Cognitio Juris
ISSN 2236-3009

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E SEUS VIESES NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL: UMA QUESTÃO DE EQUILÍBRIO ENTRE OS EXTREMOS DO EXCESSO E DA INSUFICIÊNCIA DO JUS PUNIENDI

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY AND ITS BIASES IN THE SCOPE OF CRIMINAL LAW AND CRIMINAL PROCEDURE: A MATTER OF BALANCE BETWEEN THE EXTREME AND INSUFFICIENCY OF THE JUS PUNIENDI

Cognitio Juris
Ano XI – Número 37 – Dezembro de 2021
ISSN 2236-3009

Autores:
Thana Michelle Carneiro Rodrigues[1]
Rogério Magnus Varela Gonçalves[2]

RESUMO

Este artigo tem por escopo o estudo da proporcionalidade como componente inato da atividade judicante, porquanto na resolução de conflitos de interesses sempre foi imprescindível o exercício de um juízo de ponderação entre os bens jurídicos envolvidos no caso analisado. Através de uma pesquisa bibliográfica, constatou-se que, nessa equação, revela-se, salvo raros contrapontos de ordem técnica, nitidamente a natureza principiológica da proporcionalidade como ferramenta utilizada em casos concretos para mensurar valores

superiores do ordenamento jurídico que venham a colidir. Digredindo à origem antiabsolutista de tal princípio e passando pela sua constitucionalização através da jurisprudência alemã, elucida-se a irradiação daí decorrente sobre todos os ramos do direito, inclusive no âmbito internacional. Com foco especial no direito penal e processual penal, onde naturalmente se contrapõem a liberdade individual e a segurança pública, ressalta-se a dupla face do princípio da proporcionalidade, identificando-se a proibição do excesso com o que se chama de "garantismo negativo", e a vedação da proteção insuficiente com o denominado "garantismo positivo". Desse modo, concluiu-se que a Justiça somente se perfaz no equilíbrio, pelo que indispensável se mostra o uso acurado da ferramenta da proporcionalidade a fim de se alcançar, por meio de uma intervenção social máxima e de uma mínima intervenção penal, a medida certa do jus puniendi, a fim de que sejam contemplados os direitos fundamentais daqueles submetidos ao processo criminal sem que se olvide o primordial dever do Estado de prover segurança à sociedade.

Palavras-chave: Princípio da proporcionalidade. Direito penal e processual penal. Garantismos negativo e positivo. Equilíbrio.

ABSTRACT

This article has the escope of the study of the proportionality as an innate component of judicial activity, because in the resolution of conflicts of interest it has always been essential the exercise of weighting between the legal assets involved in the case analysed. Through literature review, it was found that, in this equation, except for rare technical counterpoints, the principles nature of proportionality as a tool used in real cases to measure higher values of the legal system that may collide is clearly revealed. Making a digression to the antiabsolutist origin of this principle and passing by its constitucionalization through German jurisprudence, the consequent irradiation on all branches of law, including at internacional level, is elucidated. With a special focus on criminal law and criminal procedure, where individual freedom and public security are naturally counterparts, the double face of the

principle of proportionality is emphasized, identifying the prohibition of excess with what is called “negative guarantism”, and the prohibition of insufficient protection with the so-called “positive guarantism”. Thus, it is concluded that the Justice only is performed in the balance, so the accurate use of the proportionality tool is indispensable in order to achieve the right measure of jus puniend through the maximum of social intervention and minimal criminal intervention, in order to contemplate the fundamental rights of those subjected to criminal procedures without forgeting the primary duty of the State do provide security to society.

Keywords: Principle of proportionality. Criminal law and criminal procedure. Citizen security. Negative and positive guarantisms. Balance.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo analisa a origem e a evolução do princípio da proporcionalidade, ideia que nasceu junto com o próprio Direito e que cada vez mais tem se firmado como instrumento de resolução de conflitos entre bens jurídicos de maior importância que, eventualmente em situações concretas, colidam entre si. Justamente por ser reclamada em casos onde valores constitucionalmente agasalhados se desafiam, a proporcionalidade é tratada pela maioria da doutrina como princípio, notoriamente ante a compatibilidade da relevância semântica do termo à condição de máxima jurídica por ela ocupada no sistema, de modo que, conquanto não haja, por questões técnicas, unanimidade terminológica a respeito, proporcionalidade como princípio tem se mostrado na prática escolha acertada e resolutiva.

Inicialmente compreendido como limite à ação estatal em relação aos direitos individuais, o princípio da proporcionalidade germina no mesmo ambiente em que surge o Estado de Direito Europeu, arraigado a questões de ordem penal e administrativa. Porém, após as Grandes Guerras, sob uma nova ordem constitucional comprometida com os direitos humanos e impulsionado pela jurisprudência dos tribunais alemães, tal princípio passa, gradualmente, a constituir-se em instrumento protetivo de garantias e direitos fundamentais

nas suas dimensões individual, social e intergeracional. Na esteira da compreensão ampliada desses direitos foi que o princípio dantes coincidente apenas com a ideia de vedação do excesso, desdobrou-se na proibição da proteção deficiente, passando a ser também interpretado como imperativo de tutela.

O ponto sensível do trabalho em tela consiste, portanto, em verificar como essa dupla face do princípio da proporcionalidade vem funcionando na concretude do direito penal e processual penal, ressaltando-se a coincidência da proibição do excesso com o que a doutrina especializada denomina de "garantismo negativo", e da vedação da proteção insuficiente com aquilo que se convencionou chamar "garantismo positivo". Em outras palavras, pretende-se averiguar, sobretudo diante de questões polêmicas, tais como benesses legal e jurisprudencialmente consolidadas no que pertine ao tráfico de entorpecentes e também em relação à prisão em segunda instância, o uso do princípio da proporcionalidade no sopesamento entre os direitos fundamentais dos acusados e o dever inafastável do Estado de prover a segurança da sociedade, objetivando-se, com isso, despertar a reflexão dos operadores sobre a causa.

Quanto ao aspecto metodológico, a presente pesquisa tem caráter qualitativo, utilizando-se do método dedutivo, com natureza exploratória na medida em que se vale do levantamento bibliográfico. Guiamo-nos na linha da teoria da justiça de Jonh Rawls, que prima pela equidade e pela eleição dos princípios da igualdade e liberdade como estruturantes das decisões das instituições políticas, atenuada no seu aspecto individualista pela ideia de liberdade positiva defendida, dentre outros, por Sandels. Preocupa-nos a busca da melhoria do desempenho judicial em cada caso concreto apresentado, com enfoque nas consequências reais, específicas e sistêmicas de atos decisórios, pelo que alinhamo-nos ao pragmatismo cotidiano proposto por Richard A. Posner, com as devidas podas ao utilitarismo no campo dos direitos fundamentais, matéria-prima de manejo do princípio da proporcionalidade.

