

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE COMO LIMITE DE PROTEÇÃO AO BEM JURÍDICO

VÂNIA MÁRCIA DAMASCENO NOGUEIRA

Defensora Federal

Pós-graduada em Direito Público pelo Centro Universitário de Goiás

Mestranda em Direito pela Universidade de Itaúna/MG

Membro do Comitê de Ética Animal da FUNED/MG

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo demonstrar que o princípio da proporcionalidade, muito aplicado no Direito Administrativo, ultrapassou esta seara para inserir-se, também, no Direito Penal. Os crimes organizados levaram a sociedade contemporânea a exigir o recrudescimento do Direito Penal como utópica solução para frear a criminalidade. O princípio da proporcionalidade aparece como uma limitação à expansão ilógica do bem jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Proporcionalidade; bem jurídico; limitação.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to demonstrate that the principle of proportionality, largely applied in administrative law, has gone beyond its original scope and is now being resorted to also in criminal law. Organised crime has led the contemporaneous society to call for the recrudescence of criminal law in the search for an utopic solution to deter criminality. The principle of proportionality thus appears as a limitation to the illogical expansion of a legal asset.

KEYWORDS : Proportionality; legal asset; limitation.

SUMÁRIO: 1. Intróito. 2. Direitos fundamentais e proibição do retrocesso. 2.1. Princípios de Direito Penal. 2.1.1. Princípio da insignificância. 2.1.2. Princípio da intervenção mínima. 2.1.3. Princípio da fragmentariedade. 2.1.4. Princípio da proporcionalidade. 3. O princípio da proporcionalidade e o Direito Penal. 3.1. Breve histórico. 3.2. Dimensões do princípio da proporcionalidade. 3.2.1. Adequação. 3.2.2. Necessidade. 3.2.3. Proporcionalidade em sentido estrito. 4. Bem jurídico. 4.1. Definição de bem jurídico. 4.2. Expansão do bem jurídico. 4.3. Direito Penal de duas e três velocidades. 5. Direito Penal do inimigo. 6. O princípio da proporcionalidade como limitação da proteção do bem jurídico. 7. Considerações finais. 8. Referências bibliográficas.

1. Intróito

O século XX apresenta-se em uma sociedade complexa e multifacetária. Inúmeros processos sociais e políticos marcantes, como o intervencionismo estatal na economia, os conflitos sociais massificados, o dirigismo contratual e relativização da autonomia privada, as incertezas do capitalismo, a publicização do Direito, o desenvolvimento tecnológico, a globalização, as guerras mundiais, o aumento da desigualdade social, etc. efetivaram o surgimento de novos delitos decorrentes de riscos dessa sociedade pós-moderna.

Os riscos sociais passam a penetrar em todas as relações públicas e privadas. Em decorrência, surgem novos conflitos e, por conseqüência, novos delitos e a expansão exagerada e rápida do Direito Penal. O bem jurídico é apontado pelo legislador de forma aleatória e sem conteúdo jurídico-filosófico.

No entanto, os estudiosos desse ramo do Direito caminhavam para um abrandamento das penas, optando por penas substitutivas em face da privação de liberdade. Ocorre uma administrativização do Direito Penal, como medida, dentre outras, de política pública. O Direito Penal caminha em duas velocidades: penas restritivas de direito e, para casos extremos, penas privativas de liberdade.

O princípio da dignidade humana torna-se diretor de outros princípios na seara no Direito Penal, como a intervenção mínima, a insignificância, a adequação social, a fragmentariedade para, juntos, indicarem as diretrizes penais no Estado Democrático de Direito.

Não obstante, causas alheias ao Direito Penal, tipicamente oriundas da desigualdade social, trilhadas ao longo do percurso capitalista, torna ineficaz a atuação estatal diante do controle crescente da criminalidade e do surgimento de novas técnicas de distúrbios sociais (terrorismo, organizações criminosas, crimes hediondos, etc.).

A sociedade reclama pela paz social, paira a insegurança e o indivíduo é mitigado em seu direito privado em prol da coletividade. O homem livre, o cidadão de bem, sequer pode usufruir seu direito de liberdade, em face do medo e da violência. Torna-se ele um prisioneiro social. E não raro renuncia a liberdade em prol da segurança.

As facilidades de informação pela mídia e pela *internet* aceleram o senso coletivo de impotência em face do crime. Nesse quadro de incertezas dos particulares e inoperâncias dos setores públicos, surge a teoria do *direito do inimigo* como tentativa utópica de controle criminal. O Direito passa a ter três velocidades; a terceira mitiga por completo os direitos processual-penais calçados durante vinte séculos. O Direito Penal recrudescer para punir com severidade o *inimigo* do Estado e da sociedade.

O princípio da proporcionalidade, antes timidamente aplicado somente na seara do Direito Administrativo e Constitucional surge no Direito Penal como *um norte* para a

busca do equilíbrio social, tentando compatibilizá-lo com o rigor da lei, funcionando como uma limitação legislativa ao conceito de bem jurídico. Assume ainda o papel de proteger o cidadão contra arbitrariedades e inutilidades praticadas pelo poder público na limitação de direitos fundamentais.

2. Direitos fundamentais e proibição do retrocesso

Segundo Gregório Assagra de Almeida (2008, p. 321-324) “A expressão direito fundamental surgiu na França no ano de 1770, como marco do movimento político cultural que conduziu à declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Alcançou relevância na Alemanha e foi incluída na Constituição de Weimar, de 1919 [...]”, a partir daí difundindo-se por inúmeras outras Constituições de todo o mundo. São características dos direitos fundamentais:

[...] a historicidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a irrenunciabilidade, a interdependência, a universalidade, a complementaridade e a efetividade. E dentre os princípios destaca-se: a máxima força concretizadora, a interpretação aberta e ampliada, a máxima força irradiadora e condutora do sistema jurídico e do comportamento dos operadores jurídicos em geral e dos particulares, a dinamicidade incorporativa e valorativa, a proibição de retrocesso e a relativização. (ALMEIDA, 2008, p. 321-324).

Nesse sentido, a tutela dos direitos fundamentais é construída com base em três preceitos fundamentais constantes no Texto Maior: a proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a solidariedade social, inclusive visando à erradicação da pobreza (art. 3º, I e II) e a igualdade em sentido amplo ou isonomia.

O princípio da dignidade da pessoa humana é tido como referência constitucional aglutinadora de todos os direitos fundamentais, sejam os pessoais tradicionais, sejam os sociais, sejam os econômicos e culturais. O que varia é o grau de vinculação dos direitos a ele.

Um passeio pela origem etimológica das expressões *dignidade, pessoa e humana* auxiliam na compreensão do *plus* que lhe foi conferido. Dignidade, do latim *dignitas*, quer dizer respeitabilidade, prestígio, consideração, estima, nobreza, excelência.

