

# O Controle Jurisdicional das Normas Incriminadoras sob o Prisma do Princípio da Proporcionalidade

Piero Vivenza\*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução - 2. O Direito Penal no Estado Democrático de Direito. Considerações gerais - 3. O princípio da proporcionalidade na ordem constitucional brasileira 4. Predeterminação legal das penas A proporcionalidade na cominação das sanções legais 5. A aferição e aplicabilidade do princípio da proporcionalidade na determinação judicial da pena 6. O princípio da proporcionalidade e a segurança jurídica - 7. O equilíbrio dos poderes e o controle da proporcionalidade da norma incriminadora - 8. Considerações conclusivas 9. Referências bibliográficas

**RESUMO:** Este artigo procura demonstrar o imprescindível liame substancial existente no Estado Democrático de Direito entre o Direito Constitucional e o Direito Penal, de modo a circunscrever a atuação do direito punitivo aos valores, princípios e regras constitucionais, em especial ao princípio da proporcionalidade, objeto deste estudo. O princípio da proporcionalidade limita a discricionariedade do Poder legiferante, permitindo ao julgador sopesar a liberdade de atuação do legislador infraconstitucional a partir do conteúdo material da Constituição.

**ABSTRACT:** The present article intends to demonstrate the substantial and indispensable link between Constitutional Law and Penal Law in the Democratic Rule of Law in order to circumscribe the field of punitive law with the values, principles and constitutional rules, especially the reasonableness principle, which is the object of our study. The reasonableness principle limits the discretionary character of the Legislative Power, allowing the judge to relativize the infra-constitutional legislator's freedom of action with the Constitution's material content.

## 1. Introdução

O sistema penal passa, atualmente, por uma evidente crise de legitimidade, em especial naquilo que se refere à definição de seus fins e funções no Estado Democrático de Direito. A solução para tal celeuma passa pela reestruturação do sistema repressivo sob a égide do Direito Penal Mínimo, fundado em um amplo sistema de garantias, capaz de legitimar o âmbito de atuação e os limites do poder punitivo estatal na esfera das liberdades individuais.

Com o escopo de atingir um juízo de racionalidade na interven-

---

\* Aluno do 9º período da FDUFG. Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPQ). Monitor de Direito Penal II.

-ção penal é preciso vincular materialmente o conteúdo do Direito Penal com o Direito Constitucional, uma vez que as balizas para a tipificação das condutas e os parâmetros para a cominação de penas estão consubstanciados nos valores, princípios e regras decorrentes do bojo da Carta Política. No Direito Penal do Estado Democrático de Direito é a partir do texto constitucional que se depreendem os bens jurídicos mais caros à sociedade e as formas de agressão perante as quais haverá a tutela do direito penal.

Há que se ressaltar que ao tutelar os bens jurídicos dignos de proteção constitucional o legislador ordinário atua conforme os ditames dos princípios limitadores da atuação repressiva penal, autênticas garantias das liberdades individuais contra os excessos do Estado nas fases de cominação, aplicação e execução das sanções penais. Dentre essas garantias destaca-se o princípio da proporcionalidade, diretriz inafastável para que o legislador, ainda que no plano abstrato, determine os bens jurídicos, as formas de agressão e em que medida haverá a proteção penal. O Poder legiferante, ao realizar a aludida ponderação na seleção das condutas a serem incriminadas, deverá fazê-lo valendo-se de uma intervenção necessária, adequada ao fim a que se propõe e estritamente proporcional ao grau de ofensividade do delito praticado, de forma a atingir uma pena justa e proporcional ao ilícito cometido.

Contudo, observa-se que a legislação penal brasileira destoa dos valores constitucionais, em especial do princípio da proporcionalidade. O Código Penal pátrio remonta aos idos da década de 1940, época marcada por conjunturas sociais, políticas e econômicas significativamente diversas daquelas existentes no presente século. Portanto, nada mais natural que vários desses tipos penais passem por um processo de “filtragem constitucional”, de modo a submeter a respectiva validade das condutas incriminadas ao conteúdo material da Constituição Federal de 1988, instituída no contexto do Estado Democrático de Direito .

Após o estudo da influência do princípio da proporcionalidade na atividade legislativa, este artigo pretende analisar a incidência desse postulado na atividade jurisdicional, pois caberá, em *ultima ratio*, ao Poder Judiciário avaliar a liberdade de conformação do legislador com o texto constitucional, não apenas naquilo que envolve a formalidade dos atos normativos produzidos, mas precipuamente no exame das leis a partir do conteúdo material da Constituição.