Assim, temos que o trabalho se divide em seis tópicos, correspondendo o primeiro e o último, respectivamente, à introdução e às considerações finais. No segundo tópico, cuidamos da natureza jurídica da proporcionalidade, enquanto no terceiro analisamos o surgimento e evolução jurídica desse princípio, focando, no quarto tópico, especificamente sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade na seara do direito penal e processual penal. Por fim, no quinto tópico, abordamos questões práticas e polêmicas da processualística criminal que revelam a imprescindibilidade da ponderação dos valores constitucionalmente protegidos, concluindo-se ser imperioso o uso da ferramenta da proporcionalidade para o equilíbrio do jus puniendi e do cumprimento eficaz do propósito maior da pacificação social dentro da perspectiva de uma intervenção social máxima voltada a uma intervenção penal mínima.

2 DIREITO COMO PROPORÇÃO E A SUA DECOMPOSIÇÃO EM PRINCÍPIOS E NORMAS

A ideia de proporção sempre esteve atrelada à Justiça, tanto que na definição de Miranda (2012) apud Canas (2016) “Direito é proporção”, naturalmente. É que se o Direito constitui a solução para conflitos de interesses e transgressões às normas jurídicas estipuladas pelo Estado, o antídoto a tanto há de ser administrado em dose adequada, nem menor nem maior do que a necessária para proteger o bem jurídico em risco ou reprimir novas investidas contra ele, sob pena de, na insuficiência, ser ineficaz ou de, no excesso, tornar-se veneno mais prejudicial do que o mal combatido, tal qual ocorre na administração de medicação para fins de cura de uma doença, onde se sabe que a diferença entre o remédio e o veneno está apenas na quantidade da substância utilizada, bem como é certo que a subdosagem medicamentosa tende a não surtir qualquer efeito no paciente.

Canas (2016), cujo trabalho científico fora orientado pelo próprio Professor Jorge Miranda, compara a proporcionalidade à temperança, afirmando que pouco se perderia no trânsito entre esses dois conceitos virtuosos. Alexy (2015), por sua vez, defende que “a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da

relativização em face das possibilidades jurídicas". Proporcionalidade, portanto, pressupõe uma tensão latente entre um bem protegido por alguma medida e um bem prejudicado por essa mesma medida, no que se há de aplicar uma técnica de ponderação.

Para compreender a proporcionalidade inata ao Direito, entretanto, é preciso decompô-lo em princípios e regras, os quais apesar de guardarem a função comum de disciplinar situações que concretizadas reclamam a incidência da norma jurídica, tem, como nos ensina Alexy (2015), "caráter prima facie distinto". Para Alexy (2015), há uma diferença qualitativa entre princípios e regras: os primeiros, estabelecem deveres de otimização da norma jurídica, para que estas sejam realizadas na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes; as últimas – as regras – apenas ordenam que algo seja realizado na medida do possível, porquanto tem uma extensão determinada de conteúdo perante as possibilidades jurídicas e fáticas. Acrescenta o referido autor que a aplicação dos princípios, ao contrário das regras, não está predeterminada em seu enunciado e depende de ponderações in concreto. Assim, considera que "princípios são sempre razões prima facie e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, razões definitivas".

Já Canotilho (2003) enxerga a diferença entre princípios e regras através dos quais se exprimem as normas jurídicas pelo grau de abstração, sendo que aqueles abarcam uma pluralidade de situações, enquanto estas se prendem ao alcance de seus enunciados; pelo grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto, entendendo que as normas tem aplicação direta e os princípios dependem de concretização mediadora do intérprete; no caráter de fundamentalidade dentro das fontes do direito, onde os princípios encontram posição hierárquica e força estruturante privilegiadas; na maior proximidade da ideia de direito de que gozam os princípios; e, ainda, no fato de funcionarem os princípios como embasamento para regras. Dworkin (2020), concordando com o critério diferenciador lógico da aplicação ao caso concreto, aduz em acréscimo que a dimensão de peso e importância dos princípios como fundamentos de decisões também os distinguem das regras que as direcionam, como ainda destaca que as regras ou são por completo aplicadas ou não o são,

no que chama de tudo-ou-nada, eis que não podem se subsumir parcialmente às situações sub judice, enquanto isso é possível à aplicação de princípios.

Nessa conjuntura, Silva (2002), com bastante coerência, explica-nos que há razão nas ressalvas de Humberto Bergmann Ávila quanto à classificação da proporcionalidade como princípio, eis que a sua forma de aplicação é a subsunção, tal qual ocorre com as regras e somente com elas, pelo que advoga a correção da expressão "dever de proporcionalidade". No entanto, afirma Silva (2002) ser impossível fechar os olhos à prática jurídica e à intenção de se conferir importância conceito, elevando-o à condição de princípio da proporcionalidade como uma verdadeira máxima do Direito, até porque, na visão do autor, "[...] quando se trata de palavras de forte carga semântica, como é o caso do termo "princípio", qualquer tentativa de uniformidade terminológica está fadada ao insucesso". Adiciona Silva (2002) característica importante da proporcionalidade que está intimamente ligada à ideia de princípio, qual seja o fator ponderação na hipótese de colisão, utilizado tão somente em relação a tal categoria, que agasalha valores superiores do ordenamento jurídico, porquanto se regras entram em conflito entre si os critérios para que uma prevaleça sobre a outra não serão ponderativos, porém regidos por questões de especialidade, hierarquia e cronologia.

E, para finalizar o ponto, é justamente Marmelstein (2012) que vai nos alertar sobre a esterelidade acadêmica do debate sobre a categorização jurídica entre regras e princípios, citando Castanheira Neves e afirmando que sua proposta jurisprudencialista, com acerto, "nos obriga a pensar a partir dos problemas e não das normas, focando muito mais no mundo prático que será afetado por nossas decisões do que na abstração das teorias contidas em livros". Com esteio em tão abalizada doutrina, passemos, então, confortavelmente, a tratar da proporcionalidade como princípio do Direito, lembrando a sagacidade de Bonavides (2004) apud Mártin (2018) quando coloca a proporcionalidade na categoria daqueles princípios de fácil compreensão e de difícil definição.

Certos, contudo, de que a Justiça não prescinde da proporção, prossigamos.

3 SURGIMENTO, CONSTITUCIONALIZAÇÃO E EXPANSÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade tem sua origem coincidente com a do Estado de Direito na Europa, o que se deu entre os séculos XVII e XVIII, quando orquestraram-se reações populares aos excessos do absolutismo monárquico, redundando na institucionalização do poder baseada em conceitos como o de legalidade e devido processo legal a funcionar como escudos de proteção das liberdades e direitos individuais. Há quem cite como precedente ainda mais remoto da semeadura das garantias do indivíduo contra a ordem monárquica o exemplo da Grande Carta das Liberdades de 1215, assinada como termo de concórdia entre o Rei João da Inglaterra, a Igreja e a nobreza, com limitação dos poderes dos soberanos e imposição de que suas ações se dessem nos limites da lei, inclusive, com a previsão da proporcionalidade entre o grau do crime praticado e a respectiva sanção.

