

# A MODERNIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: UMA NECESSÁRIA DIALÉTICA

The modernization of penal law and the principle of proportionality: a necessary dialogue

*Adaltrio Cristiano Zorzan*<sup>72</sup>

*José Francisco Dias da Costa Lyra*<sup>73</sup>

## Resumo

---

O trabalho analisa o fenômeno da expansão/modernização do Direito Penal na complexa e moderna sociedade do risco, bem como a necessária proteção de bens jurídicos coletivos. Assim, estabelece uma dialética entre a modernização do controle penal e o princípio da proporcionalidade.

## Palavras-chave

Expansão. Direito penal. Princípio da proporcionalidade. Modernização.

## Abstract

---

The present paper looks into the phenomenon known as the expansion/modernization of Penal Law in the complex and modern risk society, as well as the necessary protection of collective legal interests. Being so, it establishes a dialogue between the modernization of criminal control and the principle of proportionality.

## Keywords

Expansion. Penal law. Principle of proportionality. Modernization.

## INTRODUÇÃO

Uma sociedade moderna, em que as pessoas se sentem cada vez mais inseguras e desprotegidas, afigura-se como o ambiente propício para uma expansão do Direito Penal, fenômeno também chamado de modernização do Direito Penal. Com Jesús María Silva Sanchez, verifica-se que o fenômeno expansionista não é monocausal e surge

72 Bacharel em Direito pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo – IESA, advogado. E-mail: adaltrozcz@hotmail.com.

73 Doutor em Direito pela Unisinos. Mestre em Direito pela Uninui-RS. Especialista em Direito pelo IESA e pela Unijuí. Juiz de Direito. Professor de Direito Penal no IESA e na URI, Santo Ângelo-RS. E-mail: jfdclyra@tj.rs.gov.br.

como um produto de uma sociedade com novas expectativas com relação ao Direito Penal, visto agora como uma ‘cura para todos os males’, o que conduz a uma reflexão sobre a tutela dos bens jurídicos difusos e coletivos, divergindo a doutrina quanto à possibilidade de sua proteção pela norma penal.

Na primeira parte do estudo, o foco recaiu sobre as razões que explicam a mudança de comportamento de uma sociedade – sociedade do risco – que passou, de forma unânime, a perceber o Direito Penal como um instrumento de proteção dos cidadãos, superando a antiga divergência própria dos debates clássicos deste ramo do Direito. Em um segundo momento, lança-se o olhar sobre a idoneidade da norma penal para proteger bens difusos e coletivos, em oposição à visão herdada do ideário liberal-individualista. Por fim, procede-se a um incursão no debate sobre o princípio da proporcionalidade e suas duas ‘faces’, trazendo à baila a discussão a respeito da possibilidade de se restringirem ou limitarem os direitos fundamentais, o que se faz mediante a análise da relação entre o princípio em questão e o Direito Penal.

## A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E AS SUAS CAUSAS

O contexto da sociedade moderna, também definida como sociedade do risco<sup>74</sup>, apresenta o cenário propício para a expansão – ou modernização – do Direito Penal. A forte sensação de insegurança, vivenciada pelos cidadãos de modo geral, e a busca por proteção a bens jurídicos coletivos, alguns já mais escassos, tornam corriqueiro o recurso ao Direito Penal como uma espécie de “cura para todos os males”, suscitando o debate acerca de quais bens – e até que ponto – devem ser protegidos pela norma penal, vista até então como a *ultima ratio*.

Longe de ser monocausal, além de não poder ser imputado – ao menos exclusivamente – à abundância legislativa do Estado, o fenômeno expansionista tem “causas mais profundas”, como aponta

74 Ver BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Tradução de Jorge Navarro. Barcelona: Paidós, 2006.

Jesús María Silva Sánchez, deitando suas raízes em um modelo social com novas expectativas em relação ao papel destinado ao Direito Penal.<sup>75</sup> Conforme refere o autor, o quadro caracteriza o *modus vivendi* típico das sociedades pós-modernas, que clamam por mais proteção e segurança, depositando cada vez mais suas expectativas no Direito Penal. Ao contrário do que ocorrera com o movimento *law and order* na década de 70 (do século passado), agora há uma “rara unanimidade”, tendo a tradicional divergência inerente aos debates clássicos do Direito Penal sido substituída por um “consenso geral, ou quase geral, sobre as ‘virtudes’ do Direito Penal como instrumento de proteção dos cidadãos”<sup>76</sup>.

Na esteira de Sánchez, a expansão do Direito Penal seria uma consequência natural do surgimento de novos bens jurídicos, principalmente aqueles que se agudizam na era da escassez, como o meio ambiente, bem como os demais bens jurídicos de natureza coletiva ou difusa. A tecnologia, por seu turno, também gera novos riscos para os cidadãos, à medida que se torna difícil prever e controlar as consequências do manejo das novas tecnologias pelo homem. Demais disso, a competitividade da sociedade tecnológica exclui alguns cidadãos, que passam a ser percebidos pelos demais como fonte de riscos, sem olvidar, também, da questão da ciberdelinquência<sup>77</sup>.

Nesse ambiente da inovação tecnológica, a insegurança parece estar “institucionalizada” no seio da sociedade, haja vista que ainda não é possível prever as possíveis consequências nocivas do uso de certos produtos, tecnologias e substâncias, até porque tais efeitos somente se manifestarão anos depois de realizada a conduta. A insegurança também reside na própria convivência entre os membros de uma sociedade que confia cada vez mais a terceiros a responsabilidade e a guarda de seus bens. Com efeito, levando-se em conta que, no mais das vezes, os resultados se produzem a longo prazo e em um “contexto geral de incerteza sobre a relação causa-efeito”, torna-se cada vez mais comum a utilização dos tipos de perigo, visto que nesse

75 SÁNCHEZ, Jesús María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 23.

76 *Idem*, p. 25.

77 Cf. SÁNCHEZ, Jesús María Silva, *op. cit.*, p. 29.

panorama os delitos de resultado/lesão “se mostram crescentemente insatisfatórios”<sup>78</sup>. Em última instância, esse compromisso com a proteção de esferas alheias se traduz no agravamento dos delitos de comissão por omissão.