Por fim, insta ressaltar que o presente trabalho orienta-se pelo

Sistema do Garantismo Penal, elaborado pelo insuperável mestre italiano Luigi Ferrajoli, cuja finalidade é tutelar as liberdades individuais diante das formas arbitrárias de exercício do poder, desprovidas de racionalidade e coerência. No Estado Democrático de Direito, comprometido com a tutela e promoção dos direitos fundamentais da pessoa humana, a legitimação do Direito Penal passa, inevitavelmente, pela observância dos valores democráticos e compatibilização do sistema repressivo com os princípios e preceitos constitucionais. É nesse ideal que este trabalho aposta.

## **1. O Direito Penal no Estado Democrático de Direito. Considerações gerais**

O constitucionalismo moderno origina-se, formalmente, da promulgação das Constituições rígidas e escritas dos Estados Unidos da América (1787) e da França (1791), ambas elaboradas após revoluções levadas a cabo nesses países. Nesse momento histórico tem início a interação entre o Direito Penal e a Constituição, uma vez que as mencionadas Cartas Políticas nasceram com o escopo de limitar a intervenção do poder estatal nas liberdades individuais, que predominara no Estado Absolutista.

A principal conquista do Estado Liberal, surgido após a eclosão das revoluções do século XVIII, consistiu na concepção de Estado de Direito enquanto Estado constitucionalmente delimitado. Da supremacia da Constituição decorreu o primado da legalidade e, por conseguinte, a proteção das liberdades ínsitas aos cidadãos, através da salvaguarda dos direitos fundamentais. Percebeu-se, nas duas primeiras décadas do século XX, que o Estado Liberal, apesar de proteger formalmente as garantias individuais diante da ação repressiva do Estado, e igualar legalmente os cidadãos, não mais satisfazia às demandas da sociedade. A igualdade que embasava esse paradigma de Estado dava-se puramente no plano da generalidade da lei, em uma dimensão formal e abstrata que acabara culminando numa sociedade injusta e socialmente desigual. Surge o Estado Social, um modelo de Estado interventor cujo fito era realizar a igualdade material entre os cidadãos através da modificação das relações sociais e atingir, com a efetivação de direitos sociais, econômicos e culturais, o bem-estar e a justiça social. Contudo, verificou-se que nem sempre o Estado Social de Direito, assim como

ocorrera com o Estado Liberal de Direito, permitia a participação efetiva da vontade do povo no processo político de formação dos rumos do Estado.

O Estado Democrático de Direito, sem prejuízo da obediência formal ao princípio da legalidade, à organização dos poderes estatais e aos direitos sociais conquistados no século XX, impõe ao Poder Legislativo a obediência aos valores fundamentais democráticos decorrentes da identidade civil e política de um povo. Como enfatiza Santiago MIR PUIG (1994:31), o Estado Democrático de Direito encampa uma concepção sintética de Estado, produto da união dos princípios próprios do Estado Liberal e do Estado Social.

No contexto do Direito Penal no Estado Social e Democrático não há possibilidade de compreender o direito punitivo distante das regras, valores e princípios amparados na Constituição de um determinado Estado. A proteção da liberdade pelos ditames da lei tende a ser substituída pela necessidade de amparo dos direitos fundamentais perante a lei, de forma que a norma geral e abstrata atenda às liberdades garantidas constitucionalmente.

Pela própria supremacia da Constituição no ordenamento jurídico, as normas incriminadoras a serem elaboradas pelo legislador infraconstitucional são limitadas formal e materialmente aos parâmetros do texto constitucional. No atual Estado democraticamente legitimado o Direito Penal não pode atuar sem limites, de forma arbitrária. Se no plano formal tem-se o princípio da legalidade como garantia da predeterminação do direito, permanecendo o poder punitivo do Estado circunscrito aos ditames da lei, no aspecto da legitimação material ou substancial exige-se da norma penal linhas condizentes com os mandamentos superiores, para assegurar a “capacidade de tutela ou garantia dos cidadãos” (FERRAJOLI, 2002:735). Logo, é evidente a importância dos princípios nas relações existentes entre o Direito Penal e o Direito Constitucional, ou melhor, entre a Constituição e as normas penais. A respeito, Maurício Antônio Ribeiro LOPES (2002:199) nos brinda com suas reflexões:

“a verdadeira norma penal, isto é, aquela dotada de validade no plano constitucional, é sempre exclusiva manifestação do poder soberano do Estado. Os meios de racionalização, operacionalização e limitação dos poderes do Estado, e a norma penal que se adapta à natureza desses

meios, estão todos dispostos no texto e nos *princípios constitucionais adotados pelo Estado*” (grifos nossos).