Inquestionável, entretanto, que foi o movimento iluminista, com seu jusracionalismo, marco decisivo no combate ao arbítrio e conquista inaugural de direitos de primeira geração. Em termos de proporcionalidade, dentre os pensadores do Iluminismo Penal, destaca-se a figura de Beccaria, que, em 1764, publicou a obra “Dos Delitos e das Penas”, na qual questionou a ineficácia da pena de morte como resposta à criminalidade, bem como a desproporcionalidade da medida na maioria dos casos. Tais ideias, sem dúvidas, inspiraram o reconhecimento dos direitos humanos fundamentais pela Declaração Americana de 1776 e, na França, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, cujo artigo 8º preconizava que “a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

Em seu nascedouro, pois, o princípio da proporcionalidade destacou-se não só no âmbito da repressão criminal justa, mas também, num segundo momento, na administração da coisa pública, no escopo de conter restrições acima do grau necessário à satisfação dos interesses

superiores da comunidade. Pessoa (2004), mencionando lição do professor Willis Santiago, diz que a proporcionalidade na condição de primado do poder de polícia foi proposta em 1791 numa conferência de Suarez, na Prússia, como princípio fundamental do direito público a fim de que o Estado só limitasse a liberdade e propriedade dos cidadãos na medida do imprescindível. No mesmo sentido, a emblemática colocação de Fritz Fleiner (1864-1937), considerado o pai do direito administrativo suíço, que, no intuito de convencer que o meio de ação repressiva mais intrusivo precisava constituir ultima ratio e a intervenção policial ser proporcionada às circunstâncias, disse que "a polícia não deve utilizar canhões para abater pardais". (FREITAS, 2010).

Todavia, foi no segundo pós-guerra, em decorrência da disseminação da doutrina e da consolidação da jurisprudência a respeito da proporcionalidade, que o conteúdo do referido princípio se desenvolveu e foi amplamente aplicado, chegando a ter expressa menção na Lei Fundamental de Bonn de 1949, a qual serviu de base para a criação da República Federativa da Alemanha e para reconstrução da sua democracia após as atrocidades vivenciadas em decorrência do nazi-facismo. Daí por diante, a preocupação com a efetivação de direitos positivados, notoriamente os ligados à dignidade humana, dissemina-se pelo continente europeu e depois por todo o mundo, dando azo ao neoconstitucionalismo que, segundo Agra (2018), "tem como uma das suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para implementação de um Estado Social de Direito". Diante de tal conjuntura, não apenas restou reforçada a conexão entre direito e moral, mas também ressaltada a importância de princípios e valores como componentes dos sistemas jurídicos constitucionalizados, dentre eles o da proporcionalidade.

Em julgado de 1971, anotado e traduzido por Guerra Filho (2017), o Tribunal Constitucional Alemão, onde sua constitucionalização germinou, o princípio da proporcionalidade foi pela primeira vez posto em termos claros:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim

almejado. O meio é adequado, quando com o seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental (BVerfGE 30, 316) (GUERRA FILHO, 2002, p.84).

Adequação, compreendida como idoneidade para atingir o interesse público almejado em conformidade com os fins pretendidos; necessidade, demonstrada pela inexistência de outro meio menos restritivo aos direitos do cidadão e igualmente eficaz à consecução da finalidade pública; e, por fim, proporcionalidade em sentido estrito, numa proposta de relação custo-benefício onde é comparada a importância da realização do fim e a intensidade da restrição de direitos fundamentais, são, desde então, majoritariamente considerados pela doutrina subprincípios da proporcionalidade, notadamente, como acentua Barroso (1997), em territórios que se abeberam na produção de conhecimento jurídico alemã, como ocorre com Brasil e Portugal. Silva (2002), que vislumbra a proporcionalidade como regra de interpretação e aplicação do direito nos casos em que um ato estatal para promover a realização de uma garantia fundamental ou de um interesse coletivo precisa restringir outro ou outros direitos fundamentais, chama esses três elementos – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – de sub-regras da proporcionalidade e entende que a falta de qualquer delas traz para o ato a pecha da desproporcionalidade. Dentro dessa classificação, Alexy (2015) reputa que os dois primeiros elementos – adequação e necessidade – são de análise objetiva e, portanto, comprováveis por fatos concretos, enquanto o terceiro deles – a proporcionalidade em sentido estrito – depende de ponderações subjetivas, concluindo que quanto mais intensa se revelar a interferência em um dado direito fundamental, mais justificados devem ser os motivos da intervenção.

Bonavides (1994), com propriedade, assevera que “a vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais”. E uma vez, alcançado esse standart, tal princípio alçou a interconstitucionalidade, sendo hoje amplamente utilizado, de forma idêntica ou muito aproximada, ainda quando não expresso

nas Leis Fundamentais dos países, em nível global de jurisprudência, inclusive em questões de direito internacional, o que se explica pela universalidade dos bens jurídicos objeto de sua proteção e pelo atrelamento da ideia de Estado de Direito à de Estado Proporcional.

No direito norte-americano, a partir da noção de devido processo legal, desenvolveu-se uma outra vertente do princípio da proporcionalidade, qual seja o princípio da razoabilidade (reasonableness). Não raras vezes empregados como sinônimos, o que é factível, inclusive, em diversos julgados do nosso Supremo Tribunal Federal, ditos primados, conquanto se tangenciem quando visam a impedir o arbítrio no exercício do poder estatal, afastando excessos na restrição de direitos fundamentais, são distintos em origem e estrutura. Para Barroso (1997), proporcionalidade e razoabilidade são princípios indistintos e a questão da denominação se cinge à influência germânica ou estadunidense do jurista que a eles se reporta. Ao revés, Silva (2002) assevera que "[...] quando se fala, em um discurso jurídico, em princípio da razoabilidade ou em princípio ou regra da proporcionalidade, é evidente que os termos estão revestidos de uma conotação técnico-jurídica e não são mais sinônimos, pois expressam construções jurídicas diversas". Temos, assim, que a proporcionalidade advém, como acima exposto, da jurisprudência alemã e decorre do Estado Democrático de Direito, ao passo que a razoabilidade remonta ao common law inglês dentro de uma concepção processual e substancial de controle de atos do poder legislativo e executivo.

No Brasil, seja como método exclusivamente interpretativo ou interpretativo – concretizador, seja como instrumento de imposição de "restrição às restrições", o princípio da proporcionalidade é considerado uma metanorma intrinsecamente relacionada ao princípio da legalidade previsto no art. 5º, inc. II, da Constituição Federal de 1988 e está de forma implícita ali consagrado, eis que decorrente do próprio Estado de Direito, instituído no artigo 1º, revelando sua presença também em outros pontos ao longo do texto constitucional pátrio, tal como se dá no art. 60, § 4º, que veda a abolição de direitos e garantias individuais. Por vezes com variações de nomenclatura e desideratos (impeditivos ou imperativos), consoante adiante veremos, o princípio objeto de nosso estudo é largamente utilizado em

nosso país não só pelo Supremo Tribunal Federal como ferramenta de controle de constitucionalidade, mas igualmente por juízes para solucionar conflitos entre direitos fundamentais nas lacunas interpretativas deixadas pelo legislador e percebidas quando da subsunção de normas jurídicas aos casos concretos.