Luis Roberto Barroso explica que:

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. (BARROSO, 2008)

Qual o papel do Direito na sociedade senão o de garantir a paz social, indicando como fazê-lo e assegurando, prioritariamente, os direitos fundamentais? Dada a amplitude e relevância dessas questões, é obrigação do Estado Democrático de Direito efetivar os direitos fundamentais, no mínimo preservar os alcançados, lutar por aqueles distantes e zelar pela proibição do retrocesso, seja qual for.

A política capitalista sistematizada pela globalização fortaleceu a empresa a ponto de, em determinados locais do mundo, o Estado fazer-se substituir pela empresa. Esta como fornecedora de bens de consumo e produção de riquezas; como cumpridora de ações sociais, diante da omissão estatal e como realizadora de serviços estatais privatizados.

A privatização de certos setores, a exemplo dos presídios norte-americanos, pode induzir este forte *substituto* estatal a preconizar um Direito Penal rigoroso. Primeiro porque os presídios norte-americanos, em sua maioria, são privatizados e ganham por ter o homem encarcerado. Segundo, é operacional depois do fatídico 11 de setembro de 2001 no combate ao terrorismo e, terceiro, para a sociedade é cômodo livrar-se dos presos, visto que, como em qualquer local do mundo, a grande maioria de presos é composta de pobres, da camada excluída economicamente da sociedade; portanto, de pessoas que não consomem.

Luigi Ferrajoli esclarece que:

[...] a pena privativa de liberdade, que na época moderna tem constituído a alternativa mais importante frente às penas ferozes e o principal veículo do processo de mitigação e de racionalização das penas, já não parece, por sua vez, idônea – enquanto não pertinente ou desnecessária – para satisfazer nenhuma das duas razões que justificam a sanção penal: nem a prevenção dos delitos, dá o caráter criminógeno das prisões destinadas de fato, como nos dias de hoje é unanimemente reconhecido, a funcionar como escolas de delinqüentes e de recrutamento da criminalidade organizada (FERRAJOLI, 2006, p. 378-379).

Portanto, é necessário muito cuidado para que os interesses das grandes multinacionais, das substitutas estatais por excelência, não venham a preconizar a rigorosidade do Direito Penal em prol de seus interesses e de interesses de uma minoria de países que dominam o capital mundial. Caso venham a ser ofendidos os direitos fundamentais do cidadão, com ofensa ao princípio de proibição de retrocesso, notadamente em face das garantias processual-penais, corre-se o risco de ofender a própria democracia e o Estado Democrático de Direito.

As garantias dos direitos fundamentais significam a utilização dos mecanismos jurídicos que dão estabilidade ao ordenamento constitucional e estabelecem preceitos para a integridade de seu valor normativo. A limitação desses direitos não é autorizada pelo Texto Constitucional, que é baseado no princípio da proporcionalidade,

preponderando os valores de justiça e igualdade. Eventual limitação constitui verdadeiro retrocesso e, portanto, é ofensa primária ao ordenamento jurídico.

Até porque, explica Heleno Fragoso (1977, p. 123), “[...] acha-se definitivamente ultrapassada a fase das declarações de direitos fundamentais. Constitui hoje preocupação universal a criação de um sistema jurídico que assegure a observância de tais direitos e a garantia de tais liberdades”. Não basta declarar os direitos fundamentais, resta a sua efetivação, ademais, “[...] de nada vale a declaração e o reconhecimento de direitos, sem os instrumentos processuais que o assegurem”. (FRAGOSO, 1977, p. 132).

Num Direito Penal calcado por valores como o respeito à pessoa humana, a igualdade, a liberdade e a justiça, a garantia dos direitos fundamentais é a base do Direito Penal de cada país. Flávio Piovesan (2007, p. 356) esclarece que “[...] a busca democrática não se atém apenas ao modo pelo qual o poder político é exercido, mas envolve fundamentalmente a forma pela qual direitos básicos de cidadania são implementados”.

2.1. Princípios de Direito Penal

A axiologia dos princípios constitucionais de nada vale sem os mecanismos efetivos de sua concretização. Por muitos anos, os princípios, no sistema constitucional fechado, foram renegados ao acaso das disposições legais. No Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, que adotou o sistema aberto, ganharam força normativa. De conseqüência, não pode haver oposição ou dualidade entre princípios e normas.

Flávia D’Urso (2007, p. 26-31) explica que “Kant inspirou Ronald Dworkin e Robert Alexy no desenvolvimento da principiologia e seus desdobramentos para o reconhecimento da normatividade de princípios e valores previstos no Texto Maior”. A questão para concretizá-los era perquirida na distinção em princípios e normas. “Dworkin utilizou a dimensão do peso dos princípios e a aplicação disjuntivas das regras para esclarecer que os princípios tem uma dimensão de peso e importância que não se vê nas normas”. Quando existem aparentes conflitos entre dois princípios, considera-se o que possui maior peso, baseado na racionalidade e ponderação (proporcionalidade). Enquanto que, nas normas, a validade de uma pressupõe a invalidade da outra. Segundo Alexy, isso não significa que “[...] o princípio do qual se abdica seja declarado nulo, tampouco que a cláusula de exceção nele se introduza” (D’URSO, 2007, p. 26-31).

Conclui-se que a principiologia é de notória importância para o Direito, por excelência para o Direito Penal, onde as garantias do devido processo legal e de todas as demais instituídas no sistema garantista processual-penal passam, impreterivelmente, por um momento de afirmação e não de declaração, já ocorrido. A Constituição deixa de ser, no entendimento de Luis Roberto Barroso (2006, p. 288), uma mera Carta política e ganha o *status* de norma e efetividade.

Antônio Scarance Fernandes (2007, p. 17) assegura que “[...] rumo ao garantismo, após as guerras mundiais, os países inseriram em suas Constituições regras de cunho garantista, respeito aos direitos individuais, dentre outros”. Não há possibilidade de retroceder a este garantismo instituído no Texto Constitucional, com a justificativa de estar-se exercitando o direito de defesa social em face da hediondez do delito.

Dentre os princípios que respaldam o Direito Penal da sociedade pós-moderna, alguns têm importância ímpar na busca de um Direito Penal que interfira o mínimo possível na tutela das liberdades.

2.1.1. Princípio da insignificância

É um instrumento de interpretação restritiva pelo qual ocorre uma descriminalização de certas condutas que, embora típicas, permitir-se-ia que fossem excluídas do Direito Penal por causarem danos de pouca importância, insignificantes. O Direito Penal não deve ocupar-se de crimes de bagatela. Afasta-se a tipicidade do delito. Deve-se deixar para outros ramos do Direito a sanção necessária. Sobre o princípio da insignificância:

[...] nossa disciplina não foi concebida para resolver pequenos incidentes do cotidiano. Isso desmoraliza e desqualifica o direito penal, cuja existência só se justifica para resolver situações em que outros setores do ordenamento jurídico tornam-se insuficientes. O direito penal só deve intervir em último caso. (VARGAS, 2008, p. 160-161).