Na chamada sociedade da insegurança sentida<sup>79</sup>, a velocidade com que as coisas evoluem deixa as pessoas desorientadas, inseguras e, em meio a esse contexto de complexidade, a segurança acaba por se transformar em uma demanda social direcionada ao Estado e, em especial, ao Direito Penal, encarregado, agora, de por fim, ao menos simbolicamente, à aflição proveniente da insegurança. Tal movimento se opõe aos clássicos movimentos sociais de restrição do Direito Penal<sup>80</sup>.

Importa destacar que também concorre para a expansão do Direito Penal o caráter *passivo* de uma sociedade em que os sujeitos se posicionam como alvos “dos efeitos nocivos do desenvolvimento”, identificando-se notadamente como vítimas dos delitos e buscando sempre um terceiro responsável a quem imputar o fato e os resultados, sejam eles patrimoniais e/ou penais<sup>81-82</sup>. Em uma sociedade como essa, menos pessoas assumem os riscos da produção, verificando-se uma diminuição do risco permitido e enaltecendo-se o valor da segurança.

Somam-se a isso, ainda, o descrédito das outras instâncias de proteção – sejam elas não jurídicas, ou mesmo jurídicas, porém não necessariamente as jurídico-penais, como a ética social, o Direito Civil e o Direito Administrativo – e a questão dos “gestores atípicos da moral”, como, por exemplo, as associações ecologistas, feministas e as ONGs que protestam contra a violação de direitos humanos em outras partes do mundo<sup>83</sup>, associações visivelmente propensas a apoiar uma crescente ampliação do Direito Penal como forma de proteger os seus respectivos interesses<sup>84</sup>.

78 SÁNCHEZ, Jesús María Silva, op. cit., loc. cit.

79 Denominação criada por Jesús María Silva Sánchez.

80 Cf. SÁNCHEZ, Jesús María Silva, op. cit., p. 40-1.

81 SÁNCHEZ, Jesús María Silva, op. cit., p. 43.

82 Ver LYRA, José Francisco Dias da Costa. *A criminalização racista do imigrante e o subsistema penal da exceção: a alteridade do imigrante convertida em fonte de risco e o direito (?) penal*. São Leopoldo: UNISINOS, 2011. Tese (Doutorado em Direito), Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2011, p. 25 -6.

83 Cf. Sánchez, Jesús María Silva, op. cit., p. 62.

84 Cf. Sánchez, Jesús María Silva, op. cit., p. 63, o problema, que aparentemente é ignorado, é que essas demandas de criminalização, muitas vezes atendidas, são inadequadas e ferem os princípios gerais do Direito Penal.

Em face a esse quadro, Sánchez vê um resultado desalentador, a uma, porque o recurso ao Direito Penal como a única forma de socializar, de civilizar, implica uma “expansão *ad absurdum* da outrora *ultima ratio*”, e, a duas, porque essa expansão é em grande parte inútil, pois “transfere ao Direito Penal um fardo que ele não pode carregar”<sup>85</sup>.

## A QUESTÃO DOS BENS JURÍDICOS PENAIS DIFUSOS E COLETIVOS

A discussão em tela reveste-se de inegável relevância, pois, mesmo diante do cenário descrito anteriormente, a sociedade, que convive com o fenômeno da expansão do Direito Penal, dele não pode abrir mão, pois se trata de ferramenta imprescindível para regular as complexas relações da vida coletiva. Questão central do debate, aliás, é aquela relacionada com o nascimento de novos bens merecedores de proteção penal. Como assevera Santiago Mir Puig, o controle penal não se presta à defesa de valores puramente morais<sup>86</sup>. A função do Direito Penal é, então, proteger aqueles bens jurídicos que são mais caros à sociedade, ou, no dizer de Maria Luiza Schäffer Streck, os interesses dotados de “relevância constitucional ligados explícita ou implicitamente aos direitos e deveres fundamentais”<sup>87</sup>. Jorge de Figueiredo Dias, partilhando do pensamento de Sánchez, entende que a sociedade do risco carrega ao Direito Penal novas formas de perigo, definindo-os como megarriscos, provenientes, não da ação da natureza, mas da ação do homem, passíveis de ameaçar as gerações futuras, que merecem, desde já, proteção<sup>88</sup>.

Nesse estado da arte, demarcado pela “crise do crescimento do controle penal”, sobressai a discussão central acerca dos bens jurídicos difusos e coletivos, notadamente o meio ambiente e a ordem econômica, que são dotados da relevância constitucional referida por Maria Streck. A questão ainda está longe de atingir um consenso doutrinário, dando vazão a pelo menos duas correntes distintas, uma

85 SÁNCHEZ, Jesús María Silva, op. cit., p. 63.

86 MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2005, p. 126-30.

87 STRECK, Maria Luiza Schäffer. *Direito penal e constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 40.

88 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra, 2004, T. 1, p. 126-30.

que restringe os bens penalmente relevantes à categoria dos bens individuais e outra, mais aberta, que admite a tutela penal dos bens coletivos.

Winfried Hassemer, representante da escola liberal clássica, também conhecida como “Escola de Frankfurt”, defende que a função do controle penal se refere à proteção dos bens jurídicos individuais ou funcionalizados a partir deles, entendendo que a política criminal moderna não tenta descriminalizar ou atenuar as penas, mas sim criar novos delitos e agravar as penas dos existentes, concentrando-se em tipos e cominações penais e sem interesse nas suas consequências<sup>89</sup>. Para Hassemer, o meio ambiente e a economia, por exemplo, não são bens jurídicos clássicos de algum modo perceptíveis pelos sentidos, sendo, na sua opinião, “bens jurídicos universais que são descritos de maneira tão vaga e com traços tão amplos que podem justificar qualquer tipo de cominação penal”<sup>90</sup>. Na visão restritiva de Hassemer, a penalização de condutas que agridem bens coletivos redundaria em um controle penal utilizado com ares de ferramenta de uma política de segurança. Assim, há que se eliminar a “modernidade” do Direito Penal<sup>91</sup>.

