos *grupos de casos* correspondentes ao que no Banco de Dados foi denominado "Problema Doutrinário", o qual consiste na área da vida social que a corte constitucional brasileira buscou atribuir uma regulação jurídica de algum modo utilizando a proporcionalidade.

4.4.1. Insignificância

A principal fonte de resultados positivos à combinação dos termos "proporcionalidade" e "penal" é a insignificância, responsável, como explorado acima, por 33 decisões de um universo de 50 nas quais a proporcionalidade foi trabalhada pelo Supremo Tribunal Federal de modo mais amplo que o mero estabelecimento de uma correlação gradativa entre gravidade da conduta e da sanção jurídico-penal. O fundamento da insignificância com base na proporcionalidade, no entanto, varia conforme o Ministro, que dá contornos próprios à forma de combinar os dois institutos, e em regra repetindo a fórmula na grande maioria das decisões proferidas sobre o tema – alterando apenas o resultado final de acordo com as circunstâncias fáticas apresentadas.

O Ministro Ayres Britto parte do pressuposto de que a legalidade penal tem um efeito binário: de um lado, implica uma restrição à liberdade de atuação e a um direito fundamental; de outro, permite ao Poder Judiciário a contenção dos excessos legislativos "de irrazoabilidade e desproporcionalidade", extraindo esta mediação judicial aplicável também aos juízos de insignificância no âmbito penal de um "devido processo legal substantivo ou material". A insignificância, neste sentido, decorreria de um "necessário juízo de razoabilidade e proporcionalidade" de comportamentos apenas formalmente típicos, mas desprovidos de ofensividade capaz de lhes atribuir tipicidade material. Britto, no entanto, recorre a um ideal de justiça contido no preâmbulo da Constituição brasileira, a qual se concretizaria por meio de "uma certa dosagem de razoabilidade e proporcionalidade" nos

processos voltados à concretização de valores constitucionais, de modo que a realização da justiça dependeria da realização destes de modo "razoável e proporcional". A partir deste argumento, o Ministro sustenta que a justiça não logra uma autorrealização, antes dependendo da concretização daquilo que o Ministro denomina "ponderabilidade", a qual englobaria a "proporcionalidade" e a "razoabilidade" na mediação das relações sociais e nos processos de concretização constitucional. A insignificância, sobre estas bases, teria aplicabilidade diante de uma série de circunstâncias: da perspectiva do agente, quando este se encontra em situação de vulnerabilidade social; da vítima, quando inexistente nesta um sentimento de perda e frustração pela não incidência da norma penal; dos modos de cometimento do delito, quando estes levassem consigo um grau de "atabalhoamento ou amadorismo", e não veiculassem formas de violência ou grave ameaça; e, nos casos dos crimes patrimoniais, quando o valor da coisa se mostrar irrisório. Antes deste último critério, no entanto, Ayres Britto estabelece que a insignificância se relaciona também a uma perspectiva da "repressão estatal", com isso abrangendo os casos em que impor uma sanção jurídico-penal se revela despropositado, significando por si só "um desbordamento de qualquer ideia de proporcionalidade"[559]. O Ministro entendeu ser inaplicável a insignificância, contudo, em casos nos quais houve invasão de local privado[560] e em que – demonstrando uma preocupação com finalidades preventivas – a personalidade do agente lhe parecia desfavorável[561].

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, inicia suas argumentações demarcando a posição da insignificância na teoria do delito, estabelecendo-a como caso de afastamento da tipicidade penal. Mendes afirma não ser "razoável" que o sistema de justiça criminal seja acionado para lidar com casos desprovidos de magnitude ofensiva, também se posicionando no sentido de um direito de um "caráter eminentemente subsidiário", voltado a uma atuação mínima dedicada à "proteção dos bens jurídicos de maior relevância e transcendência para a vida social" e desatenciosa em relação aos comportamentos que "ofendam com mínimo grau de lesividade o bem jurídico tutelado". Em seguida, afirma o Ministro que a aferição de tipicidade material depende de uma "ponderação entre o dano causado pelo agente e a pena que lhe será imposta", possibilitando que sejam declaradas ilegítimas as intervenções

[559] A mesma linha argumentativa é repetida por Britto nos seguintes julgados que compõem a amostra, no respectivo "Inteiro Teor do Acórdão": *(i)* HC 109.134/RS; *(ii)* HC 109.363/MG; *(iii)* HC 107.184/RS; *(iv)* HC 108.400/RS; *(v)* HC 109.227/SE; *(vi)* HC 111.017/RS; *(vii)* HC 111.252/RS; *(viii)* HC 111.198/MG; *(ix)* HC 110.940/MS; *(x)* HC 110.952/RS; e *(xi)* HC 107.082/RS.

[560] Cf. "Inteiro Teor do Acórdão" dos *(i)* HC 111.252/RS; *(ii)* HC 110.952/RS; e *(iii)* HC 107.082/RS.

[561] Neste sentido, o "Inteiro Teor do Acórdão" dos *(i)* HC 108.400/RS; *(ii)* HC 111.017/RS; *(iii)* HC 111.198/MG; e *(iv)* HC 110.940/MS.

contrárias ao "princípio da proporcionalidade"[562]. Um diferencial interpretativo de Mendes sobre a insignificância é que desconsidera elementos subjetivos – tais como reincidência ou antecedentes criminais – no juízo de insignificância, afirmando que tais análises seriam mais apropriadas em um juízo de culpabilidade, e não de tipicidade. A questão da proporcionalidade na insignificância, no HC 108.373/MG, ganha contornos distintivos em comparação com do conjunto de julgados em que Mendes opina sobre o assunto. Em voto divergente, o Ministro volta a relacionar proporcionalidade e insignificância, afirmando esta como "a concretização da ideia de proporcionalidade".

Já o Ministro Ricardo Lewandowski constrói a noção de insignificância em relação à proporcionalidade de modo mais voltado à gravidade da resposta ao delito. Sustentando que a insignificância decorre do ato de "sopesar a proporcionalidade entre o desvalor da conduta levada a efeito pelo acusado e a resposta penal a ser imposta pelo Estado", declarando ser caso de delito de bagatela quando inexistir esta "relação de proporcionalidade, hipótese em que a medida punitiva se mostra "desnecessária e desproporcional à ação levada a efeito pelo réu"[563]. Lewandowski, no entanto, considera inaplicável a insignificância nos casos em que o agente contar com aspectos negativos relacionados à sua personalidade, especialmente reincidência ou antecedentes criminais[564]; chegando inclusive a afastar a aplicação do critério da insignificância em casos em que o acusado de cometer o delito conta com registros policiais e prisões em flagrante que não culminaram em sentenças condenatórias com trânsito em julgado[565]. Em dois votos específicos, no entanto, Lewandowski afirma a inaplicabilidade da insignificância também em delitos relacionados à moeda falsa, sustentando que a "fé

---

[562] O Ministro Dias Toffoli se utiliza de igual argumentação para fundamentar sua concepção de insignificância a partir da proporcionalidade. Cf. "Inteiro Teor do Acórdão" do RHC 111.044/DF. Trata-se do único julgado da amostra no qual Toffoli relatou processo que versava sobre a aplicabilidade da insignificância.

[563] Cf. "Inteiro Teor do Acórdão" do HC 111.096/SP.

[564] Cf. "Inteiro Teor do Acórdão" dos HC 110.948/MG e HC 112.103/MG. Nos votos que profere nestes Acórdãos, Lewandowski repete a fundamentação do HC 111.096/SP acerca da proporcionalidade e sua relação com a insignificância; todavia, compreendendo-a como inaplicável ao caso. Considera ainda ser motivos de afastamento da incidência da insignificância nestes dois julgados o concurso de pessoas e a necessidade de dar consecução a finalidades preventivas do direito penal.

[565] "Além desse aspecto, os autos dão conta da reiteração criminosa. Conforme ressaltado pelas instâncias anteriores e pelo Ministério Público Federal, na certidão de antecedentes criminais e do paciente constam registros de inquéritos policiais, bem como de prisões em flagrante efetuadas em razão da prática de diversas condutas delitivas, entre elas o delito de furto. É evidente que esses fatos não indicam, tecnicamente, a reincidência do paciente. Contudo, demonstram a sua propensão à prática de crimes. Embora esta Turma tenha entendimento no sentido de que as questões relativas à pessoa do agente não devem ser levadas em consideração no exame da incidência ou não do princípio da insignificância o caso concreto, [...] tenho que os fatos narrados demonstram a necessidade da tutela penal, em função da maior reprovabilidade da conduta do agente, que, conforme revelam os autos, possui experiência criminosa anterior, de modo que não há falar em insignificância no caso sob exame". Cf. "Inteiro Teor do Acórdão" do HC 112.245/DF.

pública" seria abalada independentemente do valor da nota falsificada, todavia sem recorrer à noção de proporcionalidade para fundamentar sua concepção de insignificância ou sua concretização àqueles casos concretos[566].

Por sua vez, a Ministra Rosa Weber, em todos os seus julgados sobre o tema que compõem a amostra, recorre a decisões do Ministro Ayres Britto como reforço de sua tese segundo a qual a insignificância é uma "decorrência dos princípios da proporcionalidade ou da razoabilidade", sendo injustificáveis a incidência do direito penal nestas hipóteses em virtude de "sua desproporcionalidade"[567]. Rosa Weber adota o critério segundo o qual a personalidade do agente[568], a invasão a domicílio[569] e a intimidação da vítima (ainda que sem grave ameaça) constituem hipóteses de não aplicação da insignificância[570].

Em todos estes casos, o que se constata é o recurso à ideia de proporcionalidade como forma de fundamentação da insignificância, o que conduz à afirmação de que, nos acórdãos analisados, os Ministros consideraram que a avaliação de tipicidade material da conduta implicava um juízo de proporcionalidade. Entretanto, todas as utilizações da proporcionalidade neste sentido pouco esclareceram como cada intérprete-aplicador compreende a estrutura aplicativa da proporcionalidade, ou mesmo o conceito que cada magistrado está atribuindo ao termo em cada uma de suas argumentações. No entanto, uma verificação de proporcionalidade como 0critério de aferição de relevância típica encontra óbice nas frequentes valorações de política criminal realizadas pelos Ministros quando abordam as finalidades preventivas do direito penal e aspectos da personalidade do agente, em interpretações apropriadas tão somente no plano da culpabilidade[571].

---

[566] Cf. "Inteiro Teor do Acórdão" dos HC 111.266/SP e HC 112.708/MA.

[567] A mesma fundamentação da insignificância com lastro na ideia de proporcionalidade está presente no "Inteiro Teor do Acórdão" dos processos *(i)* HC 103.993/MG; *(ii)* HC 108.089/RS; *(Iii)* HC 107.215/MG; *(iv)* HC 106.498/MG; *(v)* HC 106.490/RS; *(vi)* HC 106.045/RS; *(vii)* HC 112.692/MG; *(viii)* HC 112.748/MG; *(ix)* HC 114.850/MG; *(x)* HC 112.406/MG; *(xi)* RHC 112.694/DF; e *(xii)* HC 114.548/PR.

[568] Cr. "Inteiro Teor do Acórdão" dos *(i)* HC 106.490/RS; *(ii)* HC 112.692/MG; *(iii)* HC 112.748/MG; *(iv)* HC 114.850/MG; *(v)* HC 112.406/MG; *(vi)* RHC 112.694/DF; e *(vii)* HC 114.548/PR.

[569] Cf. "Inteiro Teor do Acórdão" dos *(i)* HC 108.089/RS; *(ii)* HC 106.498/MG; *(iii)* HC 106.490/RS; *(iv)* HC 112.748/MG.

[570] Cf. "Inteiro Teor do Acórdão" do HC 112.406/MG.

[571] "Ressalta-se também a dificuldade encontrada pelo STF em estabelecer critérios equilibrados e seguros na aplicação do princípio da insignificância, ora suscitando apenas elementos de orem objetiva para reconhecer ou afastar o princípio, ora determinando subjetivamente, com argumentos que muitas vezes fogem da amplitude da discussão da insignificância – como a vida pregressa do agente, ou a sensação social de impunidade –, quais são os casos que merecem ou não a interpretação mais benéfica". BOTTINI, Pierpaolo et al. A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF... *op. cit.*, p. 146.

4.4.2. Penas alternativas e regime de cumprimento de pena: **proibições legislativas "absolutas e apriorísticas"**

A Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990) estabelece. no §1º de seu artigo 2º, que nos casos de condenação pelos delitos por ela elencados em seu art. 1º, a pena deveria ser cumprida *integralmente* em regime fechado. Em fevereiro de 2006, no entanto, ao julgar o HC 82.959, o Supremo Tribunal Federal declarou tal dispositivo inconstitucional, daí decorrendo movimentação legislativa que viria a culminar na aprovação da Lei nº 11.464/2007. Esta, por sua vez, modificava o enunciado normativo da Lei dos Crimes Hediondos que havia sido declarado inconstitucional pelo STF, de maneira a determinar que a pena referente à condenação por crime listado em tal documento normativo não fosse cumprida de modo *integral* em regime fechado, como constava da regra anterior, mas que tal regime fosse o *necessariamente* o inicial[572], independentemente das demais circunstâncias fáticas ou jurídicas que pudessem se fazer presentes no caso[573]. De modo similar, a Lei de Drogas brasileira (nº 11.343/2006), estabelece em seu artigo 44 que os condenados por determinados delitos nela previstos não poderiam ter suas penas privativas de liberdade convertidas em restritivas de direitos[574].

Este problema doutrinário foi enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal em 9 acórdãos que compuseram a amostra analisada[575], nos quais a proporcionalidade foi utilizada como um dos argumentos para justificar a tese de incompatibilidade constitucional de tais dispositivos, ganhando caracteres distintos de acordo com cada Ministro.

Destes 9 julgados, em 5 deles houve alguma participação do Ministro Celso de Mello, recorrendo à proporcionalidade em seu sentido de proibição de excesso. O teste de proporcionalidade de um ato estatal é classificado como um meio de "viabilizar o controle de sua razoabilidade" e "constitucionalidade material" – consistindo em um "coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais" e "postulado básico da contenção dos excessos do

---

[572] Lei nº 8.072/1990: "Art. 2º [...] § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado".

[573] Sobre esta evolução, cf. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. O IBCCRIM e a inconstitucionalidade da proibição de progressão nos crimes hediondos. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo: IBCCRIM, Edição Especial, v. 20, 2012, p. 6-7. Sobre o tema, de modo mais amplo, cf. ainda FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos... op. cit.*

[574] Lei nº 11.343/2006: "Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e §1º, e 34 e 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos".

[575] Cf. nota 543, infra.

Poder Público". Celso de Mello atribui à proporcionalidade, assim compreendida, um papel fundamental à manutenção da "racionalidade do Estado Democrático de Direito", sendo considerado pelo Ministro como imprescindível à manutenção das liberdades ao barrar exercícios excessivos do poder por parte do Estado, "notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo" – daí se extrai o argumento de ser possível ao Supremo Tribunal Federal considerar inconstitucionais os comandos jurídicos "que ofendem os padrões de razoabilidade". Celso de Mello extrai destas considerações duas conclusões, as quais versão exatamente sobre as controvérsias constitucionais envolvendo a Lei de Crimes Hediondos e a Lei de Drogas: primeiramente, a de que ao legislador é vedado que substitua o magistrado na verificação das possibilidades fático-jurídicas concretas de conversão de penas privativas de liberdade em restritivas de direito; e, por fim, a de que tampouco pode fazê-lo para impedir a avaliação judicial do regime de cumprimento de pena juridicamente cabível e adequado[576].

Gilmar Mendes, a seu turno, é o Ministro Relator de outros 2 julgados integrantes da amostra, nos quais a questão é enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal. Nos processos HC 110.899/MS e HC 112.896/SC, avaliando a constitucionalidade da proibição constante da Lei dos Crimes Hediondos, Mendes afirma que tal norma contrariaria não somente a determinação constitucional de *individualização da pena*, mas também a própria "proporcionalidade". Em linha similar, Ayres Britto defende no HC 108.655/MS que não seria contrária aos "vetores da razoabilidade e da proporcionalidade" a imposição legislativa de regras mais rígidas à conversão de penas privativas e liberdade em restritivas de direito, mas que situação bastante distinta era a proibição incondicional de tal verificação judicial[577].