2.1.2. Princípio da intervenção mínima

O Estado só deve intervir através do Direito Penal em uma conduta quando os outros ramos do Direito não conseguirem proteger os bens jurídicos menos relevantes. O Direito Penal deve atuar de forma mínima nas relações sociais. Será a *ultima ratio*. Preconiza uma descriminalização de certas condutas, efetuando um controle social através de sanções de outros ramos do Direito. A sanção penal é uma medida de restrição da liberdade humana e, como tal, só pode se legitimar na atuação de condutas que atentem contra a dignidade humana.

2.1.3. Princípio da fragmentariedade

O Direito Penal não protege todos os bens jurídicos existentes, somente os mais importantes recebem seu tratamento sancionador. Só caberia a ele intervir em favor de uma parcela de bens do ordenamento jurídico, de um fragmento de interesses jurídicos. Daí o caráter fragmentário do Direito Penal.

Na sociedade atual de riscos, onde são crescentes os riscos em razão da complexidade das atividades e do desenvolvimento da tecnologia, não há possibilidade de o Direito Penal atuar sobre qualquer periculosidade. Afirmo Pierpaolo Bottini (2007,

p. 209) que “[...] o risco integra o cotidiano e sua supressão por completo não é possível”. Esse princípio confere uma simbologia ao Direito Penal, pois a “[...] ampliação excessiva de condutas criminalizadas, verificada na produção legislativa atual, banaliza a política criminal, enfraquece seu potencial de prevenção positiva e negativa. O direito penal perde a autoridade e a eficiência” (BOTTINI, 2007, p. 209), levando ao que chamamos de Direito Penal simbólico meramente formal, sem eficácia.

2.1.4. Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é fundamental à garantia da dignidade humana, pois ele legitima a atuação do Direito Penal e a aplicação da pena. Já dizia Beccaria que:

[...] das simples considerações das verdades até aqui expressas advém a evidência de que a finalidade das penalidades não é torturar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime que já está praticado. [...] Entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é necessário, porquanto, escolher os meios que devam provocar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, igualmente, menos cruel no corpo do culpado. (BECCARIA, 2006, p. 49).

O princípio da proporcionalidade está intimamente ligado a todos os demais princípios, notadamente aos princípios fundamentais. Esclarece Alexy (2008, p. 116) que “[...] há uma conexão entre as teorias dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela”.

O princípio da proporcionalidade, por ser objeto direto deste estudo, será mais aprofundado doravante.

3. O princípio da proporcionalidade e o Direito Penal

Henry Commager (1965, p. 223) já dizia que “O único modo de assegurar a justiça para todos consiste em dar aos direitos um caráter universal. E o único modo de dar um caráter universal ao direito é utilizando-se da principiologia”. Flávia Piovesan complementa que:

[...] intenta-se a reaproximação da ética e do direito e, neste esforço surge a força normativa dos princípios, especialmente do princípio da dignidade humana. Há um reencontro do pensamento kantiano, com as idéias da moralidade, dignidade, direito cosmopolita e paz perpétua. (PIOVESAN, 2007, p. 29).

O princípio da proporcionalidade é considerado por muitos doutrinadores como o *princípio dos princípios*, dada a sua penetração, utilidade e aplicabilidade. Ele está

umbilicalmente ligado ao conceito de justiça, isonomia, legalidade, liberdade e dignidade humana. Sua síntese reporta-o ao equilíbrio e harmonia. Portanto, este princípio é de fundamental importância no Direito Penal, onde se trava uma luta constante entre o justo e o injusto, o certo e o errado, o preso e o liberto.

Como explica Pierpaolo Bottini (2007, p. 210),

[...] a atuação do direito penal é legítima apenas diante da violação de bens que representam a dignidade humana, logo a medida da resposta punitiva deve ser proporcional a esta violação, do contrário o princípio de exclusiva proteção de bens jurídicos não encontrará aplicação material. Se a aplicação da pena afeta a dignidade, suprime bens fundamentais do ser humano, deve ser precedida pela violação, ou colocação em risco relevante, de bem de igual monta, ou maior, pelo agente do delito.

O princípio da proporcionalidade oferece resistência e suporte à aplicação de quaisquer outros princípios e institutos constitucionais diante de um aparente conflito. Esse princípio deve ser observado no Direito Penal desde o momento inicial, pelo legislador, para escolha do objeto a ser tutelado pela norma, naquilo que considera bem jurídico, até o momento final de aplicação da referida norma, quando se dará a pena em concreto. Sua quantificação deve ser proporcional ao bem jurídico ofendido, sob pena de arbítrio por parte do Estado.

3.1. Breve histórico

Os romanos já concebiam uma idéia de justificação do direito pela sua utilidade, fator ontológico da proporção. “A idéia geral de proporcionalidade habita a filosofia desde a antiguidade, freqüentemente em referência à obra de Aristóteles, na qual a proporcionalidade faz parte do próprio conceito de justiça” (BARROS, 2006, p. 29). Aristóteles (1996, p. 199), estudioso da ontologia igualitária, já dizia que “[...] o proporcional é um meio-termo, e o justo é o proporcional”.

No Direito Penal, Beccaria (2006), em sua célebre obra “Dos delitos e das penas”, de 1764, já lançava as idéias de ponderação de interesses e proporção na aplicação da pena, demonstrando de forma bastante significativa a necessária aplicação da proporção no momento legislativo e sancionador da aplicação da pena. Iniciava-se a idéia da pena como prevenção e não como castigo. Dizia que:

[...] o interesse geral não é apenas que se cometam poucos crimes, mas que os crimes mais prejudiciais á sociedade sejam os menos comuns. Portanto, os meios a serem utilizados pela legislação para impedir os crimes, devem ser mais fortes á proporção que o crime é mais contrário ao bem jurídico e pode tornar-se mais freqüente. Deve portanto, haver uma proporção entre o crime e as penas. Bastará que o legislador sábio estabeleça divisões principais na distribuição das penas

proporcionais aos crimes e que, principalmente, não aplique os menores castigos aos maiores delitos. (BECCARIA, 2006, p. 68-70).

A proporcionalidade em sua obra aparece na busca do mesmo ideal de justiça aristotélico; no entanto, Beccaria utiliza a aplicação da proporção para evitar as arbitrariedades do governante e do legislador na aplicação da pena. Ainda não há uma aplicabilidade da noção de proporção com fins de limitar a escolha pelo bem jurídico a ser tutelado pela norma.

Porém, a utilização do vocábulo *proporcionalidade* no Direito remonta ao século XVIII, na seara administrativa, no Direito Francês, como garantia à liberdade individual contra as ingerências administrativas. Era uma forma de controle dos atos administrativos e conseqüentemente controle de excesso de poder.