4 DICOTOMIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO À VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE

Importante ter em mente que quando tratamos do princípio da proporcionalidade, estamos tratando de um princípio vivo, que nasceu com o direito e pari passu com ele se modifica para se amoldar às mutações da sociedade. De acordo com Bonavides (1994), o princípio da proporcionalidade é imprescindível para "[...] conciliar o direito formal com o direito material em ordem a prover as exigências de transformações sociais extremamente velozes, e doutra parte juridicamente incontroláveis caso faltasse a presteza do novo axioma constitucional". Ressalta o autor que tal primado não mais se contenta em alcançar os direitos de primeira geração, pois a atual solidez constitucional demanda a contemplação de outras gerações ou dimensões de direito para abarcar direitos sociais, econômicos e culturais, e também a proteção ao meio ambiente, o desenvolvimento e a fraternidade.

Assim, saímos de um ponto de partida onde dito princípio estava relacionado à vedação do intervencionismo do Estado para uma realidade na qual, sob um constitucionalismo compromissado e social, ele se constitui em instrumento protetivo de direitos fundamentais em suas dimensões individual, social e intergeracional, com o que houve, na visão de Streck (2004), a superação do modelo clássico de proteção contra o não-fazer estatal, senão vejamos o que ele afirma:

Há que se ter claro, portanto, que a estrutura do princípio da proporcionalidade não aponta apenas para a perspectiva de um garantismo negativo (proteção contra os excessos do Estado), e, sim, também para uma espécie de garantismo positivo, momento em que a

preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental, caso em que estar-se-á face do que, a partir da doutrina alemã, passou-se a denominar de <<proibição de proteção suficiente>> (UntermaBverbot) (STRECK, 2004).

No mesmo sentido, a lição de Deodato (2021), para quem o regime de princípios com sede constitucional passou, no dinâmico processo de evolução do direito, de um conjunto de meras normas programáticas a normas concretizadoras de direitos fundamentais, de modo que assevera o autor que essa categoria de princípios está também imbuída "[...] com a força cogente, aquela em que todos os atores estatais, ou não, devem cumprir, sob pena de sua atuação se tornar inconstitucional, até mesmo por omissão". Infere-se, portanto, que o princípio dantes coincidente apenas com a ideia de vedação do excesso, desdobra-se hodiernamente na proibição da proteção deficiente dos direitos humanos positivados na Constituição Federal. Essa é, aliás, a posição adotada pelo nosso Supremo Tribunal Federal, expressada em voto do Min. Gilmar Mendes em sede do HC 104410[3], que enxerga nos direitos fundamentais mais do que proibições de intervenção (Eingriffsverbote), um postulado de proteção (Schutzgebote), um imperativo de tutela.

Se em razão da proibição do excesso, o Estado não pode exceder os limites impostos em lei para adentrar a esfera das liberdades constitucionalmente garantidas aos cidadãos, por força do princípio da vedação de proteção deficiente, esse mesmo Estado, por dever, não pode fraquejar na consolidação dos direitos fundamentais. Cuida-se de uma proposição de composição de forças e valores, sem excessos ou carências, que acentua as duas faces de uma mesma moeda à qual chamamos proporção, nada a mais e nada a menos: busca-se a justiça no equilíbrio dos direitos.

Esse mecanismo de controle da atuação dos poderes através da proporcionalidade vai nos dizer da conformidade ou não de atos ou inações estatais com a Constituição Federal, sempre visando à proteção dos direitos fundamentais nela agasalhados e ponderando, em

caso de colisão entre eles, o que se sobrepõe no caso concreto. Em seu aspecto coibitivo, o princípio da proibição do excesso veda aos Poderes Legislativo e Judiciário, em suas ações, alcançarem o conteúdo nuclear de direitos e liberdades essenciais dos cidadãos, considerado pela doutrina o limite do limite, o que Sarmento (2003) chama com precisão de seu reduto inexpurgável, no que podemos fazer a associação intuitiva com a garantia de proteção de um mínimo existencial a ser resguardado, a fim de que sempre seja mantida a existência humana dentro de padrões básicos de dignidade, ainda quando se imponham restrições de direitos aos indivíduos e à coletividade. Sob a faceta imperativa, sobrepõe-se a característica dirigente dos direitos fundamentais, e, como destaca Sarlet (2006), esse dever geral e proativo de proteção (Schutzplichten) do Estado deve ser entendido " […] no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões oriundas de particulares e até mesmo de outros Estados […]".

Bonavides (1994), citando lição de Krueger, destaca que há muito "[…] já não são os direitos fundamentais que valem unicamente na moldura das leis, mas as leis na moldura dos direitos fundamentais […]", no intuito de explicitar a constatação de que as transformações constitucionais tem se dado em torno da formação e consolidação de um universo de liberdade, indissociável dos direitos humanos positivados e juridicamente resguardado por mecanismos, dentre os quais aponta o princípio da proporcionalidade como sendo o mais importante.

Enfim, pontua-se que, seja na sua versão orientadora e limitadora da ação estatal, seja na sua variante de cogência de atuação estatal para adequada proteção de direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade, por sua natureza irradiadora, porquanto constitucional, é aplicável às diversas ramificações do direito, a exemplo dos direitos penal e processual penal, que são objeto específico de nosso estudo.

5 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL E PROCESSUAL

PENAL: SOBRETUDO, UMA QUESTÃO DE EQUILÍBRIO

Ferrajoli (2002) afirma que “o princípio de proporcionalidade expressado na antiga máxima poena debet commensurari delicio é, em suma, um corolário dos princípios de legalidade e de retributividade, que tem nestes seu fundamento lógico e axiológico”. Sarlet (2006), por sua vez, ressalta ser mais fácil contextualizarmos o princípio da proporcionalidade, que se transformou em pilar do Estado Democrático de Direito na sua concepção garantista, quando afeito à ideia de proibição do excesso na tão cruenta e dolorosa seara penal. Entretanto, como a noção de proporcionalidade no âmbito jurídico não mais se esgota na proibição do excesso, estando também vinculada a um dever de proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos pelo Estado, inclusive contra ação de terceiros, Sarlet (2006) avalia que “[...] se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal [...].”, alinhando-se, assim, às lições de Baratta (1999) apud Streck (2008), para quem é ilusório pensar que a função do Direito, nesta quadra da história, esteja restrita à proteção contra abusos estatais. Socorrendo-se de Alessandro Baratta, Streck (2008) assevera que “ tal definição permite que se afirme que o dever de proteção estatal não somente vale no sentido clássico (proteção negativa) como limite do sistema punitivo, mas, também, no sentido de uma proteção positiva por parte do Estado”. Direitos, no dizer de Streck (2008), “[...] deixam de ser sempre e só direitos contra o Estado para serem também direitos através do Estado”.