A questão é decidida de modo mais definitivo no HC 111.840/SP, julgado pelo Plenário do STF, que decidiu pela inconstitucionalidade do dispositivo proibitivo constante da Lei nº 8.072/1990, já com as alterações advindas da Lei nº 11.464/2007. No acórdão deste processo, a proporcionalidade é utilizada como elemento argumentativo pelo Ministro Ricardo Lewandowski, para o qual não "parece proporcional e nem razoável" que indivíduos que fizessem jus à submissão a um regime inicial de cumprimento de pena menos gravoso que o fechado não pudessem fazê-lo em decorrência de uma proibição legal apriorística. O caráter

---

[576] Argumentações presentes em todos as manifestações do Ministro Celso de Mello sobre o tema e que compuseram a amostra. Cf. "Inteiro Teor do Acórdão" de *(i)* HC 111.464 MC/ MG; *(ii)* HC 110.248/MS; *(iii)* HC 108.026/MS; *(iv)* HC 111.844/SP; e *(v)* HC 105.904/ES.

[577] Justificativas constantes dos *(i)* HC 110.899/MS; *(ii)* HC 112.896/SC; e *(iii)* HC 108.655/MS.

ambivalente da proporcionalidade se mostra, no entanto, na argumentação do Ministro Marco Aurélio no mesmo caso, afirmando não conseguir visualizar um dispositivo específico da constituição brasileira que se mostrasse violado pela proibição da Lei dos Crimes Hediondos. Questiona: "Proporcionalidade? Penso que está atendida, porque os desiguais devem ser tratados de forma desigual", afirmando em seguida que quem comete crime de menor gravidade não pode ter o mesmo regime inicial de cumprimento de pena que aquele que cometeu um delito elevado à categoria legal de hediondo. No mesmo acórdão, também o Ministro Dias Toffoli, mediante uma articulação de interpretações doutrinária e jurisprudencial, utiliza citações à proporcionalidade como forma de reforçar sua tese de inconstitucionalidade do dispositivo julgado[578].

Também aqui a proporcionalidade é utilizada sem que se demonstre uma preocupação com a utilização de uma estrutura aplicativa divida em máximas parciais a serem percorridas na verificação de compatibilidade constitucional de uma restrição do Estado a direitos fundamentais. Ao contrário, mesmo as decisões do Ministro Celso de Mello, com maiores delineamentos acerca de sua compreensão da proporcionalidade enquanto proibição do excesso nas medidas estatais, não fornece critérios de aplicação para o caso concreto, dificultando em medida ainda maior qualquer pretensão de universalização da razão decisória para os casos futuros – correndo-se o risco de que mesmo decisões posteriores com base nesta forma de decidir se deem muito mais como um recurso formal a um "argumento de autoridade", do que exatamente um diálogo interinstitucional e intersubjetivo acerca da consistência semântica das decisões[579].

4.4.3. Violência doméstica e discriminação positiva

[578] Cf. "Inteiro Teor do Acórdão" do HC 111.480/ES.

[579] "A segunda avaliação consiste na ideia de que os ministros querem mostrar uma preocupação em ser coerentes com a Corte, a despeito de citarem apenas decisões que embasam seu convencimento, sem necessariamente levar em conta outros posicionamentos existentes no STF. Essa segunda opção indica certa inconsistência, o que pode significar que os ministros, na realidade, fazem uso estratégico do julgado, querendo mostrar que eles são coerentes com a Corte, o que causaria uma espécie de efeito moral nos outros ministros ao afirmar que ele estão de acordo com o posicionamento do STF. Essa estratégia de coletivizar o argumento, de certa forma, parece servir como argumento de autoridade perante os outros ministros, ao ressalvar que o argumento apresentado tem com fundamento uma decisão já tomada pela Corte". RAMOS, Luciano de Oliveira. Argumentação do STF em Recursos Extraordinários. In: DIMOULIS, Dimitri et al. (org.). *O Supremo Tribunal Federal para além das ações diretas de inconstitucionalidade.* São Paulo: Direito GV, 2014, p. 101.

Em 3 dos acórdãos que compõem a amostra, o Supremo Tribunal Federal utilizou a proporcionalidade como critério de interpretação de intervenções em direitos fundamentais em medidas de discriminação positiva no direito penal, especificamente em casos relacionados à violência doméstica.

No primeiro deles, o HC 106.212/MS, os Ministros se dedicaram à avaliação da constitucionalidade da vedação imposta pelo artigo 41 da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006)[580] à aplicação da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/1995), o qual era apontado pela parte impetrante da ação constitucional como contrária ao princípio constitucional da igualdade. Primeiramente, o Ministro Ayres Britto afirma não visualizar inconstitucionalidade no dispositivo em questão, "seja sob o ângulo da igualdade, seja sob o ângulo da proporcionalidade". No entanto, esta é a única vez em que o termo proporcionalidade aparece em seu voto, o qual não demonstra como está a compreender o conteúdo da proporcionalidade, ou mesmo de que maneira esta operaria diante dos direitos fundamentais em conflito naquela situação concreta. O Ministro discute a relação jurídica conflituosa e como a norma analisada se justifica diante de deveres jurídicos característicos do contexto brasileiro, mas sem qualquer articulação explícita com a noção de proporcionalidade à qual fez referência no início de sua argumentação[581].

Em seguida, é o Ministro Gilmar Mendes quem prossegue com os argumentos a respeito das relações entre instrumentos estatais de discriminação positiva e a proporcionalidade, afirmando que estes mecanismos de "proteção reforçada" a determinados princípios constitucionais não necessariamente conduzem a uma desconformidade da medida estatal em face da proporcionalidade. Sustenta o Ministro que, além da possibilidade de atuar como "proibição do excesso legislativo", a proporcionalidade seria dotada de uma outra dimensão: a "proibição da proteção insuficiente", a qual implica a "necessidade de medidas que, de fato, protejam as pessoas, eventualmente, que estão numa situação de possível diferenciada hipossuficiência", afirmando ainda que o direito – no caso, penal – pretende por meio de medidas como essa "superar um quadro deficiente no plano cultural"[582].

---

[580] Lei nº 11.340/2006: "Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995".

[581] Cf. "Inteiro Teor do Acórdão" do HC 106.212/MS.

[582] Cf. "Inteiro Teor do Acórdão" do HC 106.212/MS.

Na Ação Declaratória de Constitucionalidade 19/DF, a Presidência da República Federativa do Brasil requereu ao Supremo Tribunal Federal que reconhecesse a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 – o qual prevê a criação de varas especializadas para casos de violência doméstica – e 41 da Lei Maria da Penha, tendo em vista controvérsias em torno destes dispositivos por parte de outros órgãos jurisdicionais, inclusive mediante a tese de que a discriminação positiva realizada por tal diploma normativo ofenderia a proporcionalidade[583].

Até por esta razão, o Ministro Marco Aurélio, Relator do processo, afirma logo nas primeiras páginas de seu voto que, tendo em vista a necessidade de "frear a violência doméstica, não se revela desproporcional ou ilegítimo o uso do sexo como critério de diferenciação", justificável diante de uma situação de vulnerabilidade da mulher no ambiente doméstico. A proporcionalidade retorna na argumentação do Ministro em sua afirmação de que a Lei Maria da Penha constitui um "corolário da incidência do princípio da proibição de proteção insuficiente dos direitos fundamentais", assinalando que uma omissão estatal na "promoção da igualdade de gênero" poderia significar uma violação da ordem constitucional. Ideia muito similar aparece também no voto da Ministra Rosa Weber, a qual, embora não se utilize expressamente da noção de proporcionalidade, desenvolve o argumento de que a insuficiência protetiva por parte do Estado "configura, em si mesma, uma afronta à garantia inscrita no texto constitucional"[584].

Por fim, para justificar sua inclinação favorável à criação de órgãos judiciários especificamente incumbidos de lidar com situações de violência doméstica, o Ministro Luiz Fux afirma que a alta frequência de tais violências produz um significativo número de casos para serem julgados; o que, por sua vez, tornaria constitucionalmente compatível tal medida determinada pela Lei nº 11.340/06, "à luz do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade". A seu ver, ainda, as políticas afirmativas decorrentes dos deveres estatais de proteção poderiam ser desenvolvidas "também por medidas de caráter criminal", cuja falta de efetividade ou omissão constituiria uma "proteção deficiente dos valores agasalhados na Lei Maior"[585].

---

[583] Cf. "Inteiro Teor do Acórdão" da ADC 19/DF.

[584] Cf. "Inteiro Teor do Acórdão" da ADC 19/DF.

[585] Cf. "Inteiro Teor do Acórdão" da ADC 19/DF.

Por fim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424/DF solicitou que o STF atribuísse interpretação conforme à Constituição aos artigos 12, inciso I[586], bem como dos artigos 16[587] e 41, todos também da Lei Maria da Penha. Buscava, com isso, a consolidação jurisprudencial do entendimento segundo o qual os crimes de lesão corporal leve contra a mulher no meio doméstico seriam processados por meio de ação penal pública incondicionada, restringindo a obrigação de representação da ofendida como condição de procedibilidade apenas àqueles delitos previstos em outras leis que não a dos Juizados Especiais Criminais.

Também neste julgado há um recurso ao argumento da proporcionalidade por parte do Ministro Marco Aurélio, afirmando que não "se coaduna com a razoabilidade, não se coadua com a proporcionalidade, deixar a atuação estatal a critério da vítima, a critério da mulher" inserida em um contexto social de uma vulnerabilidade social e de medo a represálias advindas de seu agressor. A proteção especial decorrente da procedência constitucional das discriminações positivas, estas voltadas à compensação de assimetrias sociais "decorrentes da cristalização cultural do preconceito", e que justificariam a inconstitucionalidade da exigência legal de representação da vítima como condição para o exercício da ação penal nos casos de violência doméstica. Argumento similar é empregado também pela Ministra Rosa Weber, para quem, considerando o caráter *sui generis* dos conflitos envolvendo ambientes domésticos e a "vinculação da vítima ao agressor", exigir às ofendidas neste contexto social peculiar as mesmas condições impostas às pessoas vitimizadas em situações menos específicas não seria "proporcional"[588].

É no tratamento jurisprudencial da violência doméstica e na avaliação da constitucionalidade de medidas jurídico-penais calcadas na ideia de discriminação positiva, portanto, que os Ministros parecem ter trabalhado mais detalhadamente a proporcionalidade não como proibição de excesso, mas de proteção insuficiente. Assim, ao mesmo tempo que conferem às intervenções jurídico-penais um papel de efetivamente proteger de direitos

---

[586] Lei nº 11.340/2006: "Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal: I - ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada".

[587] Lei nº 11.340/2006: "Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público".

[588] Cf. "Inteiro Teor do Acórdão" da ADI 4.424/DF.

fundamentais, os Ministros assinalam a tais medidas punitivas um caráter simbólico em atenção a fatores culturais. É especialmente quanto ao primeiro aspecto, no entanto, que fica mais evidente o fato de que o Supremo Tribunal Federal veicula verdadeiros juízos de política criminal em suas decisões, avaliando a segurança das premissas empíricas e a correção dos programas finalísticos formulados pelo legislador.

Isso fica mais evidente em um momento de debate entre os Ministros, nos quais Gilmar Mendes exterioriza a preocupação de que se está a analisar, mais que a constitucionalidade de uma norma, "uma política pública que se elege". É sucedido, quanto a isso, pelo Ministro Luiz Fux, que questiona "até que ponto nós, do Poder Judiciário, podemos valorar a política pública erigida pelo legislador", o qual "avaliou todos os dados" relativos à questão regulada. A tensão entre os argumentos se expõe na afirmativa feita logo em seguida pelo Ministro Joaquim Barbosa em face do desenvolvimento das ideias do Ministro Luiz Fux, asseverando aquele que tais avaliações do legislador "estavam erradas". O Ministro Cezar Peluso, por sua vez, partindo de uma presunção de que o legislador levara em consideração as circunstâncias fáticas do problema social objeto da regulação jurídica, e que tomou sua decisão com base nestas análises, indaga: "nós estamos aqui fazendo o quê? Estamos, baseados em alegação de que esse modelo não estaria funcionando, retornando ao modelo anterior" [589].

Embora não presente nas argumentações de todos os Ministros, a proporcionalidade – da maneira como foi utilizada em todos estes julgados, enquanto um comando de "proibição da proteção insuficiente" desvinculado de um detalhamento acerca de seu conteúdo dogmático e estrutura aplicativa – parece operar como elemento de sustentação de decisões orientadas por juízos próprios de política criminal, em interpretações que transitam de modo quase indefinido entre o jurídico e o político[590], as quais podem ou não ter como resultado

[589] Cf. "Inteiro Teor do Acórdão" da ADI 4.424/DF.

[590] No voto do Ministro Gilmar Mendes, a questão é discutida em explícita relação com a vedação da proteção deficiente, ficando muito claro também na argumentação desenvolvida de que maneira a interpretação das normas constitucionais em direito penal carrega juízos eminentemente político-criminais: "Mas quero realmente compartilhar as anguístias que vão na minha alma porque, primeiro, a própria fundamentação, e é fundamental que a Corte Consstitucional – diferentemente do legislador – , nós temos que dizer qual é o fundamento da inconstitucionalidade. Não pode ser um fundamento espiritual. Não pode ser, como eu disse, em outro momento, porque a lei é boa e agora o legislador optou por um modelo eventualmente, na minha visão, um tanto quanto pior. O legislador terá as suas razões para fazer as eleições. E nem nós sabemos, porque a questão que nós discutimos aqui [...] é que, às vezes, a própria ação penal pública incondicionada vai ser um elemento de tensão familiar e, eventualmente, de desagregação familiar. E o texto constitucional quer um mínimo de integração, daí eu não estar, realmente, seguro de que essa fórmula que nós estamos a eleger como aquela que de fato condiz

final uma mais eficaz proteção de direitos fundamentais. Os perigos se explicitam na abertura de numerosas aberturas do sistema jurídico a seu entorno, o que possivelmente venha a revelar uma série de disfuncionalidades sistêmicas ocasionadas na realidade por uma corrupção sistêmica difusa. A questão não reside na correção ou incorreção das decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito dos casos de discriminação positiva por meio do direito penal, tampouco na eficácia ou ineficácia destes posicionamentos diante da necessidade de proteção de direitos fundamentais. O problema se encontra nos elevados riscos de que comunicações do sistema jurídico orientadas politicamente indiquem uma fluidez e subjetivismo decisório que, fundamentadas por meio do recurso a princípios e à noção vaga de proporcionalidade, poucas garantias dão de que os mesmos direitos fundamentais serão protegidos em decisões futuras, quando alterados os responsáveis pelas decisões.

4.4.4. Crimes de perigo abstrato: porte ilegal de arma de fogo desmuniciada

Nos HC 96.759/CE e 102.087/MG, o Supremo Tribunal Federal enfrentou o problema da tipicidade material do crime previsto no art. 14 do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003)[591], tendo realizado o mesmo juízo acerca de delito similar previsto no art. 10 da revogada Lei nº 9.437/1997[592]. Comum aos 3 acórdãos, no entanto, é que o Ministro Gilmar Mendes utilizou a proporcionalidade em sentido amplo como critério interpretativo decisivo na verificação da procedência constitucional da medida estatal que criminaliza o porte e posse ilegal de arma de fogo sem munição, de modo a decidir acerca da tipicidade ou atipicidade material do delitos em questão[593].

---

com o princípio da proteção insuficiente, como em relação à alternativa, é de fato a adequada, para dizer então que há uma inconstitucionalidade". Cf. "Inteiro Teor do Acórdão" da ADI 4.424/DF.

[591] Lei nº 10.826/2003: "Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa".

[592] Lei nº 9.437/1997: "Art. 10. Possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Pena - detenção de um a dois anos e multa".