Percebe-se, assim, que demais da conformação do Direito Penal ao texto constitucional, própria da hierarquia entre a lei fundamental e os demais ramos do ordenamento jurídico, é imprescindível que nas normas incriminadoras constem as diretrizes materiais aferidas na Constituição. O paradigma garantista do constitucionalismo democrático coloca em xeque o tradicional esquema positivista da ciência jurídica, baseado nos dogmas da coerência e da plenitude do ordenamento jurídico, assim como da presunção de legitimidade do direito existente.

## 2. O princípio da proporcionalidade na ordem constitucional brasileira

O princípio da proporcionalidade não foi previsto de forma expressa na Constituição da República, diversamente da técnica legislativa adotada por outros países, como Portugal, onde o princípio é concretizado em disposições expressas no corpo constitucional (v.g. art. 18, 2 ; 266, 2 e 272), precipuamente sob a égide da necessidade e da proibição do excesso.

Em razão de um positivismo exarcebado presente de longa data no âmbito jurídico nacional, aliado à aludida ausência de previsão *expressa* da diretriz da proporcionalidade nas ordens constitucionais brasileiras, houve certa resistência em se admitir a materialização do princípio em tela.

Importante destacar que nos trabalhos da Constituinte de 1988 o princípio da proporcionalidade constou em vários projetos. O próprio texto final aprovado pela Comissão de sistematização positivara o princípio da razoabilidade (que apresenta uma relação de fungibilidade com o princípio da proporcionalidade) como princípio ínsito à Administração Pública no *caput* do art. 44 (atual art. 37, *caput*, da CF/88). Todavia, a redação final da Constituição de 1988 não mencionou expressamente o princípio da proporcionalidade.

Demais de todo o exposto, é cediço que por se apresentar como um dos princípios protetores dos direitos fundamentais e, por conseguinte, alicerce do Estado Democrático de Direito, não há motivos

para desconsiderar a existência do princípio em estudo no corpo constitucional. Acrescente-se a isso o fato dos princípios jurídicos fundamentais poderem ser expressos ou implícitos na órbita da Lei Maior. Esses, como ocorre com o próprio princípio em foco, resultam de deduções lógicas da ordem jurídica positiva. Como forma de reforçar o entendimento exposto, cumpre assinalar que o art. 5º, § 2º, consagra que:

“Art. 5º (...)

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte“.

Percebe-se, desta feita, que apesar de não expresso na Constituição Federal de 1988 o princípio da proporcionalidade pode ser aferido a partir de uma gama de disposições, o que termina por demonstrar sua presença inequívoca no bojo do texto constitucional. A Constituição brasileira, por si só, ao instituir uma determinada hierarquia de valores em seu artigo quinto, *caput*, “cria naturalmente um mecanismo para o equilíbrio das conseqüências jurídicas decorrentes dessa eleição axiológica, daí um aferível princípio da proporcionalidade, muito embora não expresso na Constituição” (LOPES, op. cit.:453).

### **3. Predeterminação legal das penas. A proporcionalidade na cominação das sanções legais**

O princípio da proporcionalidade é construído sob a idéia de limitação do poder punitivo estatal, um postulado genérico e aplicável a toda intervenção do poder público na esfera das liberdades individuais. Especificamente na seara do Direito Penal, o princípio deve ser observado em três momentos distintos, quais sejam: na fase legislativa de elaboração da norma incriminadora (em especial na cominação das sanções legais), na oportunidade judicial de aplicação da pena em concreto, e quando da execução da pena efetivamente aplicada.

O Poder Legislativo, enquanto órgão encarregado do mister constitucional de elaborar os tipos penais (legalidade em sentido estrito), sofre a carga do princípio da proporcionalidade em sua atuação como regra diretiva inerente às atuações estatais no sistema constitucional

do Estado Democrático de Direito, calcado na proteção dos direitos humanos e na dignidade da pessoa humana.