Através da doutrina do desvio de finalidade, surgia para invalidar o ato administrativo discricionário e ilegal. Durante o iluminismo, o princípio da proporcionalidade foi introduzido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, estabelecendo que a lei não deveria estabelecer outras penas que não as estritas e necessárias.

Em meados do século XX, na Alemanha, já como princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*)¹, teve enorme notoriedade nas cortes alemãs, defendendo um sistema de valores inerentes à Constituição, com primazia pelo respeito à dignidade humana. Esse país erigiu tal princípio à condição constitucional. Também chamado pelos alemães de *proibição de excesso*. O termo proibição de excesso visava expressar a atuação do legislador além da autorização constitucional, o que caracterizava um excesso e, portanto, uma inconstitucionalidade.

O princípio da proporcionalidade em suas três dimensões – necessidade (*Erforderlichkeit*), adequação (*Geeigntheit*) e proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*) –, após a Segunda Guerra Mundial, passou a ser utilizado em toda a Europa como parâmetro para as leis que poderiam vir a limitar direitos fundamentais. Não bastava a lei estar formalmente certa e constitucionalmente dirigida, era necessário sopesar o princípio da proporcionalidade como corolário da legalidade, do devido processo legal e do respeito à dignidade da pessoa humana.

No Direito norte-americano, a razoabilidade “[...] teve origem e desenvolvimento ligado à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão. Sua matriz remonta à cláusula *Law of land*, inscrita na Magna Carta de 1215, documento reconhecido como um dos grandes antecedentes do constitucionalismo” (BARROSO, 2004, p. 218). O pensamento liberal individualista norte-americano do *laissez faire*, em reação ao intervencionismo estatal na economia, afirma o devido processo legal. E foi no modelo norte-americano, atrelado à cláusula do *due process of law*, que tal princípio teve enorme difusão quanto ao aspecto da prova ilícita, desenvolvendo a *fruits of the poisonous tree doctrine*.

¹ CANOTILHO, 2000.

Em alguns países o princípio da proporcionalidade é utilizado como sinônimo da razoabilidade, embora alguns doutrinadores, a exemplo do Brasil, apontem leves distinções. Porém, a noção de *razoável* está intimamente ligada à razão, ao equilíbrio, à lógica e harmonia, à retidão e justiça e, conseqüentemente, ao proporcional. É quase impossível de cogitar que possa um desses princípios ser aplicado de forma separada, donde surge a confusão acerca de seus conceitos. Este estudo se limitará a utilizar os termos *razoabilidade* e *proporcionalidade* como sinônimos.

No Direito Administrativo brasileiro, embora não seja um princípio explícito no Texto Constitucional, lastreado no princípio da igualdade, e na dignidade humana, o princípio da proporcionalidade já está amplamente inserido nos tribunais para coibir atuações arbitrárias do Estado. Antes, timidamente aplicado na esfera administrativa; agora, utilizado em todo o âmbito constitucional e principalmente no Direito Penal, notadamente como técnica de controle de limites aos direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 foi explícita ao resguardar a inadmissibilidade de utilização, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5.º, LVI). Desde então, muito se tem questionado sobre a interpretação e a extensão da vedação estabelecida no dispositivo constitucional e sobre possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade, aqui associado à razoabilidade, no que se refere à instrução probatória.

A legalidade da prova passou a ser analisada em face da relevância de determinados bens jurídicos tutelados pelos vários ramos do Direito. Tenta-se estabelecer prioridades entre os bens jurídicos tutelados, para afastar o temido conflito aparente de normas constitucionais, em que a proteção de um direito fundamental pode contrapô-lo a outro no momento da aceitação da colheita da prova ilícita.

Embora estejam os princípios da proporcionalidade e razoabilidade mais atrelados ao Direito Administrativo, sua difusão a outros ramos do Direito torna-se imprescindível.

3.2. Dimensões do princípio da proporcionalidade

Com a utilização do princípio da proporcionalidade, os meios utilizados para a consecução de um fim devem ser adequados e suficientes ao que se visa concretizar. Assim, é mister estabelecer essa relação de adequação meio-fim. Essa relação que define o princípio da proporcionalidade é composta de três elementos, requisitos ou subprincípios, como intitulam alguns doutrinadores: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

3.2.1. Adequação

A adequação é a medição que se faz entre o meio e o fim da medida objetivada. É conhecida como aptidão ou pertinência e exige uma *conexão lógica*. Deve-se perquirir se a medida é apta, idônea e apropriada para atingir o resultado perseguido. A restrição imposta a um determinado direito possibilita a obtenção da finalidade

desejada somente diante da ineficácia de qualquer outro meio menos gravoso ao mesmo resultado.

Para que a medida seja idônea e não inconstitucional, é necessário que o legislador, ao adequar o meio ao fim proposto, observe e respeite a garantia aos direitos fundamentais. O juízo de adequação pode variar com o tempo e, diante do caso concreto, pode ocorrer que, na ocasião da sua elaboração, os meios eram adequados aos fins buscados, mostrando-se anacrônicos com o passar do tempo, configurando-se discordante da Constituição, seja por terem-se verificado posteriores conseqüências, seja porque alguns efeitos previstos não ocorreram.

É necessário perquirir se os fins objetivados levam aos meios almejados. A exemplo, cita-se o caso da restrição imposta à concessão de alvará de uma banca de revista que venda revistas farmacológicas, com a finalidade de impedir o conhecimento dos traficantes sobre determinadas drogas. A *adequação* visa evitar que o poder público adote limitações inúteis ou descabidas ao direito dos cidadãos, as quais não irão trazer o resultado almejado.

3.2.2. Necessidade

O objetivo é a menor ingerência possível ao direito de liberdade individual. É mister que a medida restritiva seja realmente essencial para a manutenção do direito fundamental e que não possa ser substituída por outra de igual significância, ou menos danosa. Deve ser impossível utilizar outro meio capaz de produzir os mesmos efeitos de forma exitosa.

Alexy esclarece que “[...] os modelos de adequação e necessidade derivam dos princípios definidos como determinações de otimização com relação às possibilidades fáticas” (*apud* D’URSO, 2007, p. 67). Por isso, muitas vezes esse elemento é investigado no caso concreto de forma subjetiva, pois há uma margem de apreciação subjetiva do aplicador da lei, optando pela otimização ou não prejudicialidade.

A necessidade requer o menor sacrifício possível de um direito fundamental para se atingir uma finalidade. Se há diversas maneiras de obter o mesmo fim, deve ser escolhida a que cause o menor sacrifício, ou seja, o meio mais suave. A exemplo, cita-se a ilógica situação de utilizar um canhão para matar um mosquito.

3.2.3. Proporcionalidade em sentido estrito

Esse princípio é também conhecido como o da justa medida, porque busca um liame entre o fim a ser alcançado pela norma e o meio empregado, sendo este o mais adequado, menos danoso e mais eficaz possível. É um juízo de ponderação de bens em face de colisão de direitos que surge quando uma garantia de um direito acaba por afetar outros direitos, ambos protegidos constitucionalmente. Está diretamente relacionado aos conflitos de direitos fundamentais.