Como forma de estancar este ‘ímpeto modernizador’ do Direito Penal, Hassemer advoga em prol da manutenção de um “Direito Penal nuclear”, voltado à proteção dos bens jurídicos individuais, aduzindo que os bens jurídicos coletivos podem ser incluídos no sistema penal, mas implementados a partir dos bens jurídicos individuais. Para o autor, a solução para a questão da modernização do Direito Penal passa por um “Direito de intervenção especial”, localizado em uma posição intermediária entre o sistema penal clássico e o chamado “Direito da contrariedade à ordem pública”, ou talvez entre o Direito Civil e o Direito Público, dotados de menos garantias que o Direito Penal, mas, por outro lado, com poder sancionador menos gravoso, de modo a evitar uma abordagem unicamente simbólica do controle

---

89 HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Traduzido por Francisco Muñoz Conde e M<sup>a</sup> del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999, p. 88.

90 HASSEMER, Winfried, op. cit., loc. cit.

91 Idem, p. 67-8.

penal.<sup>92</sup> Em suma, para Hassemer e seus seguidores, a tutela penal deve ser reservada para os bens jurídicos, mas estes devem ser vistos sob o prisma de um princípio negativo, consistente em não permitir a criminalização de toda e qualquer conduta lesiva a um bem jurídico.

A teoria pessoal do bem jurídico, defendida por Hassemer, tem sido alvo de pesadas críticas, que partem, por exemplo, de Bernd Schünemann, que classifica essa dicotomia entre Direito Penal clássico e Direito Penal moderno como insuficiente e parcial, pois o dito Direito Penal clássico tem em sua mira tão somente os crimes patrimoniais, praticados normalmente por cidadãos de menor poder aquisitivo, recorrente e preferencialmente atingidos pela norma penal<sup>93</sup>.

Na mesma esteira, Lênio Luiz Streck leciona que esta visão “clássica” do Direito Penal é uma herança dos ideais liberais-individualistas, com visível predominância das relações de poder, naquilo que classifica como direito penal de classe, consistindo em um desafio a superação de tal modelo<sup>94</sup>. Dessarte, a corrente capitaneada por Schünemann se coloca em um sentido diametralmente oposto à de Hassemer. Com efeito, para Schünemann, apenas o Direito Penal está apto a proteger de maneira eficiente bens jurídicos como o meio ambiente e a ordem econômica, pois o Direito Civil ou o Direito Público não oferecem motivos para que o homem econômico se abstenha de praticar o delito, dada a baixa carga sancionadora de que são dotados, até porque, acrescente-se, os delitos que lesam tais bens são normalmente praticados por pessoas dotadas de bom poder aquisitivo, sendo a pena de multa, por exemplo, inócua.

Luis Gracia Martín, defensor do “discurso da modernização”, afirma que ambas as correntes “se desenvolvem precisamente em torno de um conceito material de delito”, salientado que a diferença está nos “referentes axiológicos do conceito material de delito”<sup>95</sup>. É

92 HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Traduzido por Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 205-7.

93 SCHÜNEMANN, Bernd. *Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?* In: Obras. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 18.

94 STRECK, Lênio Luiz. *O princípio da proibição da proteção deficiente (Untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: Superando o ideário liberal-individualista-clássico*. Porto Alegre: Lênio Luiz Streck. Disponível em <www.leniostreck.com.br>. Acesso em 6 abr. de 2012.

95 MARTÍN, LuisGracia. A modernização do direito penal como exigência da realização do postulado do estado de direito (Social e Democrático). *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. 88, jan.-fev. 2011, p. 109.

que, para a “Escola de Frankfurt”, só encontra amparo no Estado de Direito um Direito Penal “nuclear”, voltado à proteção de bens jurídicos individuais, somente se cogitando da proteção de bens jurídicos coletivos quando os ataques a esses bens implicassem, ao mesmo tempo, ataques aos bens individuais que lhes ofereçam substrato. Para Martín, esse discurso – da resistência – é dotado de um caráter “perverso e retrógrado”<sup>96</sup>. Nesse diapasão, Martín afirma que as garantias do Direito Penal liberal ocultam funções que não as declaradas, mas assentadas, na realidade, em relações de classe e de poder que estão em sua base.

Com Martín, é possível afirmar que a inclusão dos bens jurídicos coletivos e difusos não seria uma inovação do Direito Penal moderno, como apregoado pelo discurso da resistência – corrente restritiva, pois já os Códigos Penais do século XIX traziam tipos penais protetivos de bens dotados dessas características, como o falso testemunho, a falsificação de moeda ou as falsificações de instrumentos do tráfico jurídico e econômico, que tutelavam, respectivamente, a Administração da Justiça, a moeda ou a fé pública. Na verdade, o discurso da resistência não diz realmente com a proteção penal de bens jurídicos coletivos, mas sim com a “tutela dos substratos que se pretende hoje arrogar ao amparo do Estado social, como, por exemplo, o ambiente e os recursos naturais, os recursos tributários ou as condições mínimas do contrato de trabalho”, substratos que o sistema liberal não poderia proteger, porque com isso estaria limitando a livre existência da sociedade burguesa<sup>97</sup>.

De qualquer maneira, superada a questão da tarefa do Direito Penal – proteção dos bens jurídicos –, o debate se volta aos bens jurídicos merecedores da proteção penal. Nesse debate, a razão parece estar com Wolfgang Wohlers,<sup>98</sup> que, na mesma linha doutrinária de Schünemann, entende que não se deve distinguir entre bens individuais e coletivos, pois a esfera pessoal de liberdade dos indivíduos

---

96 MARTÍN, Luis Gracia, op. cit., p. 111.

97 Idem, p. 119.

98 WOHLERS, Wolfgang. *Teoria do bem jurídico e estrutura do delito*. Tradução de Alaor Leite. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 90, p. 97-107, maio/jun. 2011.



engloba os pressupostos fundamentais para o pleno desenvolvimento dessa liberdade, sejam eles classificados como bens individuais ou coletivos. Com efeito, a liberdade pessoal de um indivíduo pode ser ofendida tanto por meio de ações lesivas a bens individuais, como o seu patrimônio pessoal, como por condutas gravosas, por exemplo, ao meio ambiente, de modo que não se pode justificar a exclusão de determinado bem da tutela do Direito Penal simplesmente por se tratar de um bem coletivo. Com relação aos delitos ambientais, por exemplo, Schünemann apregoa estar-se diante da pedra fundamental do delito<sup>99</sup>, e vai além, aduzindo que é da essência do Direito proteger a conservação das bases de subsistência da humanidade com os meios mais rigorosos de que dispõe, ou, em outras palavras, com o Direito Penal, que, no âmbito da sociedade industrializada, está incumbido de assegurar as condições necessárias ao desenvolvimento do indivíduo e da coletividade<sup>100</sup>.