Com efeito, o princípio incidirá, no campo legislativo, tanto na oportunidade de tipificação das condutas como na previsão da sanção prevista no preceito secundário da norma, de forma a equilibrar os direitos da sociedade protegidos pelo legislador com os direitos individuais do cidadão atingidos pela atuação repressiva do Direito Penal. Assim, no plano abstrato, o legislador deve cominar uma sanção proporcional à gravidade do fato e do valor do bem jurídico atingido, numa árdua racionalidade que envolve a relação entre os meios adotados e os fins visados, de forma a não prever intervenções desarrazoadas e excessivamente gravosas.

A tão-só obediência ao processo legislativo constitucionalmente estabelecido, enquanto forma procedimental de atuação (competência e processo de elaboração), não mais satisfaz no aspecto material ao princípio da juridicidade.

Nesse contexto, as normas editadas devem guardar em seu aspecto material uma carga de legitimidade e permissibilidade do seu conteúdo perante a sociedade, revestidas de um mínimo ético para com o Direito. Não basta, dessa forma, a expedição de um ato legislativo perfeito sob o ponto de vista estritamente formal. As regras previstas nesse ato devem concordar com uma norma geral que se aplica aos casos da mesma espécie, carregada de valores éticos e políticos fundamentais em seu conteúdo, como a igualdade, a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e coerentes com os princípios, valores e direitos conquistados na ordem constitucional.

Com a superação do dogma de proteção da esfera de liberdade do indivíduo apenas através da existência de limites formais no processo legislativo, o princípio da proporcionalidade se transforma em um freio no impulso parlamentar de criminalizar condutas de forma antiliberal. A propósito do tema, Mariângela Gama de Magalhães GOMES (2003:74) sustenta: “É neste sentido, então, que o princípio da proporcionalidade assume especial papel de garantia, de caráter negativo, cumprindo a finalidade de frear a degeneração do poder punitivo, impedindo-o de expandir-se ilimitadamente”.

Ademais da legalidade estrita na configuração penal da proporcionalidade, exige-se no enunciado do tipo penal uma integração de valoração e finalidade que decorra de uma política criminal condizente

com o sistema garantista e com o Direito Penal Mínimo. Significa dizer que nessa relação valorativa, sob influência dos princípios da ultima ratio, intervenção mínima e subsidiariedade, dentre outros, o direito penal apenas se legitimará no momento em que as restrições de liberdade e autonomia mirem o bem estar social. Guillermo YACOBUCCI (2002: 343) sintetiza com maestria o papel assumido pelo princípio da proporcionalidade na elaboração das normas punitivas. Senão, vejamos:

“(...) la proporcionalidad como principio reclama entonces la existencia de una ley cuyas medidas restrictivas resulten adecuadas o idóneas para los fines pretendidos, sean necesarias de conformidad con los niveles de actuación pública dentro de la sociedad civil y resulten fruto de una concreta ponderación de intereses públicos y privados prudencialmente armonizados.”

Uma vez introjetados os objetivos acima mencionados na atividade legislativa, tem-se como dado o primeiro passo para a superação, ou ao menos diminuição, da crise de legitimidade vivida pelo Direito Penal no contexto atual. A crise do Direito Penal passa pela falta de fundamentação e, principalmente, por falta de legitimação do *ius puniendi* estatal enquanto forma de preservar a paz social. Trata-se de um discurso desgastado e carecedor, de longa data, de fundamentação ética e filosófica. Sendo assim, faz-se necessário o pensamento de um Direito Penal que reconsidere suas funções e modifique os seus próprios conceitos tradicionais, como forma de tipicidade, finalidades da pena, bens jurídicos, etc.

Por fim, é imperioso ressaltar que a proporcionalidade, ao assumir o papel de garantia de caráter negativo, se coaduna com a legitimação interna do Direito Penal, requisito pensado por FERRAJOLI (Op. cit.:171) para o delineamento de um sistema garantístico e fonte do denominado Direito Penal Democrático. Cabe, neste momento, tecer considerações, ainda que genéricas, sobre o que se entende por legitimidade interna e externa do Direito Penal. Em apertada síntese, deve-se dizer que o professor da Universidade de Camerino constrói para a existência do sistema penal racional duas ordens de requisitos de legitimidade. A legitimidade externa é aferida nas razões exteriores ao sistema, através da ordem jurídica justa, “por meio de princípios normativos externos ao direito positivo, ou seja, critérios de avaliação mo-

ral, políticos ou utilitários de tipo extra ou metajurídico”. Lado outro, a legitimidade interna, ou em sentido estrito, enfoca a legitimidade sob a perspectiva da validade. Logo, a legitimidade interna refere-se “à legitimação do direito penal por via de princípios normativos internos ao próprio ordenamento positivo” segundo critérios intrajurídicos. Assim sendo, o moderno Direito Penal demanda normas incriminadoras e imposição de sanções penais fundadas nos princípios limitativos do poder punitivo do Estado, dentre eles a proporcionalidade, sob pena de incorrer em ilegitimidade por ausência dos pressupostos materiais para a punição e restrição indevida de liberdades.