[593] O Estatuto de Desarmamento distingue *posse* e *porte* ilegal de arma de fogo, em decorrência de esta última forma de conduta se referir à possibilidade de transportar a arma de um lugar a outro, enquanto que a primeira envolve apenas a manutenção do objeto mediante domínio de fato pelo indivíduo em sua residência ou local de trabalho.Cf. "Inteiro Teor do Acórdão" do HC 96.759/CE.

Reforçando sua concepção de proporcionalidade como dotada de duas facetas fundamentalmente distintas, a proibição de excesso e a de proteção deficiente, o Ministro busca demarcar a possibilidade de o Tribunal "fiscalizar a legitimidade constitucional da atividade legislativa em matéria penal", definindo três gradações de controle de constitucionalidade neste sentido: *(i)* o *controle de evidência*, no qual se confere ao Poder Legislativo uma "ampla margem de avaliação, valoração e conformação" quanto à definição dos meios erigidos visando à proteção do bem jurídico: *(ii)* o *controle de justificabilidade,* que se dedica a analisar se a escolha legislativa orientou-se com base em "uma apreciação objetiva e justificável de todas as fontes de conhecimento disponíveis no momento da promulgação da lei"; e *(iii)* o *controle material intensivo,* aplicado a intervenções estatais mais intensas, estas adotadas tendo em vista a necessidade de proteger bens relevantes contra condutas especialmente agressivas (neste caso, segundo o Ministro, é possível que a Corte desconsidere as avaliações fáticas do legislador e se dedique integralmente a analisar as razões que ensejaram a medida e os custos que esta acarreta)[594].

Classificando os delitos de perigo abstrato como aqueles em que "não se exige nem a efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma nem a configuração do perigo em concreto", Mendes afirma a possibilidade constitucional de se antecipar a tutela penal de modo a torná-la mais eficaz, hipótese em que restaria aos tribunais constitucionais a realização de um exame de proporcionalidade. O Ministro, em seguida, descreve este teste como formado por uma estrutura argumentativa tripartida, consistente nas máximas parciais de: *(i) adequação,* afirmando serem inidôneas as criminalizações que utilizem o direito penal em face de "meras infrações administrativas" incapazes de produzir um risco mesmo potencial ao bem jurídico, ou dos comportamentos perigosos apenas excepcionalmente; *(ii) necessidade,* segundo a qual serão contrárias à subsidiariedade e fragmentariedade as intervenções jurídico-penais sempre que houver medidas alternativas ao direito penal menos lesivas e igualmente idôneas; e *(iii) proporcionalidade em sentido estrito,* por meio da qual se verifica "se a restrição a direitos fundamentais como resultado da incriminação de comportamentos perigosos em abstrato pode manter uma relação de proporcionalidade com a proteção do bem jurídico" que a norma busca proteger[595].

---

[594] Cf. "Inteiro Teor do Acórdão" do HC 102.087/MG, do HC 96.759/CE e do HC 104.410/RS.

[595] Cf. "Inteiro Teor do Acórdão" do HC 102.087/MG, do HC 96.759/CE e do HC 104.410/RS.

Em conexão com estas premissas, o Ministro Gilmar Mendes afirma que o delito de perigo abstrato em análise resiste aos controles de evidência e justificabilidade, tendo em vista que a política pública eleita pelo legislador "encontra ressonância em estudos diversos e ecoa dentro do anseio popular" [596]. No entanto, uma maior especificação sobre estas avaliações legislativas ocorre apenas no HC 96.759/CE, em que Mendes transcreve excertos das justificativas em torno de tal criminalização no contexto brasileiro, tanto da Presidência da República – que apresentou o Projeto de Lei – quanto do Congresso Nacional[597]. Este procedimento argumentativo, no entanto, não é repetido no HC 102.807/MG, também dedicado ao Estatuto do Desarmamento[598], e tampouco no HC 104.410/RS, este voltado à análise do dispositivo da revogada Lei nº 9.437/1997[599].

O Ministro prossegue afirmando que as normas em questão também não podem ser consideradas inconstitucionais mediante a aplicação de um "controle de adequação e a necessidade da medida, aferindo-se se o propósito almejado realmente pode ser obtido com a medida proposta", e se não caberia ao Poder Legislativo selecionar meio alternativo de igual eficácia, porém menos lesivo. Mendes pontua, primeiramente, descarta que a mera apreensão de armamentos ou aplicação de sanção pecuniária "são o bastante para coibir o uso e o porte da arma de fogo e, por conseguinte, reduzir os índices de violência". Assevera ainda que mesmo a inserção legislativa de qualificadoras em determinados crimes, na hipótese de que estes se consumem mediante emprego de arma de fogo, não estaria se mostrando eficaz na dissuasão de tais comportamentos. O Ministro Gilmar Mendes assenta sua posição pela constitucionalidade dos preceitos analisados partindo da premissa de que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos, caracteriza-se por uma *danosidade intrínseca*, "tem inerente à sua natureza a característica da lesividade", produzindo insegurança e sendo ofensiva à "paz social". Em um raciocínio que parece se aproximar de sua concepção de proporcionalidade em sentido estrito definida anteriormente em seus votos, Mendes considera descabida a avaliação de constitucionalidade dos crimes em questão no plano da tipificação pelo Poder Legislativo – dando a entender, ao menos em aparência, que a considera abstratamente proporcional –, considerando mais apropriado fazê-lo tão somente

[596] Cf. "Inteiro Teor do Acórdão" do HC 102.087/MG, do HC 96.759/CE e do HC 104.410/RS.

[597] Cf. "Inteiro Teor do Acórdão" do HC 96.759/CE

[598] Cf. "Inteiro Teor do Acórdão" do HC 102.087/MG.

[599] Cf. "Inteiro Teor do Acórdão" do HC 104.410/RS.

nos casos concretos de “injustiças pontuais” envolvendo condutas isoladas “desprovidas de qualquer significação social” [600].

Tais casos foram um dos únicos da amostra em que a proporcionalidade foi utilizada de modo mais próximo de uma “aplicação sistemática”, em virtude de ter sido explanada sua estrutura argumentativa e de ter sido empreendido um esforço no sentido de perpassar as máximas parciais que compõem o exame de proporcionalidade em sentido amplo. No entanto, os argumentos do Ministro Gilmar Mendes apresentam indícios de terem sido influenciados por juízos mais político-criminais que propriamente jurídico-dogmáticos, assemelhando-se a uma utilização formalista de um exame de proporcionalidade para justificar preocupações securitárias – algo em grande medida potencializado pelo recurso abstrato a um bem jurídico “paz social”.

A própria sistematicidade da aplicação se mostra potencialmente comprometida diante da opção do intérprete-aplicador de considerar possível o controle de constitucionalidade de tais delitos apenas em casos concretos. Por um lado, isso pode denotar que o Ministro considerou que seus argumentos anteriores demonstravam a proporcionalidade em sentido estrito da medida; contudo, se este é o caso, não há uma preocupação significativa de aprofundar o argumento. Além disso, após afirmar que a constitucionalidade da intervenção jurídico-penal depende de uma análise casuística, o Ministro Gilmar Mendes colaciona interpretação doutrinária de aproximadamente duas laudas e meia; para, logo em seguida ao fim da transcrição, afirmar tão somente: “Com efeito, no presente caso, voto pelo indeferimento da ordem” [601]. Em outras palavras, contraditoriamente, Mendes considera que o controle de constitucionalidade das normas penais com base na proporcionalidade apenas se aplica, no caso de porte e posse ilegal de armas, em atenção às circunstâncias dos casos concretos; estas, todavia, são em absoluto ignoradas pelo Ministro em suas três argumentações sobre o tema e que integram a mostra. Concretamente, a linha argumentativa do Ministro apenas salta deste raciocínio diretamente à decisão final de seus respectivos votos, sem especificar de que maneira tais colocações se relacionam com a proporcionalidade das intervenções jurídico-penais nos casos concretos por ele analisados[602].

---

[600] Cf. “Inteiro Teor do Acórdão” do HC 102.087/MG, do HC 96.759/CE e do HC 104.410/RS.

[601] Cf. “Inteiro Teor do Acórdão” do HC 102.087/MG, do HC 96.759/CE e do HC 104.410/RS.

[602] Cf. “Inteiro Teor do Acórdão” do HC 102.087/MG, do HC 96.759/CE e do HC 104.410/RS.

A verificação do comportamento decisório do Tribunal mesmo nestes casos em que a aplicação da proporcionalidade ganha contornos mais sistemáticos supõem ainda que mesmo esta modalidade mais detalhada de utilização da proporcionalidade não evitam o risco de que intervenções jurídico-penais sejam formalmente justificadas, com pouca atenção sendo conferida aos conteúdos materiais das criminalizações.

4.4.5. Ponderação de direitos e a antecipação terapêutica do parto em casos de anencefalia

A proporcionalidade foi utilizada pelos Ministros ainda na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, do Distrito Federal, em que a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) requereu ao STF que este desse interpretação conforme à Constituição aos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal – dispositivos que criminalizam situações de abortamento, e que vinham sendo utilizadas pelo sistema brasileiro de justiça criminal para a persecução de pessoas que se envolviam com a antecipação terapêutica do parte nos casos de fetos anencéfalos. Tal medida estatal estaria a causar violações à dignidade humana, legalidade, liberdade e autonomia da vontade, bem como ao direito à saúde, todos com referência às situações de degradação física e psicológica que o uso do direito penal no caso causaria às mulheres grávidas de fetos que padeciam de anencefalia[603].

O primeiro magistrado a recorrer à proporcionalidade em sua argumentação no caso foi o Ministro Marco Aurélio, Relator do processo, para quem não "se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina", ao passo que restariam *aniquilados* os direitos da mulher, "impingindo-lhe sacrifício desarrazoado" . O Ministro, na verdade, não sustenta que se atribuía a qualidade de "vivo" ao feto anencéfalo; mas afirma, contudo, que caso tal vida fosse admitida como existente, cederia em favor dos diritos da mulher, em um "juízo de ponderação"[604].

No voto subsequente, a Ministra Rosa Weber se utiliza da proporcionalidade como forma de resolver conflitos normativos entre princípios constitucionais colidentes no caso, enquanto "critério racional de argumentação para que o convencimento leve à aplicação de

[603] Cf. "Inteiro Teor do Acórdão" da ADPF 54.

[604] Cf. "Inteiro Teor do Acórdão" da ADPF 54.

um princípio e ao afastamento do outro". A Ministra passa então a delimitar o conteúdo daquilo que compreende por proporcionalidade, mencionando os "critérios da necessidade e da adequação" como parâmetros de "realização fática" dos princípios, enquanto que a proporcionalidade em sentido estrito se dedicaria à ponderação entre os direitos em conflito, buscando fixar as "razões que levam a racionalidade a se inclinar para um lado em detrimento do outro, para o reconhecimento de que, *naquela circunstância específica*, é mais consentânea com o ordenamento jurídico aquela decisão". Rosa Weber enfatiza que a ponderação é entre razões (*prima facie*, acrescentamos) para decidir, e não entre "valores", o que conduziria a interpretações *autoritárias* que desconsiderariam a dificuldade de se justificar em um contexto pluralista as razões de se compreender um *valor* como preponderante em relação a outro[605].

O movimento aplicativo da proporcionalidade ganha com a Ministra Rosa Weber, no entanto, uma peculiaridade, a partir do momento em que não é submetida ao exame de proporcionalidade em sentido amplo a medida estatal restritiva tão somente, mas sim os "pontos de vista" concretamente em conflito. Assim, a interrupção da gravidez é considerada idônea a proteger os direitos da mulher, enquanto que sua proibição é afirmada como adequada ao objetivo de proteger o feto. Do mesmo modo, a necessidade é perpassada com as afirmações de que só é possível "proteger plenamente a vida do feto caso ele esteja protegido também contra a gestante", e só é possível tutelar a saúde, integridade e liberdade da mulher nestes casos mediante a "interrupção da gestação". O posicionamento da Ministra no sentido de inexistirem "limites fáticos" à realização dos princípios colidentes conduz a relação jurídica à terceira máxima de proporcionalidade, a partir da qual Rosa Weber atribui maior peso à razão decisória favorável à antecipação terapêutica do parto – especialmente com o argumento e que intervenção estatal incidiria de forma intensa sobre uma série de direitos da gestante, enquanto que do outro lado não há sequer segurança empírica acerca da realização da vida no caso do anencéfalo. Ao final, afirma que o resultado da equação proposta pelo exame de proporcionalidade no caso "é maior que um" – sem, contudo, recorrer a qualquer substituição numérica das grandezas que compõem a fórmula do peso[606].

A proporcionalidade volta a ser utilizada, todavia de modo menos sistematizado, nos argumentos do Ministro Joaquim Barbosa. Afirma este que criminalizar a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia seria "flagrantemente desproporcional em comparação com

---

[605] Cf. "Inteiro Teor do Acórdão" da ADPF 54.

[606] Cf. "Inteiro Teor do Acórdão" da ADPF 54.

a tutela legal da autonomia privada da mulher", em face de tal princípio encontrar realização em outros dispositivos do Código Penal que excluem a antijuridicidade nos casos de estupro ou risco à vida da gestante, hipóteses de viabilidade da vida extrauterina. Posteriormente, o Ministro Luiz Fux afirma que, se o diagnóstico de casos de anencefalia fosse possível ao legislador que produziu o Código Penal de 1940, este "sem dúvida alguma" teria estabelecido a permissão legal de aborto em tais hipóteses, "sob pena de incidir em grave desproporcionalidade". Segundo Fux, a proporcionalidade é aplicável também ao direito penal, revelando ela que "a criminalização do aborto de feto anencefálico agrava ainda mais os custos sociais do infortúnio", exigindo do Estado custosas medidas sanitárias. Fux, em debate com os demais componentes da corte, provoca: "eu desafio qualquer um a me demonstrar, à luz do princípio da razoabilidade sobre o impacto da proporcionalidade, que é justo penalmente se relegar essa gestante aos bancos e um Tribunal do Júri", concluindo em seguida que o sacrifício causado pela intervenção demonstra a "desproporcionalidade da sanção" diante dos deveres de proteger a "dignidade da mulher infortunada"[607].

A Ministra Carmen Lúcia, por sua vez, recorre à "teoria da proporcionalidade" para afirmar que a resolução da relação conflituosa entre "vida digna" e "direito social à saúde e à autonomia da vontade" requeria uma "ponderação de princípios". Incorpora suas concepções sobre a proporcionalidade, contudo, de modo articulado com a "concordância prática", método interpretativo que conduz a uma coordenação entre os princípios colidentes, evitando a realização plena de um em detrimento da supressão igualmente plena do outro.

Já o Ministro Celso de Mello recorre à proporcionalidade para afastar o argumento de vedação da proteção insuficiente, afirmando que direitos constitucionais podem colidir no caso concreto, relação conflituosa a ser solucionada por meio da ponderação – a qual, no caso, sopesaria "interesses existenciais" [608]. Daí se depreende que Celso de Mello utiliza a noção de proporcionalidade mais como vedação da proteção insuficiente, não esclarecendo se vincula a ponderação a um procedimento interpretativo calcado em regras de proporcionalidade.

---

[607] O Ministro já havia recorrido ao argumento antes, afirmando que a questão envolvia a "desproporcionalidade da criminalização do aborto levado a efeito por uma mulher sofredora, pobre, com a patologia do feto anencefálico". Cf. "Inteiro Teor do Acórdão" da ADPF 54.

[608] O Ministro já havia recorrido ao argumento antes, afirmando que a questão envolvia a "desproporcionalidade da criminalização do aborto levado a efeito por uma mulher sofredora, pobre, com a patologia do feto anencefálico". Cf. "Inteiro Teor do Acórdão" da ADPF 54.

Por fim, o Ministro Cezar Peluso defende a impossibilidade de que se estabeleça um equilíbrio entre “bens tão manifestamente desproporcionais” – demonstrando em seguida que interpreta o caso como o sopesamento entre, de um lado, a “vida humana”, e, de outro, o “sentimento, quase sempre transitório, de frustração e de insuportabilidade personalíssima de uma dor ainda que legítima”.