Preocupado em olhar o direito penal pelo que ele de fato é e não pela função punitiva que ele realiza, Deodato (2012) ressalta a importância de princípios como o da legalidade e o da proporcionalidade e, baseado nas lições de José de Faria Costa, observa que “é preciso compreender o direito penal não pelo ato de prevenir, mas pelo pano de fundo que representa a ofensa aos bens jurídicos que o Estado de Direito tem o dever e a necessidade de proteger”. E, a partir dessa percepção, reflete que a lesão ao bem jurídico tutelado é que dimensiona expressões como garantismo. Destaca, doutra banda, o necessário sopesamento

na prática, longe do vazio argumentativo, entre o direito do réu e o direito da vítima, "[...] seja através dos excessos (ÜbermaBverbot) ou das insuficiências (UntermasBverbot) da norma".

O princípio da proporcionalidade, é certo, em terreno criminal ultrapassa a questão do quantum punitivo como resposta a uma infração e se coloca como um princípio ligado à própria missão do direito penal, qual seja a proteção dos bens jurídicos mais relevantes à sociedade, como, por exemplo, vida, liberdade, patrimônio e dignidade sexual, combatendo o crime e ao mesmo tempo trazendo limites ao jus puniendi. Funciona o aludido primado como instrumento de calibramento de garantias contrapostas em medida adequada, nem a mais nem a menos, e traz, ao harmonizar os interesses envolvidos, o caso concreto com suas idiossincrasias para solução mais próxima do ideário da Justiça.

Destarte, no meio termo entre o direito penal máximo e a defesa de sua abolição, temos duas vertentes do garantismo proporcionalizado: o que se denomina "garantismo negativo", coincidente com a proibição do excesso e voltado para aquele que infringe a lei penal e por isso sofre a persecução estatal, e aquele chamado de "garantismo positivo", que corresponde à vedação da proteção insuficiente, com olhar direcionado às vítimas, ou seja, àqueles que tem bens jurídicos de sua titularidade violados. Simples e clara a respeito, aliás, é a conclusão de Batista (2016) no sentido de que " da mesma forma que existe um viés negativo, relacionado à abstenção do ente estatal para preservação das liberdades públicas, necessário entender a sua perspectiva positiva, consubstanciada num dever de agir para salvaguardar os interesses mais importantes da sociedade".

Na vertente do garantismo negativo, temos que o legislador não pode criar tipos penais para proteger quaisquer bens jurídicos, mas tão somente aqueles considerados mais relevantes pelo contrato social entabulado na Constituição de cada Estado, ou como propõe Cardenete (2014) "[...] os valores que uma organização social estima, em determinado momento histórico e cultural, como carecedores de tutela imprescindível". Além disso, é preciso que as

penas cominadas guardem compatibilidade com os bens jurídicos tutelados. Como já alertava Beccaria (2015) desde o século XVIII, há que se examinar e distinguir as diferentes espécies de delitos e a maneira de puni-los "[...] evitando igualmente os excessos dos que, por uma mor mal-entendido da liberdade, procuram introduzir a desordem, e dos que desejariam submeter os homens à regularidade dos claustros". Em tempos contemporâneos, Ferrajoli (2002), que, referindo-se a penas abstratamente cominadas, apesar de reputar impossível medir a gravidade de um delito singularmente considerado, explica-nos que "[...] do ponto de vista interno se dois delitos são punidos com a mesma pena, é porque o legislador considera-os de gravidade equivalente, enquanto se a pena prevista para um delito é mais severa do que a prevista para outro, o primeiro delito é considerado mais grave do que o segundo". Dentro dessa logicidade, Ferrajoli (2002) coloca, por fim, que "[...] posto que a determinação em abstrato do tipo de pena está ligada ao poder de determinação legal, enquanto a especificação em concreto da medida da pena diz respeito ao poder de conotação judicial, a primeira está reservada à lei e a segunda ao juiz". Temos, portanto, que a pena prevista in abstrato, com limites mínimo e máximo eleitos pelo legislador, deve ser, mediante o desenvolvimento de um raciocínio lógico-jurídico fundamentado, individualizada, ou seja, customizada pelo juiz com base não somente pena cominada ao tipo, mas sobretudo guardando relação de proporção com as circunstâncias do cometimento do crime, suas consequências e as condições pessoais do agente, conforme previsão do art. 59 do Código Penal[4].

Exemplo de decisão que expressa o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário em relação à atividade legislativa com fundamento no garantismo negativo inspirado na proporcionalidade é o julgamento do Agravo de Instrumento no Habeas Corpus n.º 239.363 PR[5], onde o cl. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a falta de harmonia e adequação entre a pena de reclusão de 10 a 15 anos prevista para o tipo do art. 273, §1º-A e §1º-B, do Código Penal, que trata da falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, aqui se incluindo itens cosméticos, num

paralelo estabelecido com o bem mais grave crime de tráfico ilícito de drogas, onde o bem jurídico tutelado também é a saúde pública, e cuja pena de reclusão varia entre 05 e 15 anos, sem contar a desproporção em termos de relevância penal de dita conduta quando feita comparação ao homicídio simples, com sanção cominada de reclusão de 06 a 12 anos (art. 121, Código Penal) e ao estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal), que tem pena reclusiva abstrata entre 08 e 15 anos. Vale citar, ademais, o Habeas Corpus Coletivo n.º º 596.603 – SP[6], em que a mesma Corte considerou que a individualização da sanção penal, que carrega em si a proporcionalidade da reprimenda, não se limita à quantidade da pena, mas alcança o seu regime e a modalidade da reprimenda imposta, de modo que concedeu a ordem para fixar o regime aberto a todas as pessoas condenadas no Estado de São Paulo por tráfico privilegiado em patamar mínimo de reclusão de 01 ano e 08 meses, desde que não reincidentes.

Já no aspecto processual, incontáveis são os julgados que buscam estabelecer uma equação razoável e proporcional entre as medidas cautelares impostas no curso do processo penal e o chamado periculum libertatis que o agente representa à ordem pública ou econômica, à instrução processual ou à futura aplicação da lei penal. Oportuna, aliás, a transcrição do que anota Lenart (2008):

Os fundamentos materiais positivos (Haftgründe) remetem à necessidade de custódia preventiva, em função do perigo que a liberdade do agente oferece (periculum libertatis). O fundamento material negativo ou excludente (HaftausschlieBungsgrund) representa projeção do princípio constitucional da proporcionalidade (VerhältnismäBigkeitsgrundsatz) e opera restringindo o raio de incidência da PPrev àquelas situações mais drásticas, quer por texto legislado, quer como fruto de interpretação sistemática (LENART, 2008, p. 62-63).