A partir de todo o exposto, defendemos o entendimento que, se o legislador não correspondeu à expectativa constitucional de elaborar normas incriminadoras proporcionais, ferindo os postulados da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, caberá ao magistrado, quando da aplicação da pena, tutelar as liberdades do indivíduo frente ao exercício arbitrário do poder do legislador. Essa análise passa pela releitura constitucional dos tipos incriminadores à luz dos princípios constitucionais penais, especialmente a proporcionalidade e isonomia. Assim, através de uma interpretação dos tipos penais conforme à Constituição, ter-se-á a concretização do ideal de justiça, pressuposto imprescindível para um Direito Penal democrático.

#### **4. A aferição e aplicabilidade do princípio da proporcionalidade na determinação judicial da pena**

Os princípios limitadores do poder punitivo estatal vinculam o magistrado na aferição da conduta típica praticada e representam parâmetros inafastáveis para o controle do exercício do poder “discricionário” legislativo. Nesse momento, não apenas as leis formalmente inconstitucionais, mas todas aquelas que contradizem o conteúdo dos princípios constitucionais devem ser afastadas do ordenamento jurídico. Assim sendo, um ato normativo emanado em desconformidade com o princípio da proporcionalidade não poderá subsistir no sistema, por lhe faltar um regramento condizente com a constitucionalidade material, tornando a norma incriminadora ilegítima.

No atual Estado Democrático de Direito não há motivos para a subsistência do juiz que seja *la bouche de la loi*, tal como concebido na época do Iluminismo por Montesquieu e Beccaria. O juiz cerceado

pela rigidez dos atos normativos elaborados pelo legislador penal tinha razões de ser no contexto do século XVIII. É que naquela época pairava um justo temor na atividade jurisdicional, uma vez que os juízes eram mera extensão do poder do Monarca e o livre-arbítrio utilizado para julgar (não havia limites legais) era um instrumento para a prática de arbitrariedades. Dessa forma, o Iluminismo tratou de delimitar a função da atividade judicial apenas à verificação dos fatos, sendo vedada, inclusive, a interpretação das leis. Caberia ao magistrado, portanto, realizar um silogismo despidido de valorações. A supressão da discricionariedade judicial na aferição da gravidade da conduta ilícita praticada e na aplicação da pena restou consubstanciada no Código Penal Francês de 1791, que previa em cada crime uma pena fixa, não maleável, de forma a inadmitir que o magistrado graduasse a pena segundo a gravidade do delito.

Como bem adverte o notável jurista Luigi FERRAJOLI (Ob. cit.:324), a ausência de liberdade ao juiz na aplicação da pena,

“informado por um abstrato princípio de igualdade legal, é fruto de uma total incompreensão da epistemologia do juízo e em particular do específico e insubstituível momento da atividade de julgar, que é a interpretação eqüitativa do fato legalmente tipificado; e que este equívoco se traduz, de fato, num sistema inócuo, que equipara injustamente situações iguais quanto aos elementos tipificados pela lei, porém diversas quanto as traços específicos do fato.

A interpretação dos juízes acerca do fato a ser julgado deve ocorrer segundo os princípios, regras e valores constitucionais, ou seja, de acordo com os parâmetros de justiça no caso concreto, ainda que esse valor implique em uma dose de abstração. A demanda do Direito Penal, estruturado sob o enfoque constitucional, é por aplicadores criativos da lei, que adotem uma interpretação eqüitativa em relação às condutas transgressoras da ordem jurídica e, naquilo que tange aos tipos penais, procedam a uma interpretação conforme a Lei Maior.

É imperioso reconhecer que nos últimos tempos a figura do juiz deixou de ser concebida como mero agente responsável pela aplicação da lei. Há uma participação do magistrado na própria criação do direito. Como bem pondera CAPPELLETTI (1993:13), o juiz passa a participar “*lato sensu*, da atividade legislativa, vale dizer, mais corretamente, da criação do direito”. No decorrer do século XX, em razão da própria

expansão da atuação estatal na esfera privada do indivíduo (*Welfare State*), houve a necessidade da construção de um Poder Judiciário fortalecido e criativo, capaz de equilibrar as crescentes intervenções estatais na seara legislativa e administrativa e manter o democrático *check and balances* entre os Poderes de Estado.