A diferença específica entre o princípio da proporcionalidade em sentido estrito e da necessidade reside no fato de que o primeiro envolve uma otimização de possibilidades jurídicas e, diversamente, o último discorre sobre uma otimização com relação a possibilidades fáticas. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito limita, no caso concreto, a inoportuna ponderação de bens. Deve-se tomar o devido cuidado de sopesar os direitos fundamentais, de forma a valorá-los em si mesmos; por exemplo, o direito à vida teria preferência ao direito à propriedade.

Exemplo clássico e não raro dessa aplicação é o conflito existente entre o direito a privacidade e a inviolabilidade de telefonia. O norte do julgador, ao deferir o pedido de violação à intimidade alheia, em que o interesse público sobrepõe-se ao particular, deve pautar-se por indícios probatórios da autoria e da materialidade do fato, ou seja, no mínimo, indícios de que atividades ilícitas estão sendo acobertadas pela privacidade telefônica, cuja violação poderá trazer resultados concretos para refrear a criminalidade.

É o princípio da proporcionalidade o instrumento capaz de permitir que numa investigação criminal ocorra uma atuação judicial capaz de harmonizar interesses individuais e coletivos, protegendo o núcleo dos direitos fundamentais (SPENGLER, 2008) e eliminando pontos de tensão entre eles.

4. Bem jurídico

A sanção penal é a mais severa forma de ingerência estatal na liberdade individual. Somente o crime, como violação extrema de um direito fundamental, pode ser objeto do Direito Penal, a fim de justificar a excessiva e necessária atuação do Estado sancionador penal, pois nem todos os fatos da vida são relevantes para o Direito.

O Direito Penal deve ser visto com uma medida final, excepcional na tutela individual. Pelos princípios penais aqui tracejados (fragmentariedade, intervenção mínima, insignificância, etc.), nota-se a preocupação mundial quanto ao âmbito de incidência da norma penal. Juarez Tavares (2002, p. 189) esclarece que a função do Direito Penal é “[...] punir somente ações que possam trazer dano ao Estado e cuja punição possa lhe servir de melhoria. Da mesma forma que o médico não prescreve medicamentos a todos, mas somente aqueles que possam contrair uma enfermidade e com os quais se possa evitá-la”.

Diversos ramos do Direito tutelam, de acordo com suas regras e princípios, uma quantidade imensa de bens e interesses jurídicos, mas nem todo bem tutelado pelo Direito necessita de proteção e nem todo bem tutelado pelo Direito é um bem jurídico, ou seja, possui a necessidade de atuação do Direito Penal. Jesus Maria Sanchez (2001, p. 72) afirma que:

El derecho penal, sin embargos, es un instituto insuficiente para una protección plena y eficaz del orden social. Pero esto no es nuevo porque siempre há sido así. La intervención del derecho penal – yen general del derecho sancionador – há necesitado siempre ser complementada com la intervención de otros sectores del ordenamiento jurídico.

A noção de bem jurídico desempenha um papel importantíssimo num Estado Democrático de Direito. É ele que define a função do Direito Penal, conferindo legitimidade e eficácia à norma sancionadora. Assim, tem-se a importância de definir e delimitar os bens jurídicos que devam ser tutelados pelo Direito Penal como inerentes à própria segurança jurídica e, mais precisamente, para que possa haver um referencial de lesividade (SPENGLER, 2008).

Questiona-se qual deve ser o critério de seleção para definir o que venha a ser bem jurídico para fins de obter a tutela estatal do Direito Penal. O legislador não pode escolher de forma aleatória o bem jurídico e nem indicar todos os bens como jurídicos. É mister que haja uma seleção criteriosa, definindo com clareza o que vem a ser bem jurídico e sua importância axiológica.

O principal direito privado do ser humano na esfera penal é a liberdade. A liberdade é um direito constitucional sagrado, elevado à categoria de direito fundamental. Como tal, sendo um princípio do Estado Democrático de Direito também e, excepcionalmente, pode sofrer restrições. Para haver restrição legítima desse direito, é necessário que o bem jurídico ofendido seja de similar altura do direito à liberdade.

Roxin esclarece que:

[...] a qualidade que deve ter um comportamento para que seja objeto da punição estatal será sempre um problema central não somente para o legislador, mas também, para a ciência do direito penal. Há muitos argumentos a favor para que o legislador moderno, mesmo que esteja legitimado democraticamente, não penalize algo simplesmente porque não gosta. (ROXIN, 2006, p. 11).

O legislador deve fixar seu comportamento nos princípios para consagrá-lo como bem jurídico. Os princípios são paradigmas de proteção dos direitos fundamentais e também os paradigmas a serem observados pelo legislador para definir e limitar o bem jurídico. Se não há o crivo da tutela constitucional à dignidade humana, não pode ser o bem jurídico considerado fundamental a ponto de justificar ser um bem jurídico sob a égide da norma penal.

Cabe ao legislador levar em conta, ainda, dentre outros, os princípios penais constitucionais da fragmentariedade e da intervenção mínima, avaliar a necessidade de tutela penal daquele bem jurídico protegido constitucionalmente e aplicar o princípio da proporcionalidade para sopesar o conflito de restrição de direitos fundamentais na escolha do bem jurídico.

4.1. Definição de bem jurídico

Embora seja extremamente necessária à seara do Direito Penal a conceituação precisa do que venha a ser bem jurídico, sabe-se das dificuldades que a doutrina encontra para formular esse conceito. Roxin (2006, p. 14-15), citando Hirstch, afirma que “[...] não existe um conceito de bem jurídico predeterminado para o legislador”.

E Stratenwerth completa que “[...] uma definição material universal de bem jurídico equivaleria a deixar o círculo quadrado, isto é, seria impossível” (ROXIN, 2006, p. 14-15).

A uma porque há vários conceitos distintos de bem jurídico, todos eivados de valores e dogmas. A duas porque o conceito de bem jurídico não é imutável no tempo e no espaço. Há uma escolha legislativa, recheada de escolhas políticas que se inserem num contexto sociocultural, econômico e histórico de uma época e em uma determinada sociedade. Somente assim um bem qualquer passa a se tornar um bem jurídico.

A globalização da economia poderia minimizar estes efeitos peculiares de conceituação sociocultural de bem jurídico, na medida que aproxima e difunde as diferenças sociais e seus valores. Mas, de uma forma ou outra, restarão emergentes os interesses de classes privilegiadas economicamente na seleção natural do bem jurídico.