A variabilidade da utilização da proporcionalidade na Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental 54 indica a inexistência de um comportamento decisório consolidado por parte do Supremo Tribunal Federal em torno do recurso à noção de proporcionalidade nas argumentações de seus Ministros. Ora é utilizada como mera referência argumentativa, articulada na condição de reforço de raciocínios vinculados mais ao manejo de princípios constitucionais e posicionamentos extrajurídicos; ora como instrumento interpretativo de variável estrutura aplicativa; ora como critério de interpretação não integrado ao restante das ideias vinculadas aos votos.

4.5. Há um modelo de proporcionalidade adotado pelo Supremo Tribunal Federal nos conflitos jurídico-penais?

Os resultados da pesquisa empírica quantitativa e qualitativa não permitem a extração de conclusões absolutas acerca de um modelo *institucional* de proporcionalidade adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Isso se deve, em primeiro lugar, às próprias limitações às quais comumente se submetem as pesquisas que partem de uma documentação e análise de acórdãos coletados a partir do banco de dados eletrônico do STF, cuja incompletude estrutural não permite a formulação de um juízo científico com pretensões exaurientes acerca da realidade pesquisada. Não obstante estas dificuldades (derrotáveis), é possível extrair dos dados sistematizados e interpretados determinadas tendências decisórias, levadas a efeito pelos Ministros quando recorreram à proporcionalidade no julgamento dos conflitos penais no período estudado.

Permanecem os obstáculos, contudo, à pretensão de se afirmar a existência de um comportamento decisório *do Tribunal* envolvendo a proporcionalidade. Isso, todavia, em virtude principalmente de um déficit no diálogo argumentativo entre os Ministros, especialmente por conta de um modelo deliberativo interno à Corte que pouco contribui à formatação de um posicionamento verdadeiramente institucional acerca dos temas julgados[609]. Tal constatação é perceptível também no manejo da proporcionalidade pelos Ministros como elemento argumentativo utilizado para interpretar os conflitos jurídico-penais de impacto constitucional. A pesquisa quantitativa indica que a proporcionalidade surge na argumentação jurídica dos Ministros predominantemente como um elemento nominalista de justificação de posicionamentos, por diversas vezes perdendo o protagonismo que poderia assumir em casos penais que remetem o debate jurídico a patamares mais elevados de complexidade interpretativa. Ao contrário, do modo como é aplicada, acaba por servir

[609] Daí Conrado Hübner Mendes qualificar metaforicamente o Supremo Tribunal Federal como "11 ilhas", asseverando ainda que "Se tentarmos levar os argumentos do STF a sério, porém, esbarramos em outra dificuldade: argumentos 'do tribunal' quase nunca existem, exceto por obra de uma metáfora. Não há, exceções à parte, razões compartilhadas pela maioria dos ministros, razões que, boas ou ruins, pudéssemos generalizar como do tribunal. Se perguntarmos por que o STF decidiu um caso numa determinada direção, não raro ficamos sem resposta. Ou melhor, ficamos com muitas respostas que nem sequer conversam entre si, expressas nos votos dos 11 ministros. [...] Um tribunal, se pretende construir uma jurisprudência vigorosa, que sirva de bússola para o regime democrático, precisa almejar uma deliberação ambiciosa. Nossa jurisprudência constitucional, contudo, é quase obscurantista, refém das idiossincrasias enciclopédicas de cada um dos ministros do STF e facilmente manipulável pela retórica advocatícia. Fragiliza nossa linguagem dos direitos fundamentais, que permanece desguarnecida de uma casuística coerente nas decisões do Supremo". MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. *Folha de S. Paulo,* São Paulo, 01 Fev. 2010. Tendências e debates. Disponível em: < http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0102201008.htm>. Acesso em: 02 Mar. 2015.

predominantemente como pilar de sustentação de uma veiculação de comunicações mais marcadamente político-criminais que jurídico-penais, oriundas de uma instituição judiciária que parece elevar a si mesma à condição de um "guardião entrincheirado"[610] da constituição – postura que prejudica a própria relação entre *Alter* e *Ego* que guardam entre si os Poderes Judiciário e Legislativo[611].

A proporcionalidade, neste cenário, aparece como um dos principais elementos do arsenal argumentativo dos intérpretes-aplicadores que compuseram o Tribunal no período analisado, conferindo aparência jurídica a opiniões que mais se aproximam de percepções pessoais desapegadas de uma preocupação com coesão institucional. Aplicações meramente nominalistas da ideia de proporcionalidade permitem que sua movimentação aplicativa seja mais facilmente direcionada à justificação de linhas decisórias alheias a uma real base dogmática jurídico-penal, ou mesmo constitucional. Por exemplo, é plenamente possível juridicamente a fundamentação constitucional da discriminação positiva em direito penal por meio da utilização da proporcionalidade, mas esta pouco tem a contribuir materialmente ao método argumentativo e ao resultado da decisão quando é utilizada mediante mera menção à sua faceta de "proibição do excesso" para afirmar que o Estado tem um dever abstrato de proteção – sem demonstrar os direitos fundamentais em colisão e o peso concreto que carregam em face uns dos outros. Da mesma forma, parece de difícil sustentação com base em uma concepção de proporcionalidade que coteje as perspectivas penalista e constitucionalista nas matérias que forem comuns às duas searas, que comportamentos materialmente atípicos sejam caracterizados como penalmente relevantes em decorrência de aspectos subjetivos do agente; ou que sejam declarados típicos por meio de referências abstratas a uma política criminal preventiva que seria em tese concretizada por meio da aplicação de punições.

A constituição, neste sentido, enquanto construída mediante um processo contínuo de concretização normativa por meio de decisões que lhe atribuem sentido, paradoxalmente

---

[610]Cf. também MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.* São Paulo: Saraiva, 2011, p. 217 e ss.

[611] Neste sentido, Oscar Vilhena Vieira pontua que um dos problemas daquilo que chama de "compromisso maximizador" relativo à ordem constitucional é a criação de *tensões constitucionais* e um consequente aumento de conflitos que chegam ao âmbito judiciário. Segundo o autor, "se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno", afirmando ainda que qualquer "movimento mais brusco dos administradores ou dos legisladores gera um incidente de constitucionalidade, que, por regra, deságua no Supremo". VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 4 (2), jul.-dez. 2008, p. 446-447.

perde sua força normativa na medida em que o direito se constitucionaliza em demasia, permitindo consequentemente um controle hipertrofiado de constitucionalidade que se estende até mesmo a políticas públicas de caráter criminal. O problema, no caso, não é a utilização em si de testes de proporcionalidade como mecanismos de aferição de procedência constitucional, mas sim o seu uso em um contexto institucional de fluidez das fronteiras entre o político e o jurídico, o que acaba por minar as percepções mais comuns no sentido de que um "princípio da proporcionalidade" se volta à limitação de excessos do poder punitivo. Seu caráter ambivalente enquanto "proibição do excesso" e "proibição da proteção insuficiente" se torna muito claro nas argumentações dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e nos resultados da pesquisa quantitativa. Entretanto, é a despreocupação com o preenchimento do conteúdo destes conceitos, e com a sua efetiva aplicação aos casos concretos, que efetivamente reduz sua capacidade de rendimento enquanto mecanismos de racionalização das medidas punitivas (independentemente de se para *ampliar* ou *restringir* direitos). Tais estruturas normativas e argumentativas, na realidade, são colocadas à mercê de juízos particularistas que veiculam uma verdadeira política criminal, a qual, por diversas vezes, mostra-se desproporcional *ao mesmo tempo* em que busca sustentação na ideia de proporcionalidade e na constituição.

O problema transcende a "compulsão ponderadora" levantada por Marcelo Neves em sua constatação de uma fascinação doutrinária e forense em torno dos princípios constitucionais. As debilidades decorrentes do uso da proporcionalidade nas argumentações dos Ministros do Supremo Tribunal Federal se inserem no contexto de uma utilização formalista de conceitos constitucionais, fazendo com que uma decisão jurídico-penal pareça inexorável e infalível, quando na realidade foi apenas *uma* dentre as *várias* escolhas possíveis de serem realizadas dentro das amplas margens conferidas pela moldura constitucional. Daí decorreria a necessidade de utilização de métodos argumentativos mais racionais e intersubjetivamente controláveis. O sopesamento e a proporcionalidade em sentido amplo até poderiam contribuir com isso, desde que utilizados como mecanismos *jurídicos* de mediação entre autorreferência e heterorreferência, ampliação e restrição de direitos, mas não como um artifício retórico nominalista que permite a abertura do sistema jurídico a comunicações e programas que lhe são estranhos.

CONCLUSÃO

A partir do estudo das teorias da proporcionalidade na interpretação penal – conjugando as perspectivas constitucionalistas e penalistas –, bem como da observação do comportamento decisório dos Ministros do Supremo Tribunal Federal entre 2011 e 2012 nos casos em que a proporcionalidade foi por eles utilizada para interpretar conflitos jurídico-penais, foram alcançados os seguintes resultados principais:

1. Sob uma perspectiva teórico-sistêmica, a afirmação da autorreferencialidade do direito enquanto sistema social autopoiético afasta as concepções que o legitimam com base em instâncias imanentes; ganhando força, por outro lado, discussões a respeito da base de legitimação de um sistema jurídico contingente e permanentemente mutável. Enquanto as teorias de Habermas relacionam a legitimidade decisória intrinsecamente à construção de discursos racionais inseridos em procedimentos participativos moralmente justificáveis, a teoria dos sistemas de Luhmann propõe uma "legitimação pelo procedimento" interna ao próprio sistema jurídico, conclusão em grande medida decorrente do movimento de positivação do direito e das teses luhmannianas no sentido de sua neutralização moral. A pesquisa encontrou solução ao problema nas originais teses de Marcelo Neves, das quais foram extraídos fundamentos de elevada capacidade explicativa da mediação das tensões normativas no direito penal por meio da proporcionalidade. Segundo tal autor, o movimento de positivação conduziu o sistema jurídico a uma "pretensão de autofundamentação constitucional". A constituição, por um lado, é compreendida na teoria dos sistemas como acoplamento estrutural entre direito e política, operando enquanto mecanismo de limitação das zonas de contato entre os dois subsistemas, mas também permitindo a intensificação de uma irritabilidade recíproca. Por outro lado, é concebida também como "estrutura fundante" do sistema jurídico, por meio da qual este reage sobre si mesmo.

2. Daí fazer sentido a delimitação de uma assimetria entre normas constitucionais e infraconstitucionais, lastreada na ideia não de uma hierarquia linear, mas entrelaçada. Da constituição não decorre uma política criminal unívoca: o sentido normativo dos preceitos constitucionais depende das comunicações oriundas da política e dos processos de concretização normativa efetivados por intérpretes-aplicadores, ambas as instâncias comunicativas atuando na delimitação semântica das normas constitucionais por meio da

seleção de expectativas normativas, assim determinando também o grau de influência da ordem constitucional sobre a conformação do direito penal.

3. O estudo dos complexos processos de atribuição de sentido das normas constitucionais por meio da seleção de expectativas recorrentemente controversas permitiu a exposição dos riscos de se adotar uma teoria penalista fundamentada na constituição, especialmente esperando que deste recurso decorram mecanismos de contenção do poder punitivo. Disso se conclui que a própria amplitude e variabilidade semântica dos preceitos constitucionais permitem interpretações jurídico-penais fundamentalmente diversas e por vezes contrapostas. Isso, aliado ao caráter simbólico das normas de direito fundamental e à constatação de diversos mandamentos de criminalização no material constitucional, explicita as aporias e os riscos de se fundamentar o direito penal em preceitos de política criminal com lastro em uma tão ampla moldura constitucional.

4. A definição da constituição como fonte de um programa político-criminal apriorístico, desta forma, mostra-se não só incompatível com a diferenciação funcional da sociedade, com o dissenso estrutural da esfera pública e com as profundas controvérsias interpretativas em torno do preenchimento dos deveres jurídico-constitucionais e penais. Além disso, carrega consigo a debilidade de buscar programas rígidos e mecanismos de restrição à repressividade em um material francamente controverso e altamente criminalizador, produzindo riscos de desdiferenciação revelados especialmente em contextos nos quais o direito penal tem se escancara à entrada indiscriminada de uma política criminal cujo conteúdo é de difícil delimitação, ainda que se argumente possuir uma base constitucional. Estas análises conduziram a pesquisa ao estudo dos impactos da corrupção sistêmica produzida pela alopoiese por sobre o sistema jurídico (penal), o qual perde sua autonomia e passa a operar mediante estruturas e programas característicos de sistemas sociais expansivos que compõem o ambiente (política, economia, dentre outros).

5. Para delimitar o objeto de estudo e da verificação empírica a ser realizada, a pesquisa se dedicou em seu segundo capítulo à proporcionalidade concebida enquanto exigências de correlação gradativa entre seriedade do comportamento criminoso e gravidade da sanção jurídico-penal. O estudo dos correspondentes filosófico da *proporcionalidade das penas* possibilitou expor seus correspondentes com o preenchimento dogmático atribuído em um segundo momento pela doutrina penalista, de modo a articular a ideia de proporcionalidade penal ao significado, fundamento e finalidades da punição estatal. Esta

exigência de relação equilibrada entre conduta e pena implica a noção de "proporcionalidade abstrata", a qual incide no âmbito legislativo e determina que a correlação gradativa se dê entre *pena* e *injusto*; e "proporcionalidade concreta", aplicável no momento judicial, tendo como critério para definição da pena proporcional a gravidade do injusto conjugada com as causas de diminuição que podem resultar de um juízo de culpabilidade.

6. A proporcionalidade das penas, essencialmente retrospectiva, não se confunde com a proporcionalidade em sentido amplo, esta de caráter prospectivo e cujo principal campo de incidência são as situações jurídicas caracterizadas por uma relação de meio e fim. A difusão de teorias penalistas que concebem o direito penal como teleologicamente orientado incrementa as possibilidades de a proporcionalidade em sentido amplo operar como critério interpretativo voltado à verificação da procedência constitucional de restrições a direitos fundamentais, mediante a submissão da medida estatal a um exame de aferição de compatibilidade constitucional composto por três regras a serem sucessivamente perpassadas: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, tendo o conteúdo dogmático de cada uma delas sido explorado criticamente no terceiro capítulo.

7. As conclusões da análise das máximas de proporcionalidade, por sua vez, foram no sentido de que elas servem como importantes mecanismos interpretativos de restrições de direitos fundamentais decorrentes de conflitos jurídico-penais, tendo uma complexidade dogmática apta a fornecer critérios de mediação das tensões normativas decorrentes de contradições penais entre a ampliação e restrição de direitos ("proibição do excesso" e "proteção da proteção insuficiente"). Contudo, o caráter formal de sua estrutura aplicativa, os problemas internos à teoria principialista de Alexy, bem como a frequente aplicação assistemática da proporcionalidade conduzem esta ao risco de ser utilizada como mero referencial retórico de justificação formalista de criminalizações.

8. O estudo dos riscos da fundamentação constitucional do direito penal e da política criminal sob o prisma da alopoiese, conjugado com a análise da estrutura dogmática das regras de proporcionalidade, incrementaram a capacidade crítico-analítica da pesquisa na observação empírica do comportamento decisório dos Ministros do STF nos acórdãos em que recorreram à proporcionalidade para solucionar casos de direito penal material entre 2011 e 2012. A análise quantitativa revelou uma aplicação principalmente nominalista da proporcionalidade, cujo resultado final transita entre a limitação e a justificação do poder punitivo, embora esta última possibilidade tenha se mostrado a mais numerosa. A descrição

das linhas argumentativas dos Ministros acerca da proporcionalidade, por sua vez, coaduna-se com os resultados obtidos a partir da verificação quantitativa, também indicando uma utilização predominantemente retórica da proporcionalidade, na condição de reforço argumentativo de posicionamentos que apontam ainda à veiculação de uma política criminal judiciária.