A atuação criativa da função jurisdicional não pode deixar de existir em âmbito penal. O legislador penal jamais seria capaz de prever todas as particularidades que permeiam o caso concreto na norma penal incriminadora elaborada. Destarte, nasce para o aplicador da norma penal um *poder de conotação*, que é a possibilidade de individualização das particularidades do fato e a capacidade de realizar a valoração equânime da conduta (FERRAJOLI, op. cit.:125). Assim como há, num primeiro momento, um liame legalista entre a conduta praticada e o fato típico previsto em lei, dando forma a uma situação apenas descritiva, há um segundo aspecto que complementa o juízo de legalidade, qual seja, o juízo de equidade, que consiste no poder-dever de valorar as particularidades do caso concreto observado e não previsto pela norma incriminadora.

O juízo de equidade ganha força no Direito Penal e maior contorno de precisão por meio da utilização do princípio da proporcionalidade no poder de conotação judicial. Com efeito, a legislação penal brasileira adotou o princípio da proporcionalidade da pena em concreto (fase judicial) na determinação da natureza e da medida da pena, conjugado com os princípios da culpabilidade e da igualdade, nos artigos 29 e 59 do Codex, ao determinar que quem concorrer para o crime incidirá na respectiva pena na medida de sua culpabilidade, além de prescrever que o julgador deverá fixar a quantidade e qualidade da pena conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. De acordo com o festejado criminalista Juarez Cirino dos SANTOS (2005:105), no sistema de aplicação da pena “o *juízo qualitativo* da culpabilidade como categoria do crime se transforma no *juízo quantitativo* da culpabilidade como medida da pena – garantia individual excludente de excessos punitivos fundados em prevenção geral ou especial”.

O raciocínio acima exposto é perfeito quando se parte da premissa de que a norma incriminadora elaborada pelo legislador se coaduna com os princípios constitucionais penais, em especial o princípio da proporcionalidade. Todavia, conforme relatamos no capítulo precedente, em inúmeras situações a correspondência entre o tipo penal

criado e os princípios limitativos do poder punitivo não passa de mera utopia. Nesse ponto, urge a necessidade de um Poder Judiciário que corrija as várias distorções inconstitucionais cometidas pelo legislador ordinário. É cediço que o poder de interpretação do juiz guia-se, igualmente, pelos princípios, regras e valores contidos no bojo da Carta Política, assim como ocorre com os representantes do povo, razão pela qual, no poder de criação jurisdicional, o juiz deverá atentar para a implementação de uma ordem jurídica constitucional.

A violação da proporcionalidade pelo legislador penal na produção da norma penal incriminadora ocorre tanto na seleção dos bens jurídicos-penais a serem protegidos, como no grau de intervenção provocado pela medida eleita. Diante desse quadro, defendemos que o legislador penal, ao deixar de observar o postulado da proporcionalidade no exercício de suas prerrogativas, enseja o controle de constitucionalidade repressivo realizado pelo Poder Judiciário, exercido tanto na forma concentrada, quanto na forma difusa. Lamenta-se, contudo, que o Supremo Tribunal Federal jamais tenha apreciado essa questão a título de controle concentrado. Maurício Antônio Ribeiro LOPES (Op. cit.:686) atribui essa inércia ao recente processo de redemocratização nacional, com a ampliação dos legitimados para a argüição direta de inconstitucionalidade e a impossibilidade de controle via ADI no que tange às leis anteriores à vigência da Constituição de 1988.

Nesse ponto, acreditamos que as afirmações do douto penalista merecem um pequeno reparo. Não podemos concordar, *data maxima venia*, com os dizeres do autor que “não conhecemos entre nós formas de controle da recepionalidade (leis anteriores à vigência da Constituição), mas somente das leis que são editadas a partir da Constituição (...), tornando praticamente irrespondível uma demanda nas Cortes Superiores em torno do tema”. O art. 102, § 1º, da CF/88, regulamentado pela Lei 9882/99, prevê a ADPF como meio idôneo para o controle de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal anteriores à Constituição Federal. Além da ADPF, há modernas técnicas de hermenêutica, tais como a nulidade parcial sem redução de texto e a interpretação conforme a Constituição que possibilitam o controle das leis ordinárias em face da Constituição Federal. Esse controle do princípio da proporcionalidade poderá ser exercido perante o Supremo Tribunal Federal no controle direto de constitucionalidade, assim como poderá

ser efetuado por todos os órgãos monocráticos ou colegiados, via controle difuso. A respeito, Paulo de Souza QUEIROZ (2001:39) aduz com suas reflexões que:

“como guardião da legalidade constitucional, a missão primeira do juiz, em particular do juiz criminal, antes de julgar os fatos, é julgar a própria lei a ser aplicada, é julgar, enfim, a sua compatibilidade – formal e substancial- com a Constituição, para, se a entender lesiva à Constituição, interpretá-la conforme a Constituição ou, não sendo isso possível, deixar de aplicá-la simplesmente, declarando-lhe a inconstitucionalidade”.

Uma interpretação que destoe do entendimento acima corrobora para a manutenção das aberrações jurídicas contidas em certos tipos penais e fere os princípios, regras e valores emanados do bojo da Constituição, que indiscutivelmente têm força normativa latente para demonstrar a ilegitimidade de certas condutas incriminadas ou do teor e grau das sanções previstas no preceito secundário da norma.

Conforme noticia LOPES (Op. cit.:687), na Itália ocorre com certa frequência o questionamento de inconstitucionalidades junto à Corte Constitucional, fundado no cotejo entre tipos penais com fundamento no princípio da igualdade, coerência ou proporção interna no Direito Penal. Entretanto, prossegue o douto doutrinador, “na maior parte dos casos, tem considerado que a questão não tem a ver com a constitucionalidade por se tratar de problema de política legislativa”. Mas parece que a situação tende a se inverter nesse Estado europeu. Afirma Luiz LUISI (Op. cit.:116), quando do estudo do controle jurisdicional da legislação, que a Corte Constitucional Italiana, para conter excessos do legislador, revogou leis penais em uma série de julgados, “porque elas contrariavam ou o Princípio da Necessidade, ou o Princípio da Racionalidade, ou o Princípio da Proporcionalidade”.

Fundando-se na teoria do bem jurídico constitucional, é certo que os valores protegidos constitucionalmente resultam perceptíveis na comparação entre os diversos tipos penais, pois não se admite no sistema garantista sanções excessivas ou normas incriminadoras injustificadas a partir da ordem valorativa constitucional. Ademais, frequentemente os critérios tidos como de política legislativa se confundem com os critérios jurídicos, cabendo ao juiz, imiscuído constitucionalmente da função de proteger os direitos fundamentais, suplementar a

ausência de democracia nos parâmetros políticos e aplicar as normas a partir dos valores, regras e princípios constitucionais. Ter-se-ia, nesse momento, a racionalização do sistema jurídico penal através da adaptação da lei ao caso concreto, com fulcro em seguros parâmetros valorativos. A atuação judicial, amparada no princípio da proporcionalidade, decotaria o excesso do legislador responsável por ultrapassar valores constitucionalmente consagrados, evitando, dessa forma, a agressão aos direitos fundamentais do cidadão.

Merece destaque, pelo avanço que o julgado representou<sup>1</sup>, a solução da Apelação Criminal nº 70.000.284.455, junto a 5º Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Grande do Sul, fundamentada no brilhante voto do Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Amilton Bueno de Carvalho, amparado no parecer do Procurador de Justiça daquele Estado, o ilustre constitucionalista Lênio Luiz Streck, no sentido de não aplicar um percentual de aumento maior da pena ao furto em concurso eventual de pessoas do que ao roubo em igual condição, além de permitir que as atenuantes conduzissem a pena a quem do mínimo abstrato. Pela importância dos argumentos trazidos à tona no referido voto, vale transcrever trechos do voto do eminente Desembargador:

“tanto no furto como no roubo, o concurso de agentes qualifica: no primeiro, a pena dobra; no segundo, a pena fica acrescida de um terço. Ora, no furto a presença de mais de uma pessoa não coloca em risco a integridade física da vítima, e, sim facilita o agir subtraente; já no roubo, a presença de mais pessoas coloca em risco sobretudo a integridade física da vítima. Não obstante isto, o Código Penal valoriza mais a coisa (propriedade privada) que a vida/integridade física. Por isso, é necessário fazer uma (re)leitura constitucional do tipo penal do furto qualificado (por concurso de pessoas) à luz do princípio da proporcionalidade, que é incito e imanente à Constituição Federal”.