A exemplo, a impulsionada expansão do conceito de bem jurídico e de atuação do Direito Penal ocorrida após a privatização dos presídios norte-americanos, com intuito de recrudescimento daquele e conseqüentemente atração de mais presos. “Uma análise crítica da necessidade da relegitimação do direito penal, entretanto, não pode conformar-se com investigação científica efetuada com base em generalização sobre uma amostra da criminalidade que mascara a desigualdade substancial estabelecida no modelo vigente” (SBARDELLOTTO, 2001, p. 97).

Para Toledo, bens jurídicos são como “[...] valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas” (TOLEDO, 1994, p. 17).

Na definição de Zaffaroni (1997, p. 465), “[...] bens jurídicos são os direitos que temos a dispor de certos objetos, quando uma conduta nos impede ou perturba a disposição desses objetos, esta conduta afeta o bem jurídico, e algumas destas condutas estão proibidas pela norma que gera o tipo penal”.

Pelo princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, não pode haver norma penal sem bem jurídico para ser tutelado. Portanto, além da função garantista do bem jurídico, este tem a função de legitimar a norma penal. Embora ligado ao conceito material do delito, com ele não se confunde.

Bem jurídico, para Pierpaolo Botinni (2007, p. 176), não se constrói em laboratório, “[...] está atrelado ao conceito de dignidade humana, ou seja, bem jurídico será todo elemento indispensável ao livre desenvolvimento do indivíduo dentro de um sistema social orientado para a autodeterminação, para a garantia da pluralidade e da liberdade democrática”.

Roxin afirma que o bem jurídico possui um conceito funcional,

[...] ele parte de que as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do direito penal. O que está além desta função não deve ser objeto desta matéria. Define os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos. (ROXIN, 2006, p. 16-19).

Assim, podemos afirmar que bem jurídico, de modo amplo, é tudo aquilo que tem valor para o ser humano em determinada época e sociedade; o Direito o seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, colocando-o sob sua proteção para que não seja exposto a perigo ou lesões.

4.2. Expansão do bem jurídico

O avanço tecnológico e a pluralidade de valores da complexa sociedade pós-moderna fizeram surgir inúmeros riscos sociais para ser humano. Com o surgimento dos *riscos pós-modernos*, aumentou também o volume de tipos penais, ou seja, o Direito Penal expandiu-se. O legislador penal utilizou-se espaçosamente desta seara para regular atividades das áreas da vida social, econômica, ecológica, etc. O Direito Penal foi utilizado como ferramenta para combater não somente o crime, mas a desigualdade econômica crescente na sociedade.

O enorme volume de novos tipos penais sobrecarregou a máquina estatal de punição. Medidas legislativas de políticas públicas buscaram uma administrativização do Direito Penal. As penas substitutivas tornaram-se moda. Parecia que finalmente haveria indícios de solução para o caos de superlotação do sistema carcerário. Roxin (2002) já prevê o fim da pena privativa de liberdade e sua substituição por penas alternativas, pois com o aumento da criminalidade e dos tipos penais se chegará a um ponto em que será inviável, econômica e politicamente, para o Estado mantê-la.

Crescem as medidas alternativas para aplicação do Direito Penal, além das penas privativas de liberdade, ganham relevo as penas restritivas de direito. Esse fato fez surgir dois fenômenos jurídico-sociais: o Direito Penal simbólico e o ressurgir do punitivismo. Ambos emergiram em decorrência da expansão legislativa com relação ao apontamento do bem jurídico.

No Direito Penal simbólico, analisado de forma crítica, o Estado ou usa o Direito Penal para mostrar-se eficaz e interventor e tipifica condutas que são conceitos morais, modos de pensar que não se classificam em nenhum conceito lógico de bem jurídico ou, simplesmente, endurece as penas e publica leis extremamente severas diante do bem ofendido. O princípio da proporcionalidade deixa de ser observado pelo legislador penal.

Pierpaolo Botinni (2007, p. 189) critica, por exemplo, o aumento de tipos penais de perigo abstrato criado com o intuito único de:

[...] apaziguar a população e demonstrar simbolicamente a capacidade de reação do Estado, onde toda norma penal tem um conteúdo simbólico importante para a preservação de sua capacidade de inibição. O que não é admissível é a utilização da norma penal apenas como símbolo de valores sociais, sem um lastro claro nos bens jurídicos dignos de tutela.

Câncio Meliá esclarece que existem

[...] fenômenos de neocriminalização a respeito dos quais se afirma, criticamente, que tão só cumprem efeitos meramente simbólicos”, quando se usa em sentido crítico o conceito de direito penal simbólico, quer-se, então, fazer referência a que determinados agentes políticos tão-só perseguem o objetivo de dar a impressão tranqüilizadora de um legislador atento e decidido. (JACOBS; MELIÁ, 2008, p. 59)

Esse Direito Penal simbólico não resolve os conflitos e aumenta os problemas penitenciários, dando, ainda, a ilusão de que o Estado é devidamente repressor quando necessário. Leva o Direito Penal ao descrédito perante a sociedade, banalizando-o e, conseqüentemente, fortalecendo ações de organizações criminosas diante de um Direito Penal fraco. Serve apenas como resposta rápida como medida de política criminal de curto prazo.

No entanto, paralelamente ao Direito Penal simbólico, renasce o punitivismo. Da mesma forma que a sociedade muda, mudam-se os valores e conseqüentemente os seus bens jurídicos. A criminalização e a descriminalização de condutas acompanham esses valores. A crescente criminalidade difunde na sociedade uma falsa noção de que o encrudescimento do Direito Penal irá frear o delinqüente. A causa do fenômeno criminológico – desigualdade social – não é atacada, senão seu resultado (delito).

No Brasil, é exemplo clássico desse fato a Lei dos Crimes Hediondos, a recente Lei da Tolerância Zero.² Faz-se o discurso do Direito Penal da intervenção mínima, mas a realidade legislativa mostra o contrário. Parte-se para um destemperado processo de criminalização no qual a primeira e única resposta estatal, em face de um conflito social, é o emprego da esfera penal. A moda é criminalizar, ainda que a feição punitiva tenha uma finalidade meramente simbólica.

O punitivismo e o Direito Penal simbólico andam juntos. Cancio Meliá explana que:

[...] o direito penal simbólico não só identifica um determinado fato, mas também um específico tipo de autor, que é definido

² Lei nº 8.072/90 e Lei nº 11.705/2008.

não como igual, mas como *outro*. Isso é, a exigência da norma penal - deixando de lado as estratégias técnico-mercantilistas, em curto prazo, dos agentes políticos - persegue a construção de uma determinada imagem da identidade social, mediante a definição dos autores como *outros*. (JACOBS; MELIÁ, 2008, p. 65).

4.3. Direito Penal de duas e três velocidades

Diante do expansionismo desenfreado do que seja bem jurídico, Jesus Silva Sanches (2002, p. 142) propõe que se faça um combate ao Direito Penal dos novos riscos, dentro da principiologia do Estado Democrático de Direito. Não a ponto de defender o Direito Penal mínimo, mas pela redução do rigor das sanções. Defende que o Direito Penal seja dividido em duas velocidades.