A utilização da proporcionalidade na argumentação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal nos acórdãos que compuseram a amostra, destarte, confirmou a hipótese inicial de investigação, segundo a qual a proporcionalidade é utilizada principalmente como instrumento retórico de reposição argumentativa, tanto para conter quanto para justificar o poder punitivo. No entanto, a pesquisa acabou por revelar também problemas na própria vinculação entre constituição e direito penal, relação da qual os intérprete-aplicadores extraem juízos político-criminais ora de abrandamento, ora de acentuação da repressividade, em todo caso recorrendo *justamente* à ordem constitucional e à noção de proporcionalidade – ainda que de maneira vaga e desprovida de qualquer explicação acerca de seu conteúdo dogmático. A proporcionalidade poderia operar como mecanismo de absorção do dissenso interpretativo nos conflitos jurídico-penais, bem como de mediação das tensões normativas entre ampliação e restrição de direitos; ou, ainda, como elemento de articulação entre propósitos de autorreferência e heterorreferência, servindo como barreira às tentativas do entorno de promover corrupção sistêmica em prejuízo da autonomia comunicativa do direito penal. Sua utilização retórica, no entanto, acaba incrementando os riscos de as decisões jurídico-penais fundamentadas com base na proporcionalidade se prestarem à acomodação de interesses particularistas, bem como de o sistema ter sua clausura operativa prejudicada pelas tendências expansivas do ambiente. Daí a necessidade de serem buscados novos modelos deliberativos ao STF, e o desenvolvimento de métodos argumentativos que possibilitem um maior controle intersubjetivo das decisões.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. *op. cit.*, p. 56, 59-60. *Doxa, Cuadernos de Filosfía del Derecho,* n. 8, 1990, p. 32. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10045/10797>. Acesso em: 02 Mai. 2014.

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. El funcionalismo radical o sistémico en el derecho penal económico. In: AVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos; QUISPE VILLANUEVA, Alejandro Emilio. *Libro homenaje a los professores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann.* Lima: Ara Editores, 2008.

ADORNO, Sérgio. Insegurança versus direitos humanos: entre a lei e a ordem. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP,* vol. 11, n. 2, out. 1999.

_____. O gerenciamento público da violência urbana: a justiça em ação. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio (org.). *São Paulo sem medo:* um diagnóstico da violência urbana. Rio de Janeiro: Garamond, 1998.

ADORNO, Theodor W. et al. La personalidade autoritaria (prefacio, introducción y conclusiones). Trad. Julia A. del Pino Artacho. *Empiria – Revista de Metodología de Ciencias Sociales,* n. 12, jul.-dez., 2006.

ADORNO, Theodor. *A dialética negativa.* Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção.* Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

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

_____. El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal peruano. In: CARBONELL, Miguel; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coord.). *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo.* Lima: Palestra, 2010.

_____. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal:* manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito. Granada: Editorial Comares, 2004.

_____. Manifestaciones del principio de inexigibilidad de otra conducta en las categorías del delito. *Revista Peruana de Ciencias Penales,* Lima: IDEMSA, n. 17, 2005.

ALÁEZ CORRAL, Benito. Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa. *Direitos Fundamentais & Justiça,* ano 6, n. 18, jan.-mar. 2012.

ALEXY, Robert. Abwägung, Verfassungsgerichtsbarkeit und Repräsentation. In: BECKER, Michael; ZIMMERLING, Ruth (org.). *Politik und Recht.* Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften; GW Fachverlage GmbH, 2006.

_____. Derecho injusto, retroactividad y el principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín. Trad. A. Daniel Oliver-Lalana. *Doxa,* Cuadernos de Filosofía del Derecho, vol. 23, 2000

_____. *El concepto y la validez del derecho.* Trad. Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Editorial Gedisa, 2004.

ALEXY, Robert. La fórmula del peso. Trad. Carlos Bernal Pulido. In: CARBONELL, Miguel; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coord.). El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo. Lima: Palestra, 2010.

_____. *La institucionalización de la justicia.* Trad. José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero e Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2005.

_____. Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. Trad. Jorge Alexander Portocarrero Quispe. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 91, 2011.

_____. Posfácio (2002). In: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais.* Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea*: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

_____. *Princípios penais:* da legalidade à culpabilidade. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

AMELUNG, Knut. El concepto "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. Trad. Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. In: HEFENDEHL, Roland [ed]. *La teoría del bien jurídico:* ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Athenäum Verlag GmbH, 1972.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. *Doxa*, n. 12, 1992, p. 264-265. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10045/10731>. Acesso em: 02 Mai. 2014.

ARIAS HOLGUIN, Diana Patricia. Proporcionalidad, pena y principio de legalidad. *Revista de Derecho*, Barranquilla: Ediciones Uninorte, n. 38, jul.-dez. 2012.

ARROYO ZAPATERO, Luis. Derecho penal económico y constitución. *Revista Penal*, ano 1, n. 1, 1997.

ASP, Petter. *Two notions of proportionality.* Disponível em: <portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Crimpol/P%20Raimo%20FS.pdf>. Acesso em: 28 Nov. 2014.

_____. Two notions of proportionality. In: NUOTIO, Kimmo (ed.). *Festschrift in Honour of Raimo Lahti.* Helsinki: Forum Iuris, 2007.

ATIENZA, Manuel. Contribución para una teoría de la legislación. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 06, 1989.

_____. Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez. In: ATIENZA, Manuel. *Cuestiones judiciales.* México, D.F.: Distribuciones Fontamara, 2001.

ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 17, jan.-mar. 2009, p. 7-8 e 10. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>. Acesso em: 25 Fev. 2015.

_____. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 09 Out. 2014.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Teoria dos princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista USP*, n. 53, mar.-mai., 2002.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal y el estado de derecho.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

_____. Dominio del hecho, autoría mediata y derecho penal internacional. *Anuario de Derecho Penal,* Buenos Aires: Ad Hoc, Departamento de Derecho Penal y Criminología, UBA, 2010-2011.

_____. *Principios constitucionales de derecho penal.* Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999.

_____. Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional en la protección de los derechos fundamentales. In: BACIGALUPO, Enrique. *Justicia penal y derechos fundamentales.* Madrid: Marcial Pons, 2002.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. Trad. Mauricio Martínez Sánchez. In: BUSTOS RAMÍREZ, Juan (dir.). *Pena y estado:* función simbólica de la pena. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição:* fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.* Trad. Alexis Augusto Couto de Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 47; e MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis.* Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Critérios político-criminais da intervenção penal no âmbito econômico: uma lógica equivocada. In: FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael [coord.]. *Direito penal econômico:* questões atuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Da teoria do bem jurídico* como critério de legitimidade do direito penal. Tese de Livre-Docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

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

BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation.* Kitchener: Batoche Books, 2000.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *La construcción social de la realidad.* Trad. Silvia Zuleta. Buenos Aires: Amorrortu, 1991.

BERNAL PULIDO, Carlos. Consideraciones acerca de la fórmula de la ponderación de Robert Alexy. In: MONTEALEGRE, Eduardo (coord.). *La ponderación en el derecho.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

_____. Estructura y límites de la ponderación. *Doxa,* n. 26, 2003.

_____. La racionalidad de la ponderación. In: CARBONELL, Miguel; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (org.). *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo.* Lima: Palestra Editores, 2010.

_____. Proporcionalidad, derechos fundamentales y ley penal. In: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; RUSCONI, Maximiliano (dir.). *El principio de proporcionalidad penal.* Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2014.

_____. Tribunal Constitucional, legislador y principio de proporcionalidad: uma respuesta a Gloria Lopera. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, ano 25, n. 74, mai.-ago., 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão:* causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITTAR, Walter Barbosa. Delação premiada no Brasil e na Itália: uma análise comparativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Ano 19, n. 88, jan.-fev. 2011.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico.* Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues São Paulo: Ícone, 1995.

_____. Prologo. In: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón:* teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñéz, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mahino et al. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico.* Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política,* vol. 1. Trad. Carmen C. Varriale et al. Brasília: Editora UNB, 1998.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales.* Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BOLEA BARDON, Carolina. En los límites del derecho penal frente a la violencia doméstica y de género. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 09-02, 2007, p. 24. Disponível em: < http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-02.pdf>. Acesso em: 21 Mar. 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales.* Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 18, n. 85, jul.-ago. 2010.

_____. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 61, v. 14, 2006.

BOTTINI, Pierpaolo et al. A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: análise estatística de julgados. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 20, n. 98, set.-out., 2012.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. *A identidade do preso e as leis do cárcere.* Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

BRICOLA, Franco. Teoria generale del reato. *Novissimo Digesto Italiano,* XIX. Turim: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1973.

BROOKS, Thom. *Hegel's political philosophy:* a systematic reading of the Philosophy of Right. Edimburgo: Edinburgh University Press, 2009.

BUCHARD, Christoph. O princípio de proporcionalidade no "direito penal constitucional" ou o fim da teoria do bem jurídico tutelado na Alemanha. Trad. Fabíola Girão de Monteconrado. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura (coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha.* Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2013.

CALLIESS, Christian. Dimensions of fundamental rights. In: Pünder, Hermann; WALDHOFF, Christian. *Debates in german public law.* Oxford, Portland: Hart Publishing, 2014.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro.* São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do direito e movimentos sociais:* hermenêutica do sistema jurídico e da sociedade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012 (recurso digital).

_____. *Política, sistema jurídico e decisão judicial.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado.* Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paula Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009; BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Stato, costituzione, democrazia:* studi di teoria dela costituzione e di diritto costituzionale. Trad. Michele Nicoletti e Omar Brino. Milão: Giuffre, 2006.

_____. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANO, Ignacio. Direitos humanos, criminalidade e segurança pública. In: BRASIL, Presidência da República. *Direitos humanos:* percepções da opinião pública: análises de pesquisa nacional. Organização por Gustavo Venturini. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal:* concepto y principios constitucionales. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

CARO JOHN, José Antonio. A ponderação entre o direito à honra e o direito à liberdade de expressão. Trad. Eduardo Saad-Diniz. *In:* POLAINO-ORTS, Miguel; SAAD-DINIZ, Eduardo (org.). *Teoria da pena, bem jurídico e imputação.* São Paulo: LiberArs, 2012.

CARO JOHN, José Antonio; POLAINO-ORTS, Miguel. El neokantismo de la primera escuela de Frankfurt. In: ZACZYK, Rainer. *Libertad, derecho y fundamentación de la pena.* Eduardo Montealegre Lynett, Nathalia Bautista Pizarro, José Antonio Caro John e Miguel Polaino-Orts (comp.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

CARPINTERO BENITEZ, Francisco. *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno:* Fernando Vazquez de Menchaca. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1977.

CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal:* parte general, vol. II. Trad. José J. Ortega Torres e Jorge Guerrero. 4. ed. Bogotá: Editorial Temis, 1991.

CARVALHO, Salo de. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia *queer. Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 99, 2012.

CASTIÑEIRA, Maria Teresa; RAGUÉS, Ramon. *Three strikes.* El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. In: CARBONELL, Miguel; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coord.). El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo. Lima: Palestra, 2010.

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español,* parte general, tomo II: teoría jurídica del delito. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

_____. La doble posición del dolo en la ciencia del derecho penal española. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* Madrid, Tomo XXXV, Fascículo I, jan-abr. 1998.

CLAPHAM, Andrew. *Human rights in the private sphere.* Oxford: Clarendon Press, 1993.

CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional.* Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2009.

_____. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. In: CARBONELL, Miguel; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coord.). El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo. Lima: Palestra, 2010.

_____. Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad. In: CLÉRICO, Laura; SIECKMANN, Jan-R.; OLIVER-LALANA, Daniel (coord.). *Derechos fundamentales, principios y argumentación:* estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy. Granada: Editorial Comares, 2011.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *GLU:* glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann. Trad. Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México, D.F.: Universidad Iberoamericana, 1996.

COSTA, Antônio Carlos Luz. *Irritation und Allopoiesis im Rechtssystem:* eine systemtheorestische Analyse der polizeilichen Beobachtung in der Stadt Teixeira de Freitas, Brasilien. Tese de doutoramento apresentada perante a Universidade de Hamburgo. Hamburgo, 2012. Disponível em: < http://ediss.sub.uni-hamburg.de/volltexte/2012/5498/pdf/Dissertation.pdf >. Acesso em: 23 Mar. 2014.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana:* teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

_____. Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do *harm principle.* In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). *Direito penal como crítica da pena:* estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2002. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

_____. Os crimes ambientais e sua relação com o direito administrativo. In: VILARDI, Celso Sanchez; PERREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro. *Direito penal econômico:* análise contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA, José de Faria. Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena. In: DIAS, Jorge de Figueiredo; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; COSTA, José de Faria. *Ars iudicandi:* estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, vol. 1: filosofia, teoria e metodologia. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CUERDA ARNAU, María Luisa. Proporcionalidad penal. Libertad de expresión y efecto de desaliento. Su proyección sobre los nuevos tipos de apología. In: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; RUSCONI, Maximiliano (dir.). *El principio de proporcionalidad penal.* Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2014.

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

D'AVILA, Fabio Roberto. O direito penal na "luta contra o terrorismo". In: ANDRADE, Manual da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda et al. *Direito penal:* fundamentos dogmáticos e político-criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

_____. *Ofensividade em direito penal:* escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Crítica al funcionalismo normativista. *Revista de Derecho Penal y Criminología,* 3. Época, n. 3, 2010.

_____. El derecho penal del enemigo darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado “Derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad. In: MELÍA, Cancio; DÍEZ. Gómez-Jara. *Derecho penal del enemigo:* el discurso penal de la exclusión, vol. 1. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. *Da pulverização ao monopólio da violência:* expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal.* Parte geral, t. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* vol. XXXV, n. 103, jan.-abr. 2002.

_____. *La racionalidad de las leyes penales.* Madrid: Editorial Trotta, 2003.

DOMÉNECH PACUAL, Gabriel. Los derechos fundamentales a la protección penal. *Revista Española de Derecho Constitucional,* n. 78, set.-dez. 2006.

DONINI, Massimo. Principios constitucionales y sistema penal. Modelo y programa. In: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Derecho penal del estado social y democrático de derecho:* libro homenaje a Santiago Mir Puig. Madrid: La Ley, 2010.

_____. Un derecho penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana. *Revista Penal,* n. 8, 2001.

DONNA, Edgardo Alberto. ¿Es posible el derecho penal liberal? *Revista de Derecho Penal,* n. 1, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *O direito da liberdade:* a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *O império do direito.* Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Uma questão de princípio.* Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005

DYDE, S. W. Hegel’s conception of crime and punishment. *The Philosophical Review,* vol. 7, n. 1, jan. 1898.

ENGELS, Friedrich; KAUTSKY, Karl. *O socialismo jurídico.* Trad. Lívia Cotrim e Márcio Bilharinho Naves. 2. ed. rev. São Paulo: Boitempo, 2012.

ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. Trad. J. Baptista Machado. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

EZCURDIA LAVIGNE, Jose A. *Curso de derecho natural.* Perspectivas iusnaturalistas de los derechos humanos. (Parte General). Madrid: Reus, 1987.

FARALDO CABANA, Patricia. Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género. *Revista Penal,* n. 17, 2006.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Las teorías clásicas de la pena. *Revista Peruana de Ciencias Penales,* Lima: Idemsa, ano VII-VIII, n. 11-12.

_____. Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade do risco”. Notas sobre a política criminal no início do século XXI. *Revista Liberdades,* São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 7, mai.-ago.

FEINBERG, Joel. *Harm to others*: the moral limits of the criminal law. New York: Oxford University Press, 1984.

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

FERNANDES, Fernando Andrade. Sobre uma opção jurídico-política e jurídico-metodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais. In: ANDRADE, Manuel da Costa. *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

FERNÁNDEZ CRUS, José. El juicio constitucional de proporcionalidade de las leyes penales: ¿La legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad? *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte,* ano 17, n. 1, 2010.

FERNANDEZ-GALIANO, Antonio. *Derecho natural:* introducción filosófica al derecho. 5. ed. Madrid: Editorial Ceura, 1986.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón:* teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñéz, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mahino et al. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica:* ensaio de pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Introdução ao estudo do direito.* 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

_____. *Introdução ao estudo do direito:* técnica, decisão, dominação. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FISS, Owen M. *The irony of free speech.* Cambridge: Harvard University Press, 1996.