Historicamente, a ideia de lesividade social como expressão do delito é altamente empírica, fazendo-se necessária a ocorrência de danos externamente perceptíveis a bens descritivamente concebidos. Para que haja um delito, deve haver um comportamento capaz de causar dano a um bem jurídico socialmente relevante, e inexistente, fora do sistema do Direito Penal, uma definição do que vem a ser um bem jurídico que já esteja pronta, bastando que seja encontrada. A analogia trazida por Schünemann é esclarecedora e convincente: a força probatória de documentos e o poder de disposição sobre dados eletrônicos originados em computadores só é possível em uma sociedade capaz de produzir documentos e de usar computadores; da mesma forma, a integridade do meio ambiente como bem jurídico das gerações futuras de maneira similar à propriedade privada só pode ser compreendida quando a sociedade possui capacidade de destruir o meio ambiente<sup>101</sup>. Além disso, acrescenta Schünemann, é falsa a

99 SCHÜNEMANN, Bernd. *La teoría de la protección del bien jurídico como base del derecho penal en la época de la globalización*. In: Obras. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 82.

100 SCHÜNEMANN, Bernd. *Sobre la dogmática y la política criminal del derecho penal del medio ambiente*. In: Obras. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 310.

101 SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema del ilícito jurídico-penal: concepto de bien jurídico y victimodogmática como enlace entre el sistema de la parte general y la parte especial*. In: Obras. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 339-40.

premissa adotada pela escola de Frankfurt segundo a qual os bens jurídicos ambientais só seriam merecedores de proteção penal quando se pudessem identificar os indivíduos atingidos, de modo que uma ação lesiva ao meio ambiente sem efeitos negativos para a população do local atingido configuraria, no máximo, uma contravenção.

Na realidade, a manutenção do meio ambiente é, essencialmente, uma questão de justiça distributiva entre sucessivas e contínuas gerações, cabendo à geração atual, que dispõe dos recursos renováveis e dos não renováveis, utilizar estes últimos de maneira proporcional. Assim, conclui, os delitos ambientais enquadram-se no conceito de delitos patrimoniais em sentido amplo<sup>102</sup>. Portanto, o discurso da modernização busca trazer para a teoria do bem jurídico a proteção a bens jurídicos que superem aqueles de natureza estritamente individual, dado que uma lesão a bens daquela natureza lesionam toda a coletividade.

Como pontua Martín, um dano social desse porte sempre é fruto de “certas ações típicas de uma liberdade de fato superabundante e ilimitada”<sup>103</sup>. E explica que nem todos os grupos de indivíduos estão aptos a desfrutar totalmente dos benefícios advindos dos bens individuais, pois grande parcela da população a eles só tem acesso de “modo escasso”, de modo que, a título de exemplo, determinados “usos e modos de aquisição da propriedade geram um abuso com tendência ao esgotamento dos recursos naturais e a uma verdadeira catástrofe ecológica”<sup>104</sup>, de modo que “a proibição e, conforme o caso, a cominação da pena estatal sejam legítimas, os substratos do ambiente e dos recursos naturais devem apresentar a condição de bens jurídicos”<sup>105</sup>.

## O DIREITO PENAL E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Temática interessante e capaz se suscitar indagações é aquela relacionada com a possibilidade de se limitarem ou restringirem os

102 SCHÜNEMANN, Bernd. *Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?* In: Obras. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 28.

103 MARTÍN, Luis Gracia, op.cit., p. 130.

104 Idem, ibidem.

105 Idem, ibidem.

direitos fundamentais. A doutrina e os tribunais entendem que os direitos fundamentais não são absolutos, mas fazem a ressalva de que qualquer limitação deve encontrar fundamento na Constituição. Nesse contexto, eventuais limites e restrições aos direitos fundamentais despontam como um dos efeitos do princípio da proporcionalidade, que pode ser encontrado já na Carta Magna de 1215<sup>106</sup> e na Declaração de Direito do Homem e do Cidadão de 1789, tendo sido originariamente concebido como forma de limitação imposta ao poder público, encontrando abrigo no princípio da legalidade e passando a irradiar seus efeitos sobre todo o sistema normativo<sup>107</sup>.

Assim, o princípio da proporcionalidade surgiu originariamente a partir da compreensão de que até mesmo o Estado deve submeter-se às leis que cria, de modo que as liberdades individuais possam ser respeitadas mesmo diante dos interesses estatais, o que explica a sua aplicação (clássica) no campo do Direito Administrativo. Contudo, com o advento do controle jurisdicional, a questão se estendeu ao controle da atuação dos órgãos do Poder Executivo, no sentido de prevenir ofensas aos direitos fundamentais, sendo que atualmente a obrigação de observância dos direitos fundamentais por parte do Poder Legislativo também está relacionada com a ideia de princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional<sup>108</sup>.

Em que pese não esteja expressamente previsto no texto da Constituição, o princípio da proporcionalidade já ganhou *status* constitucional, devido à sua estreita ligação com os direitos fundamentais, que, no dizer de Paulo Bonavides, são o elo de ligação entre o aludido princípio e o Direito Constitucional<sup>109</sup>. Tal reconhecimento dado a esse princípio resulta, em grande parte, da jurisprudência. Com efeito, a corte constitucional alemã já reconhecia, em 1965<sup>110</sup>, a estatura jurídico-constitucional do princípio da proporcionalidade. No Brasil, o STF já demonstrou tendência a enxergar a proporcionalidade como mandamento constitucional com base na disciplina dada

106 O art. 8º da Carta Magna proclama: "A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias [...]".

107 Cf. FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 81.

108 Cf. STRECK, Maria Luiza Schäfer, op. cit., p. 64.

109 Cf. BONAVIDES, Paulo. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 395.

110 Ver a sentença "BVerfGE 19, 342 (348)", do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

pela Constituição ao tema do devido processo legal, como salienta Luciano Feldens<sup>111-112</sup>. O Tribunal Constitucional Espanhol também fez referência expressa ao princípio da proporcionalidade na *Sentencia 55*, de 1996, e na *Sentencia 136*, de 1999. Dessarte, o signo constitucional do princípio em questão é consenso não apenas doutrinário, mas também nas jurisprudências brasileira e europeia.