Na primeira velocidade se enquadrariam as penas privativas de liberdade. A lesão a bens jurídicos tradicionais como a vida, liberdade, saúde, enfim aqueles que apresentam potencial periculosidade em face de determinados bens. Estes ficariam no âmbito desta primeira velocidade. Continuariam valendo todas as regras do processo penal e os rigores do Direito Penal sancionador.

Na segunda velocidade, vigoraria um Direito Penal sem pena privativa de liberdade, com penas restritivas de direito e, portanto, um Direito Penal mais suave, menos rigoroso, mais flexível para abarcar os novos riscos sociais da complexa sociedade pós-moderna. Todas as atividades estariam dentro do espaço de vigência das normas penais, sejam as penas privativas de liberdade, sejam as penas substitutivas, no entanto, caminhando em duas velocidades distintas.

Com o surgimento do punitivismo exacerbado, que ganhou força no Direito norteamericano após a certificação do terrorismo ocorrido em onze de setembro de 2001, Jesus Maria Sanches (2002) passa a defender o Direito Penal da terceira velocidade. Neste, tem-se o máximo de rigor possível. É o punitivismo ao extremo, muito criticado para aplicação no Estado Democrático de Direito, pois deste se divorcia.

No Direito Penal da terceira velocidade, há a pena privativa de liberdade com a relativização de certas garantias processual-penais. O autor defende que o Direito de terceira velocidade deve ser reduzido a um âmbito de pequena expressão, em casos de absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia; porém conclui que o mesmo é inevitável.

O Direito Penal da terceira velocidade seria aplicado ao *inimigo*, ou seja, para determinados autores e para determinados fatos (terrorismo, crime sexual violento e reiterado, organização criminosa, etc.), que atentem contra a ordem estatal de forma abrupta.

5. Direito Penal do inimigo

O Direito Penal do inimigo (*Burgestrafrecht*) é uma teoria enunciada por Günther Jacobs, na Alemanha, desde 1985, como medida de políticas públicas de combate à criminalidade. Tendo ocorrido uma segunda fase em 1999, direcionada a delitos mais graves, como o terrorismo.

O inimigo, segundo Jacobs (JACOBS; MELIÁ, 2008, p. 25-30) é aquele adversário representante do mal, que infringiu o contrato social, firmado previamente com o Estado. Para isso ele utiliza argumentos de grandes filósofos como Rousseau, Hobbes e Kant. Por isso, ele não faz mais jus ao título de cidadão. Assim como o inimigo exerce coação ele deve ser coagido pela norma de direito, como única forma de combater a sua periculosidade. Somente o cidadão de bem deve receber a proteção do Estado. O inimigo não pode ser tratado como sujeito processual e receber as garantias do devido processo legal.

Ao inimigo são vedadas várias garantias processual-penais, entre as quais: presença em interrogatórios, comunicação com seu advogado, acesso aos autos do inquérito policial, admissão de provas obtidas por meios ilícitos, ampla antecipação da tutela penal sem possibilidade de redução de pena correspondente a esta antecipação em momento posterior, etc.

O inimigo não representa apenas uma ameaça ao ordenamento jurídico, também simboliza o perigo, o risco à sociedade de bem, justificando o adiantamento da sua punição. Jacobs explica que esta teoria é o que ocorre de forma tradicional e implícita em face dos inimigos estatais e que agora estaria sendo assumida de forma expressa. Em verdade, essa teoria é uma verdadeira punição do autor e não do fato.

Resumindo a teoria de Jacobs, Cancio Meliá aponta alguns elementos caracterizadores: adiantamento da punibilidade; desproporcionalidade das penas; relativização e/ou supressão de certas garantias processuais e criação de leis severas direcionadas ao inimigo (terroristas, participantes de organizações criminosas, traficantes, etc.) (JACOBS; MELIÁ, 2008, p. 67).

Há inúmeras críticas na doutrina sobre a teoria do Direito Penal do inimigo: ele pode ser usado para legitimar ações de regimes autoritários; não condiz com a realidade; é um direito do autor e não do fato; não analisa o princípio da proporcionalidade das penas, que passam a ser demasiadamente desproporcionais e não segue o processo democrático (devido processo legal), mas sim um verdadeiro procedimento de guerra, que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, principalmente pela supressão das garantias penais e processuais.

Túlio Viana, em crítica, explana que:

[...] o inimigo é representado por metáforas como um 'câncer' que ameaça a sociedade em suas 'células sadias'. É preciso

defender a sociedade contra os inimigos, declarando 'guerra ao terrorismo' e 'guerra às drogas'. O Direito passa a ser considerado um empecilho para o efetivo combate do inimigo e, a sociedade de controle, passa a aceitar que, por se tratar de uma 'guerra', justifica-se o uso de todos os meios para a garantia da vitória. (VIANNA, 2007, p. 156).

André Callegari e Nereu Giacomolli também em crítica a esta teoria sobrepõem que:

[...] independentemente da gravidade da conduta do agente, este, há de ser punido criminalmente como transgressor da norma penal, como indivíduo, como pessoa que praticou um crime, e não como um combatente, como um guerreiro, como um inimigo do Estado e da sociedade. A conduta, por mais desumana que pareça, não autoriza o Estado a tratar o ser humano como se um irracional fosse. O infrator continua sendo um ser humano. (JACOBS; MELIÁ, 2008, p. 17).

Afirmam ainda que a expressão “[...] direito penal do cidadão é pleonasmato, e direito penal do inimigo uma contradição em seus termos” (JACOBS; MELIÁ, 2008, p. 17).

6. O princípio da proporcionalidade como limitação da proteção do bem jurídico

Essa noção de bem jurídico penal é verdadeiramente limitadora do poder estatal de aplicar a sanção penal e é uma das garantias fundamentais dos cidadãos, que não poderá ser abandonada em um Estado Democrático de Direito. O legislador terá de definir os bens jurídicos partindo dos ditames e limites impostos na Constituição e dos valores nela consagrados.

Terá, na Constituição, o sustentáculo primeiro para possibilitar ou não uma incriminação de conduta e, no princípio da dignidade da pessoa humana, seu diretório. Como afirma Daniel Sarmiento (2006, p. 125), “[...] trata-se, em suma, de saber se o legislador ordinário é absolutamente livre para tipificar condutas que considere como desvalores sociais, ou se ele está, de alguma forma, vinculado negativa e positivamente à promoção de valores constitucionalmente no seu mister”.

O princípio da proporcionalidade como instrumento de adequação e de busca incessante da correta aplicação de normas, quer expresso em norma constitucional quer extraído de valores superiores da Constituição, é uma limitação à expansão irracional de bem jurídico. Roxin (2006, p. 27) esclarece que “[...] o tribunal decide sobre admissibilidade de uma intervenção jurídica-penal lançando mão do princípio da proporcionalidade ao qual pertence a chamada proibição de excessos como uma de suas manifestações”.