No que tange às medidas cautelares no processo penal, Badaró (2008) nos lembra ainda da necessidade de que haja uma relação de proporcionalidade entre a prisão preventiva e a pena a ser possivelmente aplicada ao final em sentença condenatória, afirmando que, “[…]

embora a prisão preventiva, do ponto de vista teleológico, não seja uma pena antecipada, como adverte Maurach, o mal real causado pela prisão preventiva deve ser parecido, quanto aos efeitos realmente produzidos, aos da pena". É preciso, então, para decretar uma constrição de liberdade provisória que, além dos requisitos do fummus comissi delicti e do periculum libertatis, o juiz anteveja uma possível condenação do agente a uma pena privativa de liberdade e, dentro dessa probabilidade, não imponha ao acusado um preço que provavelmente não será chamado a pagar ao final do processo, no que Badaró (2008) vem a inferir que o princípio da proporcionalidade governa as medidas cautelares e, em especial, a prisão preventiva.

De outro lado, temos o garantismo positivo, coincidente com a ideia de vedação da proibição insuficiente, que no espectro criminológico do Direito, ganhou relevo, como nos diz Streck (2008), com a polêmica lei alemã descriminalizadora do aborto datada de 1975, quando abolindo-se uma lei criminal protecionista, levou-se o dever estatal de resguardo (Schutzpflicht) a ser considerado o outro lado da proteção dos direitos fundamentais, destinado "[…] a proteger os indivíduos contra ameaças e riscos provenientes não do Estado, mas, sim, de atores privados, forças sociais ou mesmo desenvolvimentos sociais controláveis pela ação estatal". Uma vez consolidada essa outra faceta da proporcionalidade como garantia, temos hoje como consagrado o dever do Estado proteger adequadamente o indivíduo e a coletividade, o que se revela, por exemplo, no art. 413 do Código de Processo Penal, que trata da pronúncia (admissibilidade da acusação para fins de submissão do réu ao julgamento pelo Tribunal do Júri) nos crimes contra a vida, calcada no in dubio pro societate, com inversão da lógica de que a dúvida favorece o réu, fundamento que ainda tem força em nossa Corte Constitucional, haja vista o teor do ARE 1.244.706- MG[7], onde recentemente o relator, Min. Luiz Fux, reforça a prevalência da dúvida em favor da sociedade em delitos da competência do Tribunal Popular; nas medidas protetivas da chamada Lei Maria da Penha (Lei n.º 11.340/2006), que, dentre outras questões facilitadoras da proteção à mulher em situação de risco, podem ser aplicadas de imediato e inaudita altera pars a teor do respectivo

art. 19, § 1º; e nas próprias medidas cautelares do processo penal que ensejam restrições de liberdade dos acusados em graus diversos a depender da gravidade do crime, das circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado (art. 282, inc. II, do Código de Processo Penal), antes mesmo da formação da culpa, tudo com vistas a colocar a salvo a segurança de outrem individual – vítima específica – ou coletivamente considerado – sociedade.

Streck (2008), de maneira intrigante, levanta dois questionamentos em relação ao tráfico de drogas considerado privilegiado (aquele que propicia diminuição de 1/6 a 2/3 da pena quando cometido por agente primário, de bons antecedentes, não comprovadamente dedicado à atividade ilícita ou associado à organização criminosa), quais sejam: 01) se há nesse caso proteção insuficiente por parte do Estado-Legislador; e 02) se o Poder Judiciário, fazendo tábula rasa da referida benesse, estará igualmente conferindo proteção insuficiente à sociedade. Para o mencionado autor, os fatos de o Brasil ser, em escala mundial, o segundo maior consumidor de cocaína e de ser notório o fortalecimento da traficância internacional em seu território nas últimas décadas, desautorizam seja aplacada a repressão a tal crime sem uma prognose favorável ao seu controle. Comenta, ademais, que os benefícios de diminuição de pena previstos para o tráfico, um dos delitos mais nocivos à sociedade e fonte de muitas outras infrações graves, somente encontram equivalência legislativa nas concessões feitas ao furto privilegiado, previstas no art. 155, § 2.º do Código Penal, e em nenhum outro lugar. Argumenta Streck (2008), ressalvando que não está a tratar da traficância "bagatelar", insignificante e, por isso, atípica, mas sim de um crime considerado hediondo pela Constituição Federal, que "não é desarrazoado afirmar que a punição insuficiente para um crime de extrema gravidade e reprovabilidade equivale à impunidade. Ou, em outras palavras, equivale a não aplicação do comando constitucional de criminalizar".

Com efeito, o tráfico de entorpecentes, delito previsto no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, constitui um tipo penal muito aberto, tendo a experiência prática há muito demonstrado que organizações criminosas e traficantes de maior hierarquia pulverizam suas

atividades, terceirizando e delegando atribuições menores a agentes menos importantes na cadeia, que ficam mais expostos e cujas ligações com o comando costumam não ser devidamente elucidadas, os quais, no entanto, são imprescindíveis à atividade de traficância, já que, sem sua participação na ponta da cadeia, não se alcançariam os destinatários dos entorpecentes distribuídos de forma planejadamente diluída com vistas a ludibriar autoridades responsáveis pela repressão criminal.

Em acréscimo, trazemos um outro aspecto de extrema relevância: a questão da permissibilidade da concessão de liberdade provisória independentemente do recolhimento de fiança no tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, o que ecoa em total dissonância com o poderio econômico dos traficantes, em geral fortemente organizados, e torna desproporcional o benefício em relação a todos os demais delitos, inclusive de somenos gravidade previstos no Código Penal e legislação esparsa, cujo plus da fiança, via de regra, é exigido como condição de liberdade processual. Sem dúvidas, deparamo-nos com uma situação constitucionalmente avalizada de proteção insuficiente da sociedade. Explica-se. Parte-se do ponto de que o art. 5º, inc. LXIII, da Constituição Federal considera inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Na sequência, a Lei n.º 8.072/90, em seu art. 2º, inc. II, foi adiante e vedou, além da progressão de regime, a liberdade provisória nos crimes considerados hediondos, sendo, entretanto, no ano de 2006, a referida lei considerada inconstitucional neste particular pelo Supremo Tribunal Federal em sede do julgamento do Habeas Corpus 82959-7/SP[8], o que impulsionou a supressão do comando legal pela alteração legislativa trazida pela Lei n.º 11.464/2007. Em 2012, enfim, por ocasião do julgamento do HC 104.339/SP[9], o Supremo Tribunal Federal pacificou a jurisprudência em relação à inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória a agentes acusados de tráfico ilícito de entorpecentes. Como resultado, temos que é mais fácil ao traficante de drogas obter o benefício da liberdade provisória, eis que dele não se pode cobrar fiança, do que ao praticante de um delito banal contra o patrimônio, por exemplo,

quando se sabe que a maioria esmagadora das organizações criminosas tem ligação com a hiperlucrativa e internacionalizada venda e distribuição ilegal de substâncias entorpecentes, de modo que mais lógico e eficiente do que superlotar as nossas prisões com os seus componentes, ali não isolados da atividade ilícita, tanto que a medida já se revelou há muito ineficaz, seria o desfalque do poderio econômico desse ramo criminoso, iniciando-se pela previsão de fianças substanciais a traficantes com destinação posterior, quando legalmente viável em casos de condenação, a uma frente de seu próprio combate e ao tratamento e recuperação de vítimas químico – dependentes como forma indenizatória. Situação que, contudo, sabe-se depender de uma alteração do texto constitucional que, buscando imprimir maior rigor de tratamento a esse tipo de delito, por um descompasso com a legislação inferior e jurisprudência, findou por surtir efeito de desproteção social, contrário ao desejado.