Para uma melhor compreensão acerca do significado do princípio da proporcionalidade, é necessário estudar as suas ‘parciais’, a saber, (a) adequação, (b) necessidade e (c) proporcionalidade em sentido estrito. À análise dessas três parciais a doutrina dá o nome de ‘teste da proporcionalidade’, levado a efeito pela primeira vez na decisão BVerfGE 30 do TCF alemão. No contexto do referido teste, o exame de adequação e necessidade irá compor a proporcionalidade *em sentido amplo*, segundo o qual “o meio previsto pelo legislador deve ser adequado e exigível para alcançar o objetivo proposto”, nos exatos termos da referida sentença. Para a corte alemã, “um meio é considerado adequado quando mediante sua utilização torna-se possível lograr o resultado desejado”, e é considerado necessário “quando o legislador não poderia ter optado por um meio distinto, igualmente eficaz, que não limitasse, ou que o fizesse em menor grau, o direito fundamental”<sup>113</sup>. A proporcionalidade em *sentido estrito*, por seu turno, consiste, conforme Feldens, em um “juízo de ponderação, havendo de verificar-se a partir da constatação de que a gravidade da intervenção e suas razões justificativas devem estar em adequada proporção, a indicar que as vantagens da promoção do fim superam as desvantagens da intrusão no âmbito do direito fundamental restringido”<sup>114</sup>.

Na seara penal e processual penal, a questão do teste da proporcionalidade ganhará mais importância, já que frequentemente se estará diante de uma possibilidade real de restrição dos direitos fundamentais. Muitas vezes, os direitos fundamentais atuarão como

111 Cf. FELDENS, Luciano, op. cit., p. 82.

112 Recomenda-se a leitura da ementa do julgamento da ADIN 2667, de 19/06/2002, que faz referência explícita ao princípio da proporcionalidade.

113 ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. Decisão BVerfGE 30. Disponível em STRECK, Maria Luiz Schäfer, op. cit., p. 66

114 FELDENS, Luciano, op. cit., p. 82.

obstáculos à intervenção do Estado, impedindo-o de intervir em bens jurídicos do indivíduo, o que pode ocorrer no âmbito do processo penal quando se lança mão de certas medidas restritivas de direitos como a prisão preventiva ou uma ordem de busca e apreensão.<sup>115</sup> Sob a óptica da proporcionalidade, qualquer intervenção estatal nos direitos fundamentais, ainda que necessária, somente será possível quando for passível de justificação com base em mandamentos de ordem constitucional, sejam eles explícitos ou, como ocorre com o princípio da proporcionalidade, implícitos.

Contudo, os direitos fundamentais nem sempre se apresentam como direitos *contra o Estado*, senão como direitos que cobram *atuação positiva*. Esta é a ‘outra face’ do princípio da proporcionalidade, também conhecida como princípio da proibição da proteção deficiente. Como observa Feldens, na concepção clássica, os direitos fundamentais são sempre oponíveis ao Estado, obrigando-o a uma não intervenção, perspectiva segundo a qual o poder público era sempre um violador em potencial dos direitos fundamentais<sup>116</sup>. Olvida-se, no entanto, que não apenas o Estado, mas também os particulares violam os direitos particulares das outras pessoas, como a vida, a liberdade e a integridade física<sup>117</sup>. Em decorrência disso, teve lugar uma evolução da dogmática constitucional que deu aos direitos fundamentais uma nova interpretação, desta vez não como mero comando negativo – abstencionismo estatal – mas também como exigência de atuação positiva. Daí falar-se, como faz Feldens, em dupla missão estatal: respeitar os direitos fundamentais (perspectiva negativa) e, ao mesmo tempo, protegê-los (perspectiva positiva) de lesões ou ameaças de terceiros<sup>118</sup>.

No Brasil, essa mudança de paradigma teve lugar a partir do advento da Constituição Federal de 1988, que proporcionou, segundo Maria Streck, “a inserção de um arcabouço principiológico, responsável por conferir, ao indivíduo e à sociedade, uma ‘blindagem’ contra as arbitrariedades estatais, bem como garantais de efetivação

115 Idem, *ibidem*.

116 FELDENS, Luciano, *op. cit.*, p. 58.

117 Cf. Feldens, Luciano, *op. cit.*, *loc. cit.*

118 Idem, *ibidem*.

dos direitos fundamentais”, não sendo possível analisar o Direito Penal e o Direito Processual Penal “sob o prisma de um modelo que serviu de base para as teorias liberal-individualistas do século XIX”<sup>119</sup>. Dessarte, no estado da arte atual, é possível falar em duas acepções de garantismo: garantismo negativo, que se traduz na concepção clássica dos direitos fundamentais como garantias contra o Estado (não intervenção; abstenção estatal), e garantismo positivo, a demandar do Estado uma atuação positiva no sentido de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais. Na jurisprudência internacional, passo determinante para o entendimento de que os direitos fundamentais teriam, efetivamente, a função de direitos positivos foi dado pelo TCF alemão, no julgamento do caso Lüth [BVerfGE 7 (198), 15/01/1958], caso recorrentemente referido pela doutrina.

Em resumo, tem-se que o caso envolvia, em lados opostos, um diretor de cinema chamado Veit Harlan, que produziu por volta de 1950 (pós-guerra) um novo filme antissemita, e Erich Lüth, líder do clube de imprensa de Hamburgo e que lutava pela reconciliação entre alemães e judeus. Lüth iniciou um boicote ao filme de Harlan, incitando os donos de cinema a não exibi-lo e a população em geral a não assisti-lo. Harlan e as companhias de cinema obtiveram êxito em ação judicial perante o Tribunal de Hamburgo, baseada no Código Civil, em que almejavam impedir Lüth de continuar com o boicote. Lüth então ajuizou recurso constitucional alegando que a decisão feria o seu direito à liberdade de expressão, garantido pelo art. 5º da Constituição alemã. As companhias contestaram, sustentando que os direitos fundamentais seriam tão somente oponíveis contra o Estado, não tendo validade nas relações jurídico-privadas (entre indivíduos). Ao final, o Tribunal Constitucional Federal alemão concluiu que a decisão do Tribunal de Hamburgo violara, de fato, o direito fundamental de Lüth à liberdade de expressão<sup>120</sup>.