Ingo Sarlet afirma que:

[...] o princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos

fundamentais que, nesta perspectiva, atuam como direitos de defesa, no sentido de proibições de intervenção (portanto, de direitos subjetivos em sentido negativo, se assim preferirmos). O princípio da proporcionalidade atua, neste plano (o da proibição de excesso), como um dos principais empecilhos às limitações dos direitos fundamentais. (SARLET, 2008)

7. Considerações finais

É de notória importância que o Direito passe a adotar de vez os princípios com caráter efetivo normativo. Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana formam a base e a diretriz do Direito Penal e da aplicabilidade da pena.

O caráter de gestor de riscos e de problemas sociais que assume o Direito Penal na sociedade do risco expande sua atuação a ponto de torná-la simbólica. O aumento de tipos penais e o enrijecimento das penas, resultados desse Direito Penal simbólico, tentam transmitir segurança à sociedade e também a idéia de que o Estado está atento ao avanço da criminalidade. Assim, nasce a teoria do Direito do inimigo, em que a supressão das garantias processual-penais reduz o ser humano a uma não-pessoa. Essa teoria não passa de justificativa de governos autoritários.

A aplicação de teorias extremamente rigorosas não irá solucionar os problemas sociais, senão aumentá-los. Ademais, além do *inimigo* também possuir dignidade humana, qualquer cidadão pode ser vítima dos erros judiciários e tornar-se *inimigo* ou ser confundido com este.

Os problemas sociais precisam ter solução, mas nem sempre o Direito Penal é o melhor caminho. Portanto, é louvável e urgente o intuito igualitário aristotélico de utilizar o princípio da proporcionalidade como equalizador também no Direito Penal para, acima de tudo, dar proteção aos direitos e garantias fundamentais do homem, conquistados com tanto sacrifício pela humanidade.

Há muito a função do Direito Penal deixou de ser castigo para se tornar prevenção. “O futuro do Direito Penal só pode consistir em sua abolição, mas infelizmente a inspiração social romântica de tais idéias é acentuada demais para que elas possam ser seguidas” (ROXIN, 2008, p. 3).

9. Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo*. Superação da *Summa Divisio* Direito Público e Direito Privado por uma nova *Summa Divisio* Constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2008.

ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

BARROS, Wellington Pacheco; BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. *A proporcionalidade como princípio de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. Disponível em: *Jus Navegandi*, < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>> . Acesso em: 23 jun. 2008.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BIZZOTTO, Alexandre. *Processo penal garantista*. Goiânia: AB, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BOTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José. (Coord). *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

COMMAGER, Henry Steele. *A luta pela liberdade*. Rio de Janeiro: Lidoador, 1965.

CRUZ, Estuardo L. Montero. El funcionalismo penal. Una introducción a la teoría de Günther Jakobs. In: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. Disponível em: <<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,455,0,0,1,0>> Acesso em: 11 nov. 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

D'URSO, Flávia. *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito penal e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

GEBRAN NETO, João Pedro. *A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal do inimigo* (ou inimigos do direito penal). Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf> Acesso em: 3 jul. 2008.

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

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional das Liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GÜNTHER, Jakobs. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. In: *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Edit Civitas, 1997.

HÄRBLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. In: JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal*. UAM Ediciones, Madrid: Edit Civitas, 1997.

JAKOBS, Gunther; MELLÍÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*. Noções e críticas. André Luis callegari e Nereu Jose Giacomolli (Org. e trad.). Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Teoria Constitucional do Direito Penal*. São Paulo: RT, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MIR, Jose Cerezo. *Obras completas*. Derecho Penal. Parte General. Tradução Luis Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RAMOS, Marcel Figueiredo. Direito Penal do Inimigo. *Violação ao princípio da ampla defesa negativa*. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/ii/a/%7BDB41A48D-9B5C-4788-B549-CBD887A8B312%7D_Direito_Penal_do_Inimigo.doc>. Acesso em: 3 jul. 2008.

RODRÍGUEZ, Cristhian Gilberto. Actuales tendencias del derecho penal: del garantismo al moderno derecho penal. In: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. Disponível em: <<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,407,0,0,1,0>> Acesso em: 11 nov. 2008.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. André Luis Callegari e Nereu Jose Giacomolli (Org. e trad.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Estudos de Direito Penal*. Tradução de Luiz Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

SANCHES, Jesus-Maria Silva. A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. In: *As ciências criminais no Século XXI*, v.11. São Paulo: RT, 2002.

_____. Responsabilidade penal de las empresas e de su organos em derecho espanhol. In: PRADO, Luiz Regis. (Coord.) *Responsabilidade penal da pessoa jurídica – em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 03 jul. 2008.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SBARDELOTTO, Flávio Roque. *Direito penal no Estado Democrático de Direito: perspectivas (re)legitimadoras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. SLAIBI FILHO, Nagib; CARVALHO, Gláucia (atual.). 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000a.

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000b.

SILVA JÚNIOR, Azor Lopes da. *A inviolabilidade da correspondência do condenado*. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 40, mar. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1007>>. Acesso em: 05 jun. 2008.

SOARES, Gláucio Ary Dillon. *Direitos humanos, políticos e criminosos*. Disponível em: <<http://de.wordpress.com/tag/empresas-e-direitos-humanos/feed/>>. Acesso em: 22 jun. 2008.

SPENGLER, Adriana Maria Gomes de Souza. *Flexibilização das garantias constitucionais na repressão à macrocriminalidade econômica: Uma abordagem à luz da proporcionalidade*. Dissertação submetida à Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI – para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica. Disponível em: <http://www6.univali.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=254>. Acesso em: 03 jul. 2008.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TORRES, Ricardo Lobo (coordenador). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria Tucci; TUCCI, José Rogério Cruz. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

VALLE, Carlos Pérez Del. La fundamentación iusfilosófica del derecho penal de enemigo. Precisiones sobre la interpretación de Kant. In: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. n. 10-03, p. 03:1-03:14, 2008.

VARGAS, Jose Cirilo. *Do tipo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

VELARDE, Eduardo Herrera. Los delitos sin víctimas: despenalizando el derecho penal. In: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. Disponível em: <<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,360,0,0,1,0>>. Acesso em: 11 nov. 2008.

VIANNA, Túlio. *Transparência Pública, Opacidade Privada*. O Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Humanos: Instrumentos Internacionais de Proteção*. 2. ed. São Paulo: Paloma, 2000.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, Jose Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZANONI, Fernando Henrique. *Aspectos dogmáticos da(s) teoria(s) da imputação objetiva*. Disponível em: <[http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto .asp?id=8021&p=3](http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=8021&p=3)> Acesso em: 04 jul. 2008.

Artigo recebido em: 23/11/2009

Artigo aprovado em: 08/11/2009