Deodato (2021), com maestria, interliga o princípio da proporcionalidade ao conflito entre os princípios constitucionais da eficiência e da presunção de inocência como contrapesos a serem ponderados na análise da questão da execução provisória da pena após condenação em segunda instância, trazendo a lume o teor do julgamento do Habeas Corpus n.º 126.292[10], relatado pelo Min. Teori Zavascki, onde o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos (07 a 04), consolidou a possibilidade de se iniciar o cumprimento de pena privativa de liberdade fixada em sentença condenatória revista e confirmada por órgão judicial colegiado, prevalecendo, naquela oportunidade, o entendimento de que não restaria ferido o princípio da presunção de inocência, até porque já exaurida a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado. A par disso, relembra Deodato (2021), fundamentou-se a posição vencedora no dever de observância pelo Estado-Juiz do princípio da proibição deficiente, numa pretensa equação de equilíbrio entre o direito do acusado e o da sociedade. Por fim, o mesmo autor se posiciona no sentido oposto ao do aludido julgado, eis que, no seu dizer, “[…] por mais que essa nova sociedade busque um processo célere, a rapidez do Estado em analisar demandas, deve-se respeitar o devido processo legal”.

Mais à frente, na balança da proporcionalidade, ganhou corpo e voltou a ter maior peso o

princípio da presunção de inocência, haja vista a revisão de posicionamento pela Corte Constitucional que, a partir do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54[11], em novembro de 2019, retomou a concepção de que o cumprimento da pena decorrente de sentença criminal condenatória somente deve ocorrer após esgotamento de recursos legalmente previstos, ressalvada a manutenção de prisões provisórias, desde que preenchidos os requisitos pertinentes, a salvaguardar a ordem pública ou econômica, a instrução processual e a futura aplicação da lei penal, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. Todavia, nem mesmo assim a discussão do tema perdeu relevância na sociedade, a qual, aviltada, e não sem razão, pela crescente insegurança trazida pela criminalidade ascendente, também associada à sensação de impunidade de agentes delinquentes, cobra dos poderes constituídos a efetividade de comandos legais e judiciais. Tanto é assim que se encontra iminente a apreciação pelo Congresso Nacional do Projeto de Lei n.º 166/2018 do Senado Federal, o qual visa a alterar o art. 283 do Código de Processo Penal, nele acrescentando inciso que aclara expressamente que a prisão decorrente de condenação criminal somente se dará após o trânsito em julgado da respectiva sentença. Imperioso é, por demais, que reflexões sigam sendo feitas à luz da proporcionalidade no que concerne aos bens jurídicos envolvidos nessa celeuma social.

Tais questões ligadas ao fenômeno do crime, polêmicas porque demasiadamente importantes no contexto da sociedade de risco em que estamos inseridos, instigam nossa sensibilidade e nos dão a dimensão da importância do bom uso do princípio da proporcionalidade em termos de controle de constitucionalidade de leis e atos estatais, quando de um lado está em jogo a preciosa liberdade individual e do outro a imprescindível manutenção da segurança pública, seja na perspectiva do que se denomina “garantismo negativo”, seja no significado do “garantismo positivo”, expressões que estão umbilicalmente ligadas e que juntas formam o garantismo ideal, integralizado, reputado como sendo aquele que atende aos interesses do réu como sujeito de direito sem olvidar os clamores de segurança da sociedade, numa perspectiva que prioriza os direitos

fundamentais de ambos os lados, concretizada por uma intervenção social máxima, com promoção de desenvolvimento humano inclusivo e sustentável, para que se alcance uma mínima intervenção penal seletiva, porém eficaz no seu propósito pacificador.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Remontando à origem do Direito, encontramos a ideia de proporcionalidade como um de seus componentes embrionários na medida em que desde sempre a Justiça se destinou a compor interesses em conflito mediante ponderação de valores representados pelos bens jurídicos em conflito nas circunstâncias concretas. Primeiramente, evidenciado nas searas criminais e administrativas na França e Suíça dos séculos XVII e XVIII como fundamento e ferramenta iluminista de reação aos poderes ilimitados das monarquias absolutistas de então, o princípio da proporcionalidade, majoritariamente pela doutrina assim reputado, ganhou respaldo constitucional na Alemanha do pós-guerras ante a imperiosidade de resgate de valores humanitários e proteção de direitos fundamentais tão gravemente violados nos conflitos mundiais recentemente experimentados, assim e por tal natureza se irradiando sobre todo o sistema jurídico infraconstitucional e alcançando prestígio e aplicabilidade em nível internacional.

Pretendeu-se, em especial, ressaltar a relevância da proporcionalidade na seara do direito penal e processual penal, onde estão em contraposição liberdades individuais e segurança social, considerando-se aqui ambas as facetas de tal primado, quais sejam a proibição do excesso, com limites à atuação estatal em respeito aos fundamentais individuais e coletivos, e a vedação de proteção insuficiente a exigir providências do Estado que efetivamente protejam esses mesmos direitos, o que se denomina, respectivamente, de “garantismo negativo” e “garantismo positivo”.

O que se revelou através da pesquisa, onde se analisaram questões práticas intrigantes por sua relevância e alcance de preceitos constitucionais diversos, é que, na sociedade de risco

na qual estamos imersos, cada vez mais ameaçada pela violência e criminalidade, como também desprovida de intervenção estatal protetiva e promotora de desenvolvimento inclusivo, a escorreita utilização do princípio da proporcionalidade é imprescindível mais do que nunca na busca de justas soluções aos casos concretos com vistas à tão almejada pacificação social, propósito primeiro do direito penal e do processo que lhe concretiza.

Em conclusão, reforçamos a ilação de que a Justiça se encontra no equilíbrio, não nos extremos da falta ou do excesso, pois estes inexoravelmente conduzirão ao cometimento de erros e ao indevido sacrifício de direitos, regra que, pela relevância dos bens jurídicos envolvidos no âmbito criminal, reclama o uso acurado da ferramenta da proporcionalidade para que se encontre a medida certa do jus puniendi de modo a, conformando-o aos preceitos da Constituição Federal, atender aos interesses da sociedade hodierna.

REFERÊNCIAS

AGRA, W. de M. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ALEXY, R. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 5ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

BADARÓ, G. H. R. I. A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade: proposta de mudanças legislativas. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 103, p. 381-408. jan/dez, 2008. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/268356511.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2021.