Como aponta Feldens, na decisão, o TCF entendeu que a Constituição alemã, no ponto que trata dos direitos fundamentais, instituiu uma *ordem objetiva de valores*, que, “como decisão jurídico-

119 STRECK, Maria Luiza Schäfer, op. cit., p. 52.

120 Cf. FELDENS, Luciano, op. cit., p. 62.

constitucional fundamental, deve valer para todas as esferas do direito, influenciando assim também o Direito privado”, referindo-se, pois, a um *efeito de irradiação*, sendo “necessário fazer valer para o Direito privado o conteúdo axiológico dessa ordem objetiva de valores ditada pelos direitos fundamentais”<sup>121</sup>. Tal episódio é fundamental porque sedimenta o entendimento de que os direitos fundamentais podem ser invocados para se exigir do Estado uma atuação que os assegure quando um terceiro particular pratica qualquer tipo de violação, funcionando como uma ordem ou um mandamento de ação positiva.

Para Claus-Wilhelm Canaris, as funções clássicas dos direitos fundamentais (proibição de intervenção e imperativos de tutela) devem orientar as decisões judiciais, pois estas restringem aqueles direitos<sup>122</sup>. Portanto, Canaris faz uma distinção dos direitos fundamentais segundo a sua função, demonstrando que eles atuam ora como proibição de intervenção, ora como imperativos de tutela, e, muito embora se posicione no sentido de que apenas o Estado é destinatário dos direitos fundamentais, para o autor alemão é clara a razão pela qual os cidadãos também são afetados, já que no campo jurídico-privado o Estado e a ordem jurídica também têm como pressuposto a proteção de um cidadão perante o outro<sup>123</sup>.

Nesse passo, partindo-se do pressuposto de que, no Estado Democrático de Direito, o papel do Direito Penal é preservar e garantir os direitos fundamentais, tem-se como correta a visão de Daniel de Resende Salgado, segundo a qual o Direito Penal é um instrumento de defesa do cidadão e da coletividade contra aqueles cujas condutas ofendem os bens jurídicos mais preciosos, entre os quais destacam-se os bens de natureza coletiva ou difusa<sup>124</sup>. Por isso, pondera Salgado, há que se superar a visão do sistema penal como simples ferramenta de opressão ou dominação, especialmente no que toca aos crimes de grande lesividade difusa<sup>125</sup>.

121 FELDENS, Luciano, op. cit., p. 62.

122 CANARIS, Claus-Wilhelm, op. cit., p. 51.

123 Idem, p. 58.

124 SALGADO, Daniel de Resende. *O sistema penal em crise*. São Paulo, mar. 2009. Revista Artigo 5º, São Paulo, ano II, ed. 7, p. 6-10, mar. 2009. Entrevista concedida à delegada federal Dominique de Castro Oliveira.

125 Idem, ibidem.

A par dessa noção do sistema penal como ferramenta estatal a ser usada em prol do cidadão, deve-se ter como inadmissível qualquer percepção acerca do Estado que não aquela que o considere um aliado na busca pelo bem-estar, apesar das suas falhas e imperfeições. Salgado, aliás, lembra que todo o aparato estatal de persecução criminal coloca o Estado ao lado do cidadão e da sociedade, e não contra eles<sup>126</sup>, entendimento que vai ao encontro daquele preconizado por Feldens, que, embora não deixe de reconhecer que os segmentos sociais tradicionalmente marginalizados só se relacionam com o Direito quando são apanhados pelo Direito Penal, entende que não se deve generalizar, concebendo o Estado como um “Leviatã desencilhado, de signo absolutista, como se nada tivesse passado entre meados do século XVIII e os dias atuais”<sup>127</sup>.

## O ESTADO SOCIAL E A VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

As garantias constitucionalmente positivadas, representadas pelos direitos fundamentais, em ambas as suas funções, justificam o entendimento segundo o qual se impõem ao Estado os deveres de proteção, até porque é vedada a autodefesa. É esse o entendimento de Feldens, para quem a função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela se traduz em deveres de proteção<sup>128</sup>. A par dessa compreensão acerca dos direitos fundamentais, há outra questão relevante, levantada por José Paulo Baltazar Junior que, embora simplória, merece ser trazida à tona: a sociedade contemporânea não tem seus direitos fundamentais agredidos ou ameaçados unicamente pelo Estado, mas também por “outros centros de poder, privados, em relação aos quais não dá respostas adequada a visão tradicional dos direitos fundamentais como direitos de defesa”<sup>129</sup>.

Nesse contexto, o princípio da proibição de insuficiência surge como evolução dogmática, ou como dito pela doutrina, como a “face

126 Idem, *ibidem*.

127 FELDENS, Luciano, *op. cit.*, p. 14.

128 Cf FELDENS, Luciano, *op. cit.*, p. 73.

129 BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 49.



oculta” do princípio da proporcionalidade, fazendo-se necessário, porém, sublinhar que defender a existência de uma proibição da insuficiência como conteúdo objetivo dos direitos fundamentais não significa negar a existência (e a necessidade) da vedação do excesso. Pelo contrário, essas duas ‘faces’ da proporcionalidade devem coexistir num Estado Social e Democrático de Direito.

Na Alemanha, a proibição de insuficiência está inscrita na Lei Fundamental, no art. 1.1, que reza: “A dignidade da pessoa humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais”<sup>130</sup>. Como se nota, a obrigação estatal vai além de meramente respeitar a dignidade humana, impondo-se ao Estado o dever de protegê-la contra agressões de terceiros. Ora, se até mesmo Hobbes, com sua doutrina absolutista, entendia que o Estado, visto como um homem artificial, de maior estatura e força, fora criado para a proteção e a defesa do homem<sup>131</sup>, como negar, na sociedade contemporânea, a existência de uma obrigação Estatal de garantir a segurança dos cidadãos, quando tal garantia é prevista na própria Constituição? Efetivamente, no Brasil, o *caput* do art. 5º da Constituição Federal não apenas elenca como também *garante* uma série de direitos aos brasileiros e aos estrangeiros aqui residentes, entre eles a segurança, o que demonstra que é dever do Estado proteger tais direitos, e não apenas respeitá-los. A respeito da retromencionada norma, José Afonso da Silva leciona que, apesar da referência à inviolabilidade do direito à segurança, tal direito deve ser compreendido como um conjunto de garantias, conceito compreendido no termo “segurança”<sup>132</sup>. E vai além, afirmando que esse rol de direitos “aparelha situações, proibições, limitações e procedimentos destinados a assegurar o exercício e o gozo de algum direito individual fundamental”, citando a “segurança das relações jurídicas (art. 5º, XXXVI), segurança do domicílio (art. 5º, XI), segurança das comunicações pessoais (art. 5º, IV) e segurança em matéria penal e processual penal (art. 5º, XXXVII-XLVII)”<sup>133</sup>.