FORST, Rainer. *Contexts of justice:* political philosophy beyond liberalism and communitarianism. Trad. John M. M. Farrell. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Os anormais:* curso no Collège de France. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

_____. *Vigiar e punir:* nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRANCÉS LECUMBERRI, Paz. El principio de oportunidad y la justicia restaurativa: mediación, conciliación y reparación en la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor. *InDret – Revista para el Análisis del Derecho,* Barcelona, n. 4, out. 2012, p. 6. Disponível em: <www.indret.com/pdf/921.pdf>. Acesso em: 20 Fev. 2014.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos:* anotações sistemáticas à lei 8.072/90. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FRASE, Richard S. Excessive relative to what? Defining constitutional proportionality principles. In: TONRY, Michael (ed.). *Why punish? How Much?* A reader on punishment. New York: Oxfor University Press, 2011.

GALINDO MONTEAGUDO, Jorge. La teoría sistémica de la sociedad de Niklas Luhann: alcances y límites. In: LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad.* Trad. Javier Torres Nafarrete. Ciudad de México: Herder, 2006.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s).* 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

GARCÍA RIVAS, Nicolás. Los principios del derecho penal constitucional (II): el principio de proporcionalidad de las consecuencias jurídicas. In: SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón (comp.). *Derecho penal:* parte general. Madrid: Iustel, 2002 (versão digital).

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología:* una introducción a sus fundamentos teóricos. 6. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

GARLAND, David. *La cultura del control:* crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Trad. Máximo Sozzo. Barcelona: Editorial Gedisa, 2005.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade.* Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann.* Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1993.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito penal e interpretação jurisprudencial:* do princípio da legalidade às súmulas vinculantes. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Notas sobre as súmulas vinculantes em matéria penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 18, n. 84, p. 77-110, mai.-jun., 2010.

_____. *O princípio da proporcionalidade no direito penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus. El principio constitucional de proporcionalidad penal en España. In: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; RUSCONI, Maximiliano (dir.). *El principio de proporcionalidad penal.* Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2014.

_____. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Navarra: Thomson Arazandi, 2003.

GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.* 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de "Política criminal e sistema jurídico-penal" de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 32, out.-dez., 2012

_____. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*). *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 18, n. 82, jan.-fev., 2010.

_____. Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht? Zu den Grenzen einer verfassungsrechtlichen Orientierung der Strafrechtswissenschaft. In: BRUNHÖBER, B.; HÖFFLER, K; KASPAR; J. et al. *Strafrecht und Verfassung.* Baden-Baden: Nomos, 2013.

GRIMM, Dieter. Multiculturalidad y derechos fundamentales. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. In: DENNINGER, Erhard; GRIMM, Dieter. *Derecho constitucional para la sociedad multicultural.* Madrid: Editorial Trotta, 2005.

GUASTINI, Riccardo. A "constitucionalização" do ordenamento jurídico: o caso italiano. Trad. José María Lujambio. In: . In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s).* 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 49.

_____. *Das fontes às normas.* Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. Ponderación: un análisis de los conflitos entre principios constitucionales. Trad. Pedro P. Grández Castro. In: CARBONELL, Miguel; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coord..). *El principio de proporcionalidad en el derecho penal contemporáneo.* Lima: Palestra Editores, 2010.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais:* considerações em torno das normas principiológicas da constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Teoria constitucional dos princípios jurídicos como teoria fundamental do direito e garantismo penal. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, ano 6, n. 1, 2006.

GÜNTHER, Klaus. Ciudadano cosmopolita entre libertad y seguridad. Trad. Peter Storandt. In: LEYVA, Gustavo (ed.). *La teoría crítica y las tareas actuales de la crítica.* Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: Universidad Autónoma Metropolitana – Iztapalapa, 2005.

GUSFIELD, Joseph R. *Symbolic crusade: status politics* and the American temperance movement. Urbana, Londres: University of Illinois Press, 1966.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica:* teoria e prática. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución:* estudios de teoría constitucional de la sociedad aberta. Trad. Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

_____. *Hermenêutica constitucional:* a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antionio Fabris Editor, 1997.

_____. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn.* Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade, v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade, v. 2. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío.* Trad. José Luis Etcheverry. Madrid: Cátedra, 1999.

HANDLER, Joel F. *Social movements and the legal system:* a theory of law reform and social change. New York, San Francisco, London: Academic Press, 1978.

HART, L. A. *O conceito de direito.* Trad. A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HASSEMER, Winfried. ¿Puede Haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? Trad. Beatriz Spínola Tártalo. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico:* ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Trad. Elena Larrauri. In: BUSTOS RAMÍREZ, Juan (dir.). *Pena y estado:* función simbólica de la pena. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur, 1995.

_____. El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal "eficaz". Trad. Francisco Muñoz Conde. *Doctrina penal:* teoría y práctica en las ciencias penales, n. 49/52, v. 13, 1990.

_____. El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales. In: In: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; RUSCONI, Maximiliano (dir.). *El principio de proporcionalidad penal.* Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2014.

_____. *Fundamentos del derecho penal.* Trad. Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

_____. La "renuncia a la pena" como instrumento de política criminal. Trad. Joan Josep Queralt. In: MIR, Santiago (ed.). *La reforma del derecho penal*, tomo II. Barcelona: Bellaterra, 1981.

_____. La persecución penal: legalidad y oportunidad. Trad. M. A. Cobos Gómez de Linares. *Revista de Derecho Penal*, n. 2, 2001.

HECK,Philipp. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses.* Trad. José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1947.

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

HEGENBARTH, Rainer. Symbolische und instrumentelle Funktionen moderner Gesetze. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, ano 14, caderno 9, set. 1981.

HERRERA MORENO, Myriam. *La hora de la víctima:* compendio de victimología. Madrid: EDERSA, 1996.

HESSE, Konrad. Significado dos direitos fundamentais. Trad. Carlos dos Santos Almeida. In: HESSE, Konrad. Temas fundamentais do direito constitucional. Org. e trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRSCH, Andrew von; ASHWORTH, Andrew. *Proportionate sentencing:* exploring the principles. Oxford: Oxford University Press, 2010.

HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al finalismo. In: HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal*: obras completas, tomo V. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007.

HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje.* Trad. Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HOFSTADTER, Douglas. *Gössel, Escher, Bach:* an eternal golden braid. A metaphorical fuge on minds and machines in the spirit of Lewis Carroll. Sussex: Hassocks, 1979.

_____. *I am a strange loop.* New York: Basic Books, 2007.

HOLLERBACH, Alexander. Ideologie und verfassung. In: MAIHOFER, Werner (org.). *Ideologie und Recht.* Frankfurt a. M.: Klostermann, 1969.

HONNETH, Axel. *El derecho de la libertad:* esbozo de una eticidad democrática. Trad. Graciela Calderón. Madrid: Clave Intelectual; Buenos Aires: Katz Editores, 2014.

_____. *Luta por reconhecimento:* a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

HÖRNLE, Tatjana. La concepción anticuada de la culpabilidad en la jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena. Trad. María Martín Lorenzo. In: HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad:* notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, 2003.

HUSAK, Douglas. Retributivism, proportionality, and the challenge of the drug court movement. In: TONRY, Michael (ed.). *Retributivism has a past:* has it a future? Nova York: Oxford University Press, 2011.

ISENSEE, Josef. *Das Grundrecht auf Sicherheit:* zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates. Berlim, Nova York: Walter de Gruyter, 1983.

_____. Freiheit oder Sicherheit – Ist Deutschland auf dem Weg in den Überwachungsstaat? *Horch und Guck*, Aktuell un Kontrovers, Heft 59, 2007, p. 60 e ss. Disponível em: <http://www.hug-archiv.de/059/05916.pdf>. Acesso em: 23 Mar. 2014.

IZUZQUIZA, Ignacio. Introducción: la urgencia de una nova lógica. In: LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema:* la ambición de la teoría. Trad. Santiago López Petit e Dorothee Schmitz. Barcelona: Paidós, 1997.

JAKOBS, Günther. Danosidade social? Anotações sobre um problema teórico fundamental do direito penal. Trad. Eduardo Saad-Diniz. In: POLAINO-ORTS, Miguel; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Teoria da pena, bem jurídico e imputação.* São Paulo: LiberArs, 2012.

_____. *Derecho penal,* parte general: fundamentos y teoría de la imputación. Trad Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. *Dolus malus.* Trad. Yamila Fakhouri Gómez. *InDret,* n. 4, 2009. Disponível em: < http://www.indret.com/pdf/674.pdf>. Acesso em: 02 Mai. 2014.

_____. El desistimiento como modificación del hecho. Trad. Enrique Peñaranda Ramos. In: JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal.* Madrid: Editorial Civitas, 1997.

_____. La imputación jurídico-penal y las confirmaciones de vigencia de la norma. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trellez e Carlos Gómez-Jara Díez. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.). *Teoría de sistemas y derecho penal:* fundamentos y posibilidades de aplicación. Granada: Comares, 2005.

_____. *La imputación objetiva en el derecho penal.* Trad. Manuel Cancio Melía. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 1996.

_____. *Norm, Person, Gesellschaft:* Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie. Berlim: Duncker & Humblot, 1997.

_____. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal.* Trad. Manuel Cancio Melía e Bernardo Fejióo Sánchez. Madrid: Thomson Civitas, 2003.

_____. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional.* Trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feiióo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELÍA, Manuel. *Derecho penal del enemigo.* 2. ed. Madrid: Thomson-Civitas: Cizur Menor (Navarra), 2006.

JAPP, Klaus P. The form of protest in the new social movements. In: BAECKER, Dirk (ed.). Problems of form. Trad. Michael Irmscher e Leah Edwards. Standford: Standford University Press, 1999.

JELLINEK, Georg. *Diritti pubblici subbiettivi.* Trad. Gaetano Vitagliano. Milão: Società Editrice Libraria, 1912.

JEREZ, Miguel. Los grupos de presión. In: DEL ÁGUILA, Rafael (coord.). *Manual de ciencia política.* 5. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal,* Parte General. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

JESTAEDT, Matthias. La teoria de la ponderación: sus fortalezas y debilidades. Trad. Irgmard Kleine. In: MONTEALEGRE, Eduardo (coord.). *La ponderación em el derecho.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

JUAN MORESO, José. Alexy y la aritmética de la ponderación. In: CARBONELL, Miguel; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coord.). El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo. Lima: Palestra, 2010.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes.* Trad. Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2003.

_____. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres.* Trad. Manuel G. Morente. Madrid: Calpe, 1921.

KAUFMAN, Whitley R. P. *Honor and revenge:* a theory of punishment. Dordrecht: Springer, 2013.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado.* Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Teoria pura do direito.* Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Teoria pura do direito.* Trad. João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KELSEN, Hans; BOBBIO, Norberto et al. *Crítica del derecho natural.* Madrid: Taurus, 1966.

KENNEDY, Duncan. Formalismo jurídico. Trad. Sheila Stolz. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *A justificação do formalismo jurídico* – textos em debate. São Paulo: Saraiva, 2011.

KINDERMANN, Harald. Alibigesetzgebung als symbolische Gesetzgebung. In: VOIGT, Rüdiger (org.). *Symbole der Politik, Politik der Symbole.* Opladen: Leske, Budrich, 1989.

KINDHÄUSER, Urs. Retribución de culpabilidad y pena. Trad. Nuria Pastor. In: KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho.* Buenos Aires: Editorial B de F, 2011.

KÜHL, Kristian. Direito penal fragmentário e subsidiário. Trad. Pedro Ferreira Leite Neto. In: OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Direito penal econômico:* estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann. São Paulo: LiberArs, 2013.

KLUG, Ulrich. Despedida de Kant y Hegel (una crítica jusfilosófica básica). Trad. Jorge M. Seña. In: KLUG, Ulrich. *Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho.* México, DF: Distribuciones Fontamara, 1992.

_____. Para una crítica de la filosofía penal de Kant y Hegel. Trad. Enrique Bacigalupo. In: BAUMANN, Jürgen; HENTIG, Hans von; KLUG, Ulrich et al. *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa.* Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1970.

KRÜGER, Herbert. *Allgemeine staatslehre.* Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz: W. Kohlhammer Verlag, 1966.

KUHLEN, Lothar. Anmerkungen zum Verhältnis von Strafrecht und Verfassungsrecht. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias,* vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

KUMM, Mattias. Mas allá del principio de proporcionalidad: el pluralismo estructural de los derechos fundamentales en el derecho de los constitucionales de los Estados Unidos. Trad. Daniel Oliver-Lalana. In: SIECKMANN, Jan-R. (ed.). *La teoría principialista de los derechos fundamentales:* estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 273-296.

LAGODNY, Otto. El derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional. Trad. Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. In: HEFENDEHL, Roland [ed]. *La teoría del bien jurídico:* ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

LAMARCA PÉREZ, Carmen. *El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las leyes penales.* Madrid: Colex, 2011.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito.* Trad. José Lamargo. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2004.

LOPERA MESA, Gloria Patricia. El principio de proporcionalidad y los dilemas del constitucionalismo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, ano 25, n. 73, jan.-abr., 2005.

_____. Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal. In: MIR PUIG, Santiago; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. (dir.). *Constitución y principios del Derecho Penal:* algunas bases constitucionales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

_____. *Principio de proporcionalidad y ley penal:* bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

_____. Proporcionalidad de las penas y principio de proporcionalidad en Derecho Penal. *Jueces Para la Democracia*, Madrid, n. 70, mar. 2011.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. O princípio da proporcionalidade no direito penal econômico. In: PODVAL, Roberto (org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LUHMANN, Niklas. El derecho como sistema social. Trad. Carlos Gómez-Jara Díez. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.). *Teoría de sistemas y derecho penal.* Granada: Comares, 2005.

_____. *El derecho de la sociedad.* Trad. Javier Torres Nafarrete. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Grundrechte als Institution:* ein Beitrag zur politischen Soziologie. Berlim: Duncker & Humblot, 1974.

_____. *La differenziazione del diritto.* Contributti ala sociologia e ala teoria del diritto. Milão: Società Editrice Il Mulino, 1990.

_____. *La sociedad de la sociedad.* Trad. Javier Torres Nafarrete. Ciudad de México: Herder, 2006.

_____. *Legitimação pelo procedimento.* Trad. Maria Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

_____. Operational closure and structural coupling the differentiation of the legal system. *Cardoso Law Review*, n. 13, 1992.

_____. *Quod omnes tangit:* remarks on Jürgen Habermas legal theory. Trad. Mike Robert Horenstein. In: ROSENFIELD, Michel; ARATO, Andrew (ed.). *Habermas on law and democracy:* critical exchanges. Berkeley e Los Angeles: University of California Press, 1986.

_____. *Sistemas sociales:* lineamientos para una teoría general. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Coord. Javier Torres Nafarrate. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana, 1998.

_____. *Sociología del riesgo.* Trad. Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. 3. ed. México-DF: Universidad Iberoamericana, 2006.

_____. *Sociologia do Direito I.* Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *Sociologia do Direito II.* Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

_____. The self-reproduction of law and its limits. In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Dilemmas of law in the welfare sate.* Berlim, Nova York: Walter de Gruyter, 1988.

_____. Verfassung als evolutionäre Errungenschaft. In: *Rechtshistorisches Journal*, 9, Frankfurt am Main: Löwenklau.

LUÑO PEÑA, Enrico. *Derecho natural.* Barcelona: Librería La Hormiga de Oro, 1961.

LUZ, Yuri Corrêa da. *Entre bens jurídicos e deveres normativos:* um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

LUZON PEÑA, Diego-Manuel. La relación del merecimento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; SCHÜNEMANN, Bernd; DIAS, Jorge de Figueiredo (coord..). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal.* Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1995.

MACCORMICK, Neil. Direito, interpretação e razoabilidade. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. *Direito e interpretação:* racionalidade e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011.