BARROSO, L. R. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4491326/mod_resource/content/1/Os%20princ%C3%Adpios%20da%20razoabilidade%20e%20da%20proporcionalidade%20no%20direito%20constitucional.pdf.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2021.

BATISTA, D. Princípio da proporcionalidade e a efetivação de um garantismo positivo. Entre a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente aos direitos fundamentais. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45813/principio-da-proporcionalidade-e-a-efetivacao-de-um-garantismo-positivo>. Acesso em: 01 fev. 2021.

BECCARIA, C. Dos delitos e das penas. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BONAVIDES, P. O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais. 1994. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1077>. Acesso em 18 jan. 2021.

BRASIL. Código de Processo Penal Brasileiro. Decreto lei n.º 3.689/41. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 27 jan. 2021.

BRASIL. Código Penal Brasileiro. Decreto lei n.º 2.848/1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 03 jan. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 fev. 2021.

BRASIL. Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em: 09 fev. 2021.

BRASIL. Lei n.º 11.464, de 28 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11464.htm>. Acesso em: 09 fev. 2021.

BRASIL. Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 09 fev. 2021.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado n.º 166, de 2018. Disponível em: <senado.leg.br>. Acesso em: 13 fev. 2021.

CANAS, V. J. F. P. O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos. Disponível em: <ulsd730279_td_Vitalino_Canas%20(1).pdf>. Acesso em: 17 jan. 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO (1789). Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 20 de jan. 2021.

DECLARAÇÃO DE INDEPENDÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (1776). Disponível em: <https://pauloacbj.fandom.com/pt-br/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_de_Independ%C3%AAncia_dos_Estados_Unidos_da_Am%C3%A9rica_(1776)>. Acesso em: 20 jan. 2021.

DEODATO, F. N. Adequação social: sua doutrina pelo cânone compreensivo do cuidado-de-perigo. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

DEODATO, F. N. Princípio da proibição da proteção deficiente e a possibilidade da execução provisória da pena de prisão após a condenação criminal em segunda instância. 2021. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_27743529_PRINCIPIO_DA_PROIBICAO_DA_PROTECAO_DEFICIENTE_E_A_POSSIBILIDADE_DE_EXECUCAO_PROVISORIA_DA_PENA_DE_PRISAO_APOS_A_COND

ENACAO_CRIMINAL_EM_SEGUNDA_INSTANCIA.aspx>. Acesso em: 25 jan. 2021.

DWORKIN, R. Levando os direitos a sério. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. 6ª tiragem. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020.

FERRAJOLI, L. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FREITAS, J. Contra a omissão inconstitucional: reexame inovador da responsabilidade do estado. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 66, maio 2010 – ago. 2010, p. 66. Disponível em: <amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1285763177.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2021.

GUERRA FILHO, W. S. Teoria Processual da Constituição. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 84.

HAERBELIN, M. Revisitando a proporcionalidade: da análise dos seus possíveis usos à crítica de seus abusos no direito brasileiro. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-AJURIS_n.145.07.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2021.

LENART, A. O STF e a fundamentação do decreto de prisão preventiva. Revista da SJRJ, n. 22, Direito Penal e Processual Penal, 2008. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/dos_stf_e_decreto_prisao_preventiva.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2021.

MARMELSTEIN, G. Ponderar regras: um caso interessante. Disponível em: <https://www.osconstitucionalistas.com.br/ponderar-regras-um-caso-interessante>. Acesso em: 19 jan. 2021.

NETO, F. A.; CARDENETE, M. O. Introdução ao direito penal. São Paulo: CL EDIJUR Editora e Distribuidora Jurídica, 2014. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2006.

PESSOA, L. R. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na jurisprudência tributária norte-americana e brasileira. 2004. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/norte.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2021.

POSNER, R. A. Direito, pragmatismo e democracia. Tradução Teresa Dias Carneiro; revisão técnica Francisco Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RAWSL. J. Teoría de la justicia. Traducción María Dolores González. Fondo de Cultura Económica. Primeira edición electrónica, 2012.

SANDEL, M. J. Justiça – o que é fazer a coisa certa?. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 19. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, p. 204.

SARLET, I. W. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição do excesso e de insuficiência. Disponível em: https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2134/655. Acesso em: 29 jan. 2021.

SARMENTO, D. A ponderação de interesses na constituição federal. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SILVA, V. A. da. O proporcional e o razoável. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2021.

STRECK, L. L. Bem jurídico e constituição. 2004. Disponível em: <www.escoladaajuris.org.br>. Acesso em: 25 jan. 2021. STRECK, L. L. O dever de proteção do estado (schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança

entre os crimes de furto qualificado e tráfico de entorpecentes?. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11493/o-dever-de-protecao-do-estado-schutzpflicht>. Acesso em: 30 jan. 2021.

---

[1] Mestranda em Direito e Desenvolvimento Sustentável pelo UNIPÊ; Professora de Processo Penal da Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMA-PB); Juíza de Direito do Estado da Paraíba; Especialista em Direito Processual Penal pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ).

[2] Professor da Graduação e do Programa de Pós-Graduação do Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ); Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra; Mestre em Direito Econômico pela UFPB.

[3] STF, HC 104410, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, data do julgamento: 06/03/2012, DJe 27/03/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP& docID=1851040>. Acesso em: 26 jan. 2021.

[4] Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta pessoal, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime: I- as penas aplicáveis, dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentre os limites previstos; III – o regime inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade; IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada por outra espécie de pena, se cabível.

[5] STJ, AI no HABEAS CORPUS Nº 239.363 – PR (2012/0076490-1), T6, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 10/04/2015. Disponível em:

<https://www.jurisite.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2017/08/AI-no-HC-239.363-PR.pdf>. Acesso em: 06 de fev. de 2021.

[6] STJ, HABEAS CORPUS Nº 596.603 – SP (2020/0170612-1), Rel. Min. Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/08092020%20HABEAS%20CORPUS%20N%C2%BA%20596603.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2021.

[7] STF, Ag. Reg. no RE 1.244.706 – MG, T1, Rel. Min. Luiz Fux, data do julgamento: 20/12/2019, Dje 13/02/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur419035/false>. Acesso em: 09 fev. 2021.

[8] STF, HC 82.959-7/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, data do julgamento: 23 de fev. de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em: 09 fev. 2021.

[9] STF, HC 104.339/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, data do julgamento: 10 de mai. de 2012. Dje 05 de dez. De 2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22869940/habeas-corpus-hc-104339-sp-stf>. Acesso em: 09 fev. 2021.

[10] STF, HC 126.292. Rel. Min. Teori Zavascki, data do julgamento: 02 de set. de 2016. Dje: 06 de fev. de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>. Acesso em: 10 fev. 2021.

[11] *STF. Ações Diretas de Constitucionalidade n.º 43, 44 e 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, data do julgamento: 07 de nov. de 2019, Dje: 12 de nov. de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359&ori=1>. Acesso em: 10 fev. 2021.*