130 Cf. BALTAZAR JUNIOR, op. cit., p. 54.

131 Assim escreveu HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2006: “[...] pela arte, é criado aquele grande Leviatã a que se chama Estado, ou Cidade (em latim Civitas), que nada mais é senão um homem artificial, de maior estatura e força do que o homem natural, **para cuja proteção e defesa foi projetado**. [...] *Salus Populi (a segurança do povo) é seu objetivo* [...]”.

132 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 72.

133 Idem, *ibidem*.

No que tange à segurança, Baltazar Junior assevera tratar-se de um bem jurídico condicionante e conformador do exercício dos demais direitos fundamentais, pois, sem segurança, torna-se inviável usufruir de outros direitos fundamentais e até mesmo desenvolver livremente a personalidade humana com dignidade<sup>134</sup>. A própria Constituição dá sustentação à lição do autor, pois é com base nela que se pode afirmar que na vigência do Estado Democrático de Direito, o Estado brasileiro é destinatário de um dever de proteção aos direitos fundamentais. Contudo, a leitura correta e sistemática da Carta Política demonstra que, além desse dever de proteção, há uma proibição, qual seja, a proibição de que a proteção seja precária, ou, dito de outro modo, insuficiente.

Ao Poder Legislativo, o princípio da legalidade penal (art. 5º, XXXIX) impõe dupla obrigação: editar, quando inexistentes, as normas penais destinadas a garantir a proteção jurídico-penal determinada pela Constituição, ou preservá-las, se já existentes, dentro de um patamar mínimo de proteção do direito fundamental.<sup>135</sup> Tendo o Poder Legislativo cumprido a sua obrigação, cabe, então, ao Poder Executivo intervir em defesa dos direitos fundamentais quando o exercício destes estiver diante de ameaças fáticas. Feldens faz referência a um “direito fundamental à ação policial para defesa de seus direitos e liberdades”, pontuando que a polícia “não goza de discricionariedade na decisão de agir”<sup>136</sup>. Nota-se, nesse caso, a presença concomitante de um direito (da sociedade) e de uma obrigação estatal de prover a segurança da sociedade, ínsita no art. 144 da Carta Constitucional e materializada pela irrenunciabilidade do dever de investigar eventual ameaça a direito fundamental e, sendo o caso, submeter o caso à apreciação judicial<sup>137</sup>. O Poder Judiciário, por seu turno, está incumbindo de prestar uma adequada e satisfatória tutela judicial, apreciando a causa penal em tempo hábil e razoável e, se for o caso, punindo a ofensa (a um direito fundamental) em questão<sup>138</sup>.

134 BALTAZAR JUNIOR, José Paulo, op. cit., p. 187.

135 Cf. FELDENS, Luciano, op. cit., 80.

136 FELDENS, Luciano, op. cit., 80.

137 Nesse sentido, FELDENS, Luciano, op. cit., p. 80.

138 Nesse sentido, FELDENS, Luciano, op. cit., p. 80.

O entendimento de Baltazar Junior se alinha ao de Feldens, ressaltando o primeiro, entretanto, que o Poder Legislativo é o destinatário principal do dever de proteção, haja vista a sua incumbência de municiar os demais poderes com as normas necessárias à sua atuação na proteção dos direitos fundamentais<sup>139</sup>. Em um tom mais incisivo, Baltazar Junior preconiza que, quando se incriminam certas condutas delituosas e criam-se formas de aplicação eficiente da justiça penal, o Estado não está apenas restringindo a liberdade do infrator, mas protegendo os direitos fundamentais e as liberdades das vítimas, pois os direitos fundamentais dessas também estão sofrendo agressões<sup>140</sup>. Ressalte-se que o fato de que a vítima também é detentora de direitos, e não apenas o agressor, é ignorado quando os direitos fundamentais são vistos simplesmente como direitos de defesa contra o Estado.

Evidentemente, não há razão na aplicação do Direito Penal e Processual Penal de maneira cega e desprovida de critérios, como se a norma penal fosse a solução para todos os problemas da sociedade. Contudo, é da mesma forma evidente que, em caso de violação de um direito fundamental, a sociedade tem garantido constitucionalmente o direito de receber do Estado a devida proteção, sob pena de se permitir que a liberdade de uns se sobreponha à dos demais.

Häberle, citado por Baltazar Junior, coloca a questão de maneira clara e direta: “Onde a liberdade do indivíduo não fosse assegurada penalmente contra as ameaças dos abusos da liberdade de outros, não se poderia mais falar no significado de uma liberdade ‘para a vida em conjunto’, O ‘mais forte’ impor-se-ia”<sup>141</sup>. Para Baltazar Junior, a Constituição de 1988 dá sustentação à busca do cumprimento do dever estatal de proteção por meio de medidas jurídico-penais, dada a existência de normas criminalizadoras ao longo de seu texto, sendo a indicação, por vezes, expressa, como é o caso, por exemplo, do art. 5º, incisos XLI (discriminação), XLII (racismo), XLIII (tortura, tráfico ilícito de drogas e terrorismo), e, por vezes, tácita, como a determinação

139 BALTAZAR JUNIOR, José Paulo, op. cit., p. 63.

140 Idem, p. 212.

141 HÄBERLE, Peter apud BALTAZAR JUNIOR, José Paulo, op. cit., p. 213.

do dever de proteção do direito fundamental à vida, que implica a inadmissibilidade da revogação da norma penal que incrimina o homicídio<sup>142</sup>.