MANCILLA, Nathaly. La constitución (chilena) y los derechos fundamentales ante los intentos desdiferenciadores de la política. In: CADENAS, Hugo; MASCAREÑO, Aldo; URQUIZA, Anahí (ed.). *Niklas Luhmann y el legado universalista de su teoría: aportes para el análisis de la complejidad social contemporánea.* Santiago: RIL Editores, 2012.

MARCUSE, Herbert. *Razão e revolução:* Hegel e o advento da teoria social. Trad. Marília Barroso. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio. La validez en la teoría de Luhmann. In: RAMOS PASCUA, José Antonio; RODILLA GONZÁLEZ, Miguel Ángel (ed.). *El positivismo jurídico a examen:* estudis en homenaje a José Delgado Pinto. Salamanca: Aquilafuente, Ediciones Universidad de Salamanca, 2006.

MARTÍNEZ ZORRILLA, David. *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa.* Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Pompeu Fabra. Barcelona: 2004.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *big crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico). In: PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *Mutaciones de Leviatán:* legitimación de los nuevos modelos penales. Madrid: Ediciones Akal, Universidad Internacional de Andalucía, 2005.

MASSUD, Leonardo. *Da pena e sua fixação:* finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal. São Paulo: DPJ Editora, 2009.

MATHIS, Klaus. *Efficiency instead of justice?* Searching for the philosophical foundations of the economic analysis of law. Trad. Deborah Shannon. Dordrecht: Springer, 2009.

MAURACH, Reinhart. *Derecho penal:* parte general, v. 1. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Trad. Jorge Bofill Genzch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994.

MAYER, Max Ernst. *Derecho penal,* Parte General. Trad. Sergio Politoff Lipschitz. Montevideo: Editorial B de F; Buenos Aires: Euros Editores, 2007.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.* Tese de Doutoramento apresentada perante a Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

_____. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Onze ilhas. Folha de S. Paulo, São Paulo, 01 Fev. 2010. Tendências e debates. Disponível em: < http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0102201008.htm>. Acesso em: 02 Mar. 2015.

MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogos Jurídicos,* Salvador, Ano I, vol. I, n. 5, ago. 2001, p. 2. Disponível em: < http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/dialogo-juridico-05-agosto-2001-gilmar-mendes.pdf>. Acesso em: 15 Jul. 2013.

MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*, tomo II. Trad. José Arturo Rodriguez Muñoz. 3. ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1933.

MILLÁN, René. Sociedad compleja: ¿cómo se integra? *Desacatos*, n. 28, set.-dez. 2008.

MIR PUIG, Santiago. *Bases constitucionales del derecho penal.* Madrid: Iustel, 2011.

_____. El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal. In: CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; ORTS BERENGUER, Enrique. *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal:* semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Vives Antón, tomo II. Coordenação a cargo de María Luisa Cuerda Arnau. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

_____. *Introducción a las bases del derecho penal:* concepto y método. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003.

MOCCIA, Sergio. *Il diritto penale tra essere e valore:* funzione dela pena e sistemática teleológica. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.

MOORE, Michael S. Libertad y drogas. In: GREIFF, Gustavo de; GREIFF, Pablo de (org.). Moralidad, legalidad y drogas. Trad. Gustavo de Greiff. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

MORALES PRATS, Fermin. Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora. *Cuadernos de política criminal*, Madrid: Edersa, n. 36, 1988.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. O IBCCRIM e a inconstitucionalidade da proibição de progressão nos crimes hediondos. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo: IBCCRIM, Edição Especial, v. 20, 2012.

MUELLBAUER, John. Professor Sen on the standard of living. In: HAWTHORN, Geoffrey (ed.). *The standard of living:* Tanner lectures. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo".* Buenos Aires: Hamurabi, 2005.

_____. Dogmática jurídico penal y política criminal: una relación conflictiva, pero necesaria. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 21, v. 105, nov.-dez. 2013.

_____. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo:* estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

_____. *Introducción al derecho penal.* 2. ed. Buenos Aires, Montevidéu: Editorial B de F, 2001.

_____. La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo. In: CAMPO MORENO, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.). *La generalización del derecho penal de excepción:* tendencias legislativas. Estudios de Derecho Judicial128. Madrid: CGOJ, 2007.

NAVARRO FRÍAS, Irene. El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios? In: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; RUSCONI, Maximiliano (dir.). *El principio de proporcionalidad penal.* Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2014.

_____. Técnica legislativa y derecho penal. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX, 2010.

NEUMANN, Ulfrid. O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena. Trad. Antonio Martins. *Revista de Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 16, n. 71, p. 205-232, mar.-abr., 2008.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica.* São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

_____. A força simbólica dos direitos humanos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado,* Salvador, n. 4, out.-dez. 2005, p. 3. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-4-outubro-2005-Marcelo%20Neves.pdf>. Acesso em: 20 Mar. 2014.

_____. Del pluralismo jurídico a la miscelânea social: el problema de la falta de identidad de la(s) esfera(s) de juridicidad en la modernidad periférica y sus implicaciones en América Latina. *Série J. Enseñanza del derecho y material didáctico – Instituto de Investigaciones Jurídicas.* UNAM, México, 1995, n. 1.

_____. *Entre Hidra e Hércules:* princípios e regras constitucionais. São Paulo: Editora WMV Martins Fontes, 2013.

_____. *Entre Têmis e Leviatã:* uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. Trad. pelo próprio autor. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. From the autopoiesis to the allopoiesis of law. Trad. Margaret Griesse e Jeffrey Hoff. *Journal of Law and Society,* Oxford: Blackwell Publishers, v. 28, n. 2, jun. 2001.

_____. Luhmann, Habermas e o estado de direito. *Lua Nova,* São Paulo, n. 37, 1996.

_____. *Transconstitucionalismo.* São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro:* direito de intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2013.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal:* um estudo comparado. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Marcel. Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como utilizá-la? In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAU, Marina (coord.). Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão e curso. São Paulo: Saraiva, 2012.

PATEMAN, Carole. *Participação e teoria democrática.* Trad. Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

PAVARINI, Massimo. Gobierno del miedo o a través del miedo? In: Máximo Sozzo (org.). *Por una sociología crítica del control social:* ensayos en honor a Juan S. Pegoraro. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2010.

PAWLIK, Michael. Hegel e a racionalidade do real. Trad. Eduardo Saad-Diniz. In: PAWLIK, Michael. *Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo.* Organização e tradução Eduardo Saad-Diniz. São Paulo: LiberArs, 2012.

_____. O passo mais importante da dogmática da última geração? Reflexões para a diferenciação entre injusto e culpabilidade em direito penal. Trad. Eduardo Saad-Diniz. In: PAWLIK, Michael. *Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo.* Organização e tradução Eduardo Saad-Diniz. São Paulo: LiberArs, 2012.

_____. O terrorista e o direito dele: sobre a posição teórico-jurídica do terrorismo moderno. Trad. Eduardo Saad-Diniz. In: PAWLIK, Michael. *Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo.* Organização e tradução Eduardo Saad-Diniz. São Paulo: LiberArs, 2012.

_____. *Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo.* Trad. Eduardo Saad-Diniz. São Paulo: LiberArs, 2012.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J.; CANCIO MELÍA, MANUEL. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs. In: JAKOBS, Günther. *Estudios*

de derecho penal. Trad. Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez Gonzáles e Manuel Cancio Melía. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

PEREIRA, Bruno Ramos. *O uso da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal* – Análise dos votos do ministro Gilmar Mendes (2004-2006). Tese USP. São Paulo, 2009.

PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando. El funcionalismo en la sociología actual. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.). *El funcionalismo en derecho penal:* libro homenaje al Profesor Günther Jakobs. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

PEREZ, Oren. Law as a strange loop. In: CALLIESS, Gralf-Peter; FISCHER-LESCANO, Andreas; WIELSCH, Dan. *Soziologische Jurisprudenz:* festschrift für Günther Teubner zum 65. Geburtstag. Berlin: De Gruyter Recht, 2009.

PESTANA, Débora Regina. *Cultura do medo:* reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: Editora Método, 2003.

PINTO, Ronaldo Batista. A colaboração premiada da Lei nº 12.850/2013. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal,* São Paulo: Editora Magister, Ano X, n. 56, out.-nov. 2013.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Revista Novos Estudos CEBRAP,* n. 68, São Paulo: CEBRAP, 2004.

PLATÃO. *As leis,* ou da legislação e *epinomis*. Trad. Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 1999.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. Metódica jurisprudencial en el derecho penal. In: POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Estudios penales.* Córdoba: Universidad de Córdoba, 1998.

POLAINO-ORTS, Miguel. Comunicação *versus* coação? Considerações críticas sobre a pretendida cisão da função da pena. Trad. Eduardo Saad-Diniz. In: POLAINO-ORTS, Miguel; SAAD-DINIZ, Eduardo (org.). *Teoria da pena, bem jurídico e imputação.* São Paulo: LiberArs, 2012.

_____. *Derecho penal del enemigo:* fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia. Barcelona: Bosch, 2009.

_____. Discriminación positiva y violência contra la mujer. La legitimación de un enemigo de género. In: POLAINO-ORTS, Miguel; UGAZ HEUDEBERT, Juan Diego. *Feminicidio y discriminación positiva em derecho penal.* Lima: ARA Editores, 2012.

_____. Realidad y ficción en el derecho penal del enemigo. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias,* v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

_____. Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *El funcionalismo en derecho penal:* libro homenaje al Profesor Günther Jakobs, tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

_____. Vigencia de la norma: el potencial de sentido de um concepto. In: JAKOBS, Günther; POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel (org.). *Bien jurídico, vigência de la norma y daño social.* Lima: Ara Editores, 2010.

POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos,* vol. 2. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Editora Itatiaia; São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 1974.

POSCHER, Ralf. Aciertos, errores y falso autoconcepto de la teoría de los principios. Trad. Daniel Oliver-Lalana. In: SIECKMANN, Jan-R. (ed.). *La teoría principialista de los derechos fundamentales:* estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons, 2011.

POTTER, Nelson. Kant on punishment. In: HILL JR., Thomas E (ed.). *The Blackwell guide to Kant's ethics.* Chichester: Wiley-Blackwell, 2009.

PRADO, Geraldo. Justiça penal consensual. *Discursos sediciosos:* crime, direito e sociedade, n. 9/10, v. 5, 2000.

PRIETO NAVARRO, Evaristo. Sobre los límites y posibilidades de la respuesta jurídica al riesgo. In: DA AGRA, Cândido; DOMÍNGUEZ, José Luis; GARCÍA AMADO, Juan Antonio et al. (eds.). *La seguridad en la sociedad del riesgo:* um debate abierto. Barcelona: Atelier, 2003.

_____. Teoría de sistemas, funciones del derecho y control social. Perspectivas e imposibilidades para la dogmática penal. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho,* n. 23, 2000.

PRIETO SANCHÍS, Luis. El juicio de ponderación constitucional. In: CARBONELL, Miguel; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coord.). *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo.* Lima: Palestra Editores, 2010.

_____. *La filosofía penal de la ilustración.* Talplan, México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.

PRITWITZ, Cornelius. La función del derecho penal en la sociedad del riesgo – defensa de um rol necesariamente modesto. In: AMBOS, Kai (dir.); BÖHM, María Laura (coord.). *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania.* Bogotá: Editorial Temis, 2012.

PUPPE, Ingeborg. Ciência do direito penal e jurisprudência. Trad. Luis Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 14, n. 58, p. 105-113, jan.-fev., 2006.

_____. *La distinción entre dolo e imprudencia:* comentario al §15 del Código Penal alemán. Trad. Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2010.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *El problema penal:* la tensión entre teoría y praxis en el derecho penal. Madrid: Iustel, 2012.

_____. *Parte general del derecho penal.* Cizur Menor, Navarra: Editorial Arazandi, 2005.

RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la filosofía del derecho.* Trad. Wenceslao Roces. México: Fondo de Cultura Económica, 1951.

RAMOS, Elival da Silva. A exigência de proporcionalidade no controle abstrato de normas brasileiro. *Revista Mestrado em Direito – Direitos Humanos Fundamentais,* Osasco-SP: Edifieo, ano 10, n. 1, jan.-jun. 2010.

RASCOVSKI, Luiz. A (in)eficiência da delação premiada. In: INSTITUTO DE ESTUDOS AVANÇADOS DE PROCESSO PENAL - ASF. *Estudos de processo penal.* São Paulo: Scortecci, 2011.

RAUPP, Mariana; BENEDETTI, Juliana Cardoso. A implementação da justiça restaurativa no Brasil: uma avaliação dos programas de justiça restaurativa de São Caetano do Sul, Brasília e Porto Alegre. *Revista Ultima Ratio,* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, ano 1, n. 1, 2007.

REAL ALCAL, J. Alberto del. Sobre la indeterminación del derecho y la ley constitucional: el término "nacionalidades" como concepto jurídico indeterminado. *Foro – Revista de Derecho,* n. 2, 2003-2004.

REALE JUNIOR, Miguel. Anti-semitismo é racismo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 43, ano 11, abr.-jun. 2003.

_____. *Instituições de direito penal,* parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito.* 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RISTROPH, Alice. Proportionality as a principle of limited government. *Duke Law Jorunal* , Durham: Duke University School of Law, 2005, vol. 55.

RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord.). *Política criminal y sistema penal:* viejas e nuevas racionalidades punitivas. Barcelona: Anthropos, 2005.

ROBERTS, Paul Craig; STRATTON, Lawrence M. *The tyranny of good intentions:* how prosecutors and bureaucrats are trampling the constitution in the name of justice. Roseville: Forum, 2000.

ROBINSON, Paul H. *Principios distributivos del derecho penal:* a quién debe sancionarse y en qué medida. Trad. Manuel Cancio e Iñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2012.

RODRIGO, José Rodriguez. Prefácio. "Quanto terá sido o óbvio...": o debate sobre o formalismo em textos escolhidos. In: RODRIGO, José Rodriguez. (org.). *A justificação do formalismo jurídico:* textos em debate. São Paulo: Saraiva, 2011.

RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío Rodríguez; RÍOS F., René. Las organizaciones sociales en una sociedad compleja. *Perspectivas CEES-UC,* Santiago, n. 2, jul. 2007, p. 11. Disponível em: < http://emprendimientossolidarios.uc.cl/download/Perspectivas_CEES-UC-2.pdf>. Acesso em: 29 Mar. 2014.

RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío Rodríguez; TORRES NAFARRATE. *Autopoiesis,* la unidad de una diferencia: Luhmann y Maturana. *Sociologias,* Porto Alegre, ano 5, nº. 9, jan.-jun. 2003.

RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann. In: LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad.* Trad. Javier Torres Nafarrete. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. A persistência do formalismo: uma crítica para além da separação de poderes. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; SILVA E COSTA, Carlos Eduardo Batalha; BARBOSA, Samuel Rodrigues (org.). *Nas fronteiras do formalismo.* São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Fundamentos de direito penal brasileiro:* lei penal e teoria geral do crime. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. Liberdade, injusto massacre da imprensa e algum testemunho pessoal. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda (org.). *AP 470:* análise da mídia no julgamento do mensalão a partir de entrevistas com a defesa. São Paulo: LiberArs, 2013.

_____. Notas sobre a insuficiência da interpretação exclusivamente constitucional do direito penal. BEÇAK, Rubens; POVEDA VELASCO, Ignácio Maria [org.]. *O direito e o futuro da pessoa:* estudos em homenagem ao professor Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Atlas, 2011.

ROMEO CASABONA, Carlos María. El "principio de precaución" en derecho penal. *Iter Criminis:* Revista de Ciencias Penales, n. 9, 2004.

ROXIN, Claus. *Derecho penal,* parte general, tomo. Fundamentos. La estrutura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Editorial CIvitas, 1997.

_____. El significado de la política criminal para los fundamentos sistemáticos del Derecho penal. In: ROXIN, Claus; POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel (org.). *Política criminal y dogmática penal:* cuestiones fundamentales. Lima: Aras Editores, 2013.

_____. *Estudos de direito penal.* Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Política criminal e sistema jurídico-penal.* Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Sobre la autoría y participación en el derecho penal. In: BAUMANN, Jürgen; HENTIG, Hans von; KLUG, Ulrich et al. *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa.* Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1970.

_____. *Teoría del tipo penal:* tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Trad. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979.

SAAD-DINIZ, Eduardo, A sociologia da decisão: a econômica, a política, a jurídica. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 102, jan.-dez. 2007.

_____. Fronteras del normativismo: a ejemplo de las funciones de la información en los programas de criminal compliance. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,* São Paulo, v. 108, jan.-dec., 2013.

_____. *Inimigo e pessoa no direito penal.* São Paulo: LiberArs, 2012.

_____. Notas sobre a intervenção da mídia no livre conhecimento e o papel do "novo defensor penal". In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda. *AP 470:* análise da intervenção da mídia no julgamento do mensalão a partir de entrevistas com a defesa. São Paulo: LiberArs, 2013.

_____. Regras de proporcionalidade e oportunidade na interpretação penal. In: OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Direito penal econômico:* estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann. São Paulo: LiberArs, 2013.

SAFATLE, Vladimir. *Grande hotel abismo:* por uma reconstrução da teoria do reconhecimento. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

SALLA, Fernando. O RDD é temido, mas confere prestígio aos que passam por ele. *Estado de S. Paulo,* Caderno Aliás, 20 Ago. 2006. Disponível em: <http://www.nevusp.org/portugues/index.php?option=com_content&task=view&id=128&Itemid=29>. Acesso em: 20 Dez. 2014.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada:* a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. Tese de Livre-Docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

_____. *Finalidades da pena:* conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice:* o social e o político na pós-modernidade. 7. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999.

SARCEDO, Leandro. *Política criminal e crimes econômicos.* São Paulo: Alameda, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 12, n. 47, mar.-abr. 2004.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico,* Salvador, n. 16, mai.-ago. 2007, p. 20. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 20 Mar. 2014.

SCHAUER, Frederick. Formalismo. Trad. Diego Werneck Arguelhes, Fábio Shecaira e Noel Struchiner. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *A justificação do formalismo jurídico* – textos em debate. São Paulo: Saraiva, 2011.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SCHILD, Wolfgang. Funktionale und nicht-funktionale Bedeutung des Gesetzes: einige Anmerkungen zur Gesetzgebungslehre am Beispiel des materiellen Strafrechts. In: TAMMELO, Ilmar; MOCK, Erhard

(org.). *Rechtstheorie und Gesetzgebung:* Festschrift für Robert Weimar. Frankfurt am Main, Berna, Nova York: Verlag Peter Lang, 1986.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político. Teoria do Partisan.* Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica.* Trad. Montserrat Herrero. Madrid: Editorial Tecnos, 1996, p. 9-44. Isso apontaria para um sincretismo entre normativismo e decisionismo, culminando no preenchimento político do campo normativo.

_____. *Teología política:* cuatro ensayos sobre la soberanía. Trad. Francisco Javier Conde. Buenos Aires: Editorial Struhart & Cía.

_____. *Teoría de la constitución.* Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SCHROEDER, Friedrich-Christian. A renúncia à sanção no direito alemão.Trad. Gustavo de Carvalho Marin, com revisões de José Roberto Macri Júnior. In: SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal.* Eduardo Saad-Diniz, Andrés Falcone, Gustavo de Carvalho Marin (org.). São Paulo: LiberArs, 2013.

_____. A revolução do direito penal sexual (1992-1998). In: SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal.* Eduardo Saad-Diniz, Andrés Falcone e Gustavo de Carvalho Marin (org.). São Paulo: LiberArs, 2013.

SCHULTE, Phillip H. *Terrorismus und Anti-Terrorismus-Gesetzgebung:* eine rechtssoziologische Analyse. Münster, Nova York, Munique, Berlim: Waxmann, 2008.

SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. Trad. María Martín Lorenzo y Mirja Feldmann. In: HEFENDEHL, Roland [ed]. *La teoría del bien jurídico:* ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

SEIBEL, Sergio. A Lei 11.343/2006 sobre drogas e o impacto na saúde pública. *Boletim IBCCRIM,* São Paulo: IBCCRIM, ano 20, Edição Especial sobre Drogas, out. 2012.

SELLTIZ, C.; JAHODA, M.; DEUTSCH, M.; COOK, S. M. *Métodos de pesquisa das relações sociais.* São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1965.

SEN, Amartya The standard of living: lecture II, lives and capabilities. In: HAWTHORN, Geoffrey (ed.). *The standard of living:* Tanner lectures. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

_____. *Desenvolvimento como liberdade.* Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. *The standard of living.* The Tanner Lecutres on Human Values, Cambridge University, Mar 12. 1985, p. 37-38 e 48-50. Disponível em: <http://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/s/sen86.pdf>. Acesso em 19 Nov. 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia.* 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena:* finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SIECKMANN, Jan-R. Los derechos fundamentales como principios. Trad. Daniel Oliver-Lalana. In: SIECKMANN, Jan-R. (ed.). *La teoría principialista de los derechos fundamentales:* estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons, 2011

_____. Problemas de la teoría principialista de los derechos fundamentales. Trad. Daniel Oliver-Lalana. In: CLÉRICO, Laura; SIECKMANN, Jan-R.; OLIVER-LALANA, Daniel (coord.). *Derechos*

fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy. Granada: Editorial Comares, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Introducción. In: SCHÜNEMANN, Bernd (org.). *El sistema moderno del derecho penal:* cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario. Madrid: Editorial Tecnos, 1984.

_____. *La expansión del derecho penal:* aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

_____. Observaciones sobre la relación entre derecho constitucional y derecho penal en España. *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más derecho?,* Buenos Aires, n. 2, 2001.

_____. *Normas y acciones em derecho penal.* Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

_____. Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo Español. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 4, n. 15, p. 39-50, jul.-set., 1996.

_____. Prólogo a la edición española. In: VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. *Límites al derecho penal:* principios operativos en la fundamentación del castigo. Edição espanhola a cargo de Ricardo Robes Planas. Barcelona: Atelier, 2012.

_____. Sobre la interpretación teleológica en derecho penal. In: GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz; GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Estudios de filosofía del derecho penal.* Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2006.

_____. Una crítica a las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor". *Revista de Estudios de la Justicia,* Ano 2009, n. 11.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito:* os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Comparing the incommensurable: constitutional rights, balancing and rational decision. *Oxford Journal of Legal Studies,* Oxfor University Press, v. 31, n. 2, 2011.

_____. *Direitos fundamentais:* conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV,* v. 3, p. 191-210, 2006.

_____. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio (org.). *Interpretação constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado,* v. 4, 2006.

_____. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais,* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 798, p. 23-50, 2002.

_____. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JÚNIOR, Renato Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. *Direito e interpretação:* racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais,* v. 1, 2003.

_____. Direitos fundamentais e relações entre particulares. *Revista Direito GV,* v. 1, n. 1., maio 2005.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (coord.). *Crônicas franciscanas do mensalão:* comentários pontuais do julgamento da ação penal nº 470, junto ao STF, pelos professores de direito penal da Universidade de São Paulo. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

_____. Tipificação criminal da violência de gênero: paternalismo legal ou moralismo penal? *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais,* São Paulo: IBCCRIM, n. 166, set. 2006.

_____. A mídia e a lei da mordaça. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais,* São Paulo: São Paulo: IBCCRIM, n. 94, set. 2000.

_____. A segurança como critério de estipulação de crimes. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). *Direito Penal como crítica da pena:* estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70. aniversário em 2 de setembro de 2012. Madrid: Marcial Pons, 2012.

_____. Adequação social e direito penal. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (coord.). *Direito penal contemporâneo.* São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Considerações penais sobre o acordo de leniência na realidade antitruste. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior.* São Paulo: GZ Editoria, 2014.

_____. *Crimes sexuais:* bases críticas para a reforma do direito penal sexual. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. *Direito penal econômico como direito penal de perigo.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Direito penal supra-individual:* interesses difusos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Fundamentos da adequação social em direito penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. Multiculturalism and criminal law: the brasilian case. *Revue internationale de droit pénal,* v. 82.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Criminal compliance:* os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais,* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Ano 15, vol. 56, abr.-jun. 2012.

SIMON, Jonathan. *Governing through crime:* how the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear. Nova York: Oxford University Press, 2007.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico:* fundamentos, limites e alternativas. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

STEPHENS, Beth. The amorality of profit: transnational corporations and human rights. In: KINLEY, David. *Human rights and corporations.* Farnham: Ashgate Pubishing, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Do garantismo negativo ao garantismo positivo: a dupla face do princípio da proporcionalidade. *JurisPoiesis,* Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, ano 8, n. 7, jan. 2005.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José. El sistema penal: su legitimidad axiológica, contextual y teleológica. *Eguzkilore,* San Sebastián, n. 25, dez. 2011.

SUNSTEIN, Cass R. *Democracy and the problem of free speech.* New York: The Free Press, 1993.

_____. *The laws of fear:* beyond the precautionary principle. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

TAVARES, Juarez. A globalização e os problemas de segurança pública. In: HOLLENSTEINER, Stephan (org.). *Estado e sociedade civil no processo de reformas no Brasil e na Alemanha.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Teoria do injusto penal.* 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 112.

TAYLOR, Charles. *Hegel e a sociedade moderna.* Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

_____. *Hegel.* Nova York: Cambridge University Press, 2005.

TERRADILLOS BASOCO, Juan M. La constitución penal. Los derechos de la libertad. In: TERRADILLOS BASOCO, Juan M. *Sistema penal y estado de derecho.* Lima: ARA Editores, 2010.

TEUBNER, Gunther. *Altera pars audiatur:* law in the collision of discourses. Trad. Klauz Ziegert e Ros Ziegert. In: RAWLINGS, Richard (ed.). *Law, society and economy.* Frankfurt: Oxford University Press, 1997.

_____. *De collisione discursuum:* communicative rationalities in law, morality, and politics. *Cardozo Law Review,* v. 17, 1995-1996.

_____. El derecho como sistema autopoiético. Trad. Carlos Gómez-Jara Díez. In: TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global.* Trad. Manuel Cancio Melía e Carlos Gómez-Jara Díez (ed.). Lima: ARA Editores, 2005.

_____. La constitucionalización de la sociedad global. Trad. Manuel Cancio Melía. In: TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global.* Trad. Manuel Cancio Melía e Carlos Gómez-Jara Díez (ed.). Lima: ARA Editores, 2005.

_____. *Law as an autopoietic system.* Trad. Anne Bankowska e Ruth Adler. Oxford, Cambridge: Blackwell, 1993.

_____. *The anonymous matrix:* human rights violations by "private" transnational actors. *The Modern Law Review,* Oxford: Blackwell Publishing, 2006, n. 69.

THORNHILL, Chris. Niklas Luhmann y la sociologia de la Constitución. Trad. Hugo Cadenas. In: CADENAS, Hugo; MASCAREÑO, Aldo; URQUIZA, Anahí (ed.). *Niklas Luhmann y el legado universalista de su teoría: aportes para el análisis de la complejidad social contemporánea.* Santiago: RIL Editores, 2012.

_____. Niklas Luhmann, Carl Schmitt and the modern form of the political. *European Journal of Social Theory,* 10, n. 4, 2007.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico:* introducción y parte general. Lima: Grijley, 2009.

TOMBS, Steve; WHYTE, Dave. Scrutinizing the powerful: crime, conteporary political economy, and critical social research. In: TOMBS, Steve; WHYTE, Dave. *Unmasking the crimes of the powerful:* scrutinizing States & corporations. Nova York: Peter Lang Publishing, 2001.

TONRY, Michael. Can twenty-first century punishment policies be justified in principle? In: TONRY, Michael (ed.). *Retributivism has a past:* has it a future? Nova York: Oxford University Press, 2011.

TORRES NAFARRATE, Javier. *Luhmann:* la política como sistema. México, DF: Fondo de Cultura Económica, Universidad Iberoamericana, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

TREVES, Renato. *Giustizia e giudici nella società italiana.* Bari: Editora Laterza, 1972.

TULLY, James. *Strange multiplicity:* constitutionalism in an age of diversity. Nova York: Cambridge University Press, 2006.

TURK, Austin T. Law as a weapon in social conflict. In: McCANN, Michael. *Law and social movements.* Aldershot: Ashgate Publishing, 2006.

VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho et al. A pesquisa em direito e as bases eletrônicas de julgados dos tribunais: matrizes de análise e aplicação no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, vol. 1, n. 1, jan. 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. Revista Direito GV, São Paulo, n. 4 (2), jul.-dez. 2008.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2009.

VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal:* acción significativa y derechos constitucionales. Valencia: Tirant lo Banch, 2011.

VOGEL, Joachim. Legislación penal y ciencia del derecho penal. (Reflexiones sobre una doctrina teórico-discursiva de la legislación penal). *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n. 11, 2003.

VOLTAIRE. Comentario sobre el libro "De los delitos y de las penas" por um abogado de provincias. Trad. Juan Antonio de las Casas. Madrid: Alianza Editorial, 2002.

VON HIRSCH, Andrew. Proportionality in the philosophy of punishment. *Crime and Justice*, Chicago: The University of Chicago Press, vol. 16, 1992.

VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. Introducción. ¿Qué son los "mediating principles"? Trad. Ricardo Robles Planas. In: VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. *Límites al derecho penal:* principios operativos en la fundamentación del castigo. Edição espanhola a cargo de Ricardo Robes Planas. Barcelona: Atelier, 2012.

VORMBAUM, Thomas; BOHLANDER, Michael. *A modern history of german criminal law*. Trad. Margaret Hiley. Heidelberg: Springer, Volkswagen Stiftung, 2014.

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal:* una introducción a la doctrina de la acción finalista. Trad, José Cerezo Mir. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

WINDLESHAM, Lord. *Politics, punishment, and populism.* Nova York, Oxford: Oxford University Press, 1998.

WOHLERS, Wolfgang. Derecho penal como *ultima ratio.* ¿Principio fundamental del derecho penal de um Estado de Derecho o principio sin un contenido expressivo propio? Trad. Núria Pastor Muñoz. In: VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. *Límites al derecho penal:* principios operativos en la fundamentación del castigo. Edição espanhola a cargo de Ricardo Robes Planas. Barcelona: Atelier, 2012.

WOLTER, Jürgen. Estudios sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, sobreseimiento del proceso, de la renuncia de la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal u la determinación de la pena. Trad. Guillermo Benlloch Petit. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg. *El sistema integral del derecho penal:* delito, determinación de la pena y processo penal. Madrid: Marcial Pons, 2004.

_____. Problemas político-criminales y jurídico-constitucionales de uns sistema internacional del derecho penal. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (ed.). *Política criminal y nuevo derecho penal:* libro homenaje a Claus Roxin. Barcelona: José María Bosch Editor, 1997.

YANCARELLI, Lucas. Enfoque constitucional de la acción penal y el principio de oportunidad. *Revista de Derecho Penal y Procesal*, n. 5, 2013.

ZACZYK, Rainer. "Ha matado, entonces debe morir". Kant y el derecho penal. Trad. Miguel Polaino-Orts. In: ZACZYK, Rainer. *Libertad, derecho y fundamentación de la pena.* Eduardo Montealegre Lynett, Nathalia Bautista Pizarro, José Antonio Caro John e Miguel Polaino-Orts (comp.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

_____. El Estado y la pena: consideraciones sobre el denominado “ejemplo de la isla” en La Metafísica de las Costumbres de Kant. Trad. Jorge Fernando Perdomo Torres. In: ZACZYK, Rainer. *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*. Eduardo Montealegre Lynett, Nathalia Bautista Pizarro, José Antonio Caro John e Miguel Polaino-Orts (comp.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal,* parte general II. Buenos Aires: Ediar, 1987.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal:* parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil.* Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, Comunidad de Madrir, 1995.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador. ¿Hacia una “administrativización” del derecho penal o una “penalización” del derecho administrativo sancionador? In: NIETO MARTIN, Adán (coord..).*Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: In memoriam,* vol. 1. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, 2001.