Por óbvio, a aplicação do Direito Penal e do Direito Processual Penal estará também sujeita à aplicação do princípio da proibição de excesso, podendo também o legislador ordinário analisar se determinada conduta é passível de ser tipificada ou se outras medidas (administrativas, por exemplo) trariam melhor resposta ao problema. Por outro lado, carece de fundamento a tese segundo a qual a proteção dos direitos fundamentais e a aplicação do Direito Penal (e Processual Penal) – nos limites da Constituição – são mutuamente excludentes.

Alexy, nesse particular, fala em direito à proteção, cujo “espectro se estende desde a proteção frente a ações de homicídio do tipo clássico até a proteção frente aos perigos do uso pacífico da energia atômica”<sup>143</sup>. Para o autor alemão, assim como os bens passíveis de proteção são variados, incluindo, além da vida e da saúde, por exemplo, a dignidade, a liberdade, a família e a propriedade, também são variadas as formas de proteção, entre as quais cita as normas de direito penal e de direito processual<sup>144</sup>. Para Alexy, embora não se possa dizer que os direitos de proteção não apresentem tantos problemas como os direitos de defesa dirigidos a ações negativas do Estado, tais problemas não servem de suporte para que se renunciem tais direitos<sup>145</sup>.

Tem-se, portanto, que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao positivizar extenso rol de direitos e garantias, comprometeu-se não apenas a respeitá-los, mas também a protegê-los, obrigação estatal irrefutável. Deste modo, além do direito de não sofrer abusos em seus direitos fundamentais, a sociedade tem o direito de exigir que o Estado proteja esses direitos da agressão de terceiros. Ademais disso, é preciso que o legislador penal amplie a proteção aos bens de titularidade difusa ou coletiva, usando o Direito Penal (e Processual Penal), efetivamente, como uma ferramenta de defesa

142 BALTAZAR JUNIOR, op. cit., p. 213.

143 ALEXY, Robert, op. cit., p. 435-6.

144 ALEXY, Robert, op. cit., loc. cit.

145 ALEXY, Robert, op. cit., p. 441.

da sociedade, desprendendo-se do conceito liberal-individualista, que resulta, muitas vezes, em penas duras para os delitos praticados contra o patrimônio individual e deixam à mercê de criminosos detentores de considerável poder patrimonial os bens mais caros à sociedade.

## CONCLUSÃO

Com o estudo realizado, lançou-se um olhar sobre o fenômeno da expansão do Direito Penal e as suas principais causas, que remetem sempre ao estilo de vida de uma sociedade insegura (sociedade do risco). Com efeito, no âmbito de um modelo social em que as pessoas parecem ter perdido o controle da situação, novos bens jurídicos, novos riscos advindos da tecnologia, transferência da responsabilidade e guarda dos bens a terceiros, etc., o Direito Penal, de maneira consensual, surge como o remédio capaz de curar todas as mazelas. Paradoxalmente, embora o Direito Penal não esteja apto a suportar esse 'fardo', ele ainda representa uma ferramenta da qual a sociedade não pode prescindir, pois sem ele só restaria a autoproteção, o que não se cogita.

Ainda com relação ao papel do Direito Penal, o estudo também permite afirmar que ele está apto e constitui meio idôneo para prestar a proteção de que os bens jurídicos difusos e coletivos precisam, como defende Schünemann, para quem os demais ramos do Direito não são capazes de impedir o homem econômico de cometer um delito contra, por exemplo, a ordem econômica e o meio ambiente.

Por fim, abordando a questão do princípio da proporcionalidade e suas duas 'faces', exsurge a noção segundo a qual os direitos fundamentais se apresentam ora como direitos de defesa – contra o Estado – e ora como imperativos de tutela – comando de atuação estatal positiva – de modo que interpretá-los somente como direitos de defesa seria ignorar a evolução da dogmática constitucional, o que consistiria em inegável retrocesso. Essa maneira de ver os direitos fundamentais, aliás, incorpora o que a doutrina chama de princípio da proibição da proteção deficiente, a outra face do princípio da proporcionalidade, que atua simultaneamente com o princípio da vedação do excesso.

Merece destaque ainda a constatação de que, em decorrência da aplicação do princípio da proporcionalidade, casos há em que os direitos fundamentais poderão sofrer limitações ou restrições, pois não são absolutos. O cerne da questão reside, contudo, no fato de que só quando se encontra a justificativa na Constituição, poder-se-á impor alguma espécie de restrição a um Direito Fundamental. Assim, diante de um provável conflito de interesses igualmente importantes, a solução virá à tona a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Traduzido por Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009.

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

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra, 2004, T. 1.

HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Traduzido por Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

\_\_\_\_\_. *Persona, mundo y responsabilidad*. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Traduzido por Francisco Muñoz Conde e M<sup>a</sup> del Mar Díaz Pita. Valência: Tirant Lo Blanch, 1999.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. *A criminalização racista do imigrante e o subsistema penal da exceção: a alteridade do imigrante convertida em fonte de risco e o direito (?) penal*. São Leopoldo: UNISINOS, 2011. Tese (Doutorado em Direito), Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2011.

MARTÍN, Luis Gracia. A modernização do direito penal como exigência da realização do postulado do estado de direito (social e democrático). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 88, jan.-fev. 2011.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2005.

SALGADO, Daniel de Resende. *O sistema penal em crise*. São Paulo, mar. 2009. Revista Artigo 5º, São Paulo, ano II, ed. 7, p. 6-10, mar. 2009. Entrevista concedida à delegada federal Dominique de Castro Oliveira.

SÁNCHEZ, Jesús María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SÁNCHEZ, Jesús María Silva. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Buenos Aires: B de F, 2010.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?* In: Obras. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009.

\_\_\_\_\_. *El sistema del ilícito jurídico-penal: concepto de bien jurídico y victimodogmática como enlace entre el sistema de la parte general y la parte especial*. In: Obras. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009.

\_\_\_\_\_. *La teoría de la protección del bien jurídico como base del derecho penal en la época de la globalización*. In: Obras. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009.

\_\_\_\_\_. *Sobre la dogmática y la política criminal del derecho penal del medio ambiente*. In: Obras. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. São Paulo: Malheiros, 2009.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. *Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

WOHLERS, Wolfgang. *Teoria do bem jurídico e estrutura do delito*. Tradução de Alaor Leite. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 90, p. 97-107, maio/jun. 2011.