“Não se está a propor aqui – e até seria despiciendo alertar para este

---

1 - Destaca-se que esse foi o primeiro julgado que reconheceu a impossibilidade de aplicar um aumento maior da pena ao furto do que o roubo em concurso de pessoas. Após essa decisão, o TJRS voltou a aplicar por inúmeras vezes o entendimento, pacificando a orientação do mencionado leading case, como se depreende do julgamento das Apelações Criminais nº 70013448477, 70012905055, 70012630810, 70011497310, dentre outras. Lamenta-se, contudo, que às interpretações do TJRS, protetoras dos direitos fundamentais e contextualizadas no modelo-constitucional-garantista, tenha-se cunhado a pejorativa denominação de “jurisprudência alternativa”.

fato – que o Judiciário venha a legislar, modificando o teor do dispositivo do Código Penal, que estabelece a duplicação da pena nos casos de furto qualificado por concurso de pessoas. Na verdade, trata-se, nada mais nada menos, do que elaborar uma releitura das leis sob o parâmetro da devida proporcionalidade prevista na Constituição Federal. O mecanismo apto para tal é o da interpretação conforme a Constituição, que se originou da Alemanha, que vem sendo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal já há mais de dez anos”.

“Ou seja, o texto da lei (CP) permanece com sua literalidade; entretanto, a norma, fruto da interpretação, é que exsurgerà redefinida em conformidade com a Constituição. Desse modo, analogicamente, o aumento de pena decorrente do concurso de pessoas (circunstância especial de aumento de pena) do roubo (art. 157, §2º, inciso II), que é de 1/3 até a metade, torna-se aplicável ao furto qualificado por concurso de agentes”.

Orientado pelo julgamento acima exposto, o douto Procurador de Justiça oficiante no mesmo processo criminal e um dos baluartes do moderno constitucionalismo brasileiro, Lênio Streck, calcado em solidificada bagagem constitucional, exarou em artigo jurídico de sua lavra<sup>2</sup> as razões que o levaram a se manifestar pela equivalência de aumento de pena para os crimes de roubo e furto, ambos, portanto, delitos da mesma espécie, quando praticados em concurso de agentes. As razões jurídicas jungidas por Streck estão consubstanciadas no sistema garantista do Direito Penal. Assim, sob a égide do princípio da proporcionalidade, “torna-se necessário realizar uma filtragem das normas penais-processuais – em sua maioria anteriores à Constituição – adequando-as ao novo fundamento de validade”, qual seja, a Constituição material.

É a evidência do processo de constitucionalização de todos os ramos do Direito, com a superação da clássica dicotomia antes existente entre o direito público e direito privado, que demanda a necessidade da dita filtragem constitucional do Direito Penal e Processual Penal. Nesse contexto, exige-se uma nova compreensão das normas penais incriminadoras e dos institutos penais, sob o prisma do princípio da proporcionalidade. Acreditamos que os dispositivos penais não po-

---

2 - STRECK, Lênio Luiz. “Direito Penal e Constituição: um acórdão garantista”. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal* n° 2 – Jun-Jul/2000 – Jurisprudência Comentada, p. 59.

-dem restar incólumes ao conteúdo material da Constituição Federal de 1988. Por esse motivo, o positivismo acentuado, predominante na seara do Direito Penal, carece de força suficiente para afastar o controle de constitucionalidade em relação às ditas normas repressivas que, não raras vezes, implica na patente constatação de não recepção de certas normas incriminadoras.

Desse modo, a intervenção do Estado na esfera de liberdade individual requer que das normas incriminadoras emane a materialidade dos preceitos constitucionais. Ausente esse pressuposto, isto é, se da atividade legiferante resultar tipos penais juridicamente desvinculados da Constituição, o Poder Judiciário enquanto guardião da ordem constitucional deverá salvaguardar os direitos fundamentais dos cidadãos, tangenciando a ação limitativa empreendida a esses direitos pelo Estado.

Entretantes, apesar dos nobres propósitos a serem cumpridos pelo princípio da proporcionalidade no modelo de Estado Democrático de Direito, é verdade que se trata de um cânone não isento de contestações. Os doutrinadores que pugnam pela inaplicabilidade da proporcionalidade no Direito Penal argumentam, principalmente, que a utilização do referido postulado geraria um excesso de poder aos aplicadores da lei quando comparado com a atividade dos legisladores, violando, por conseguinte, o princípio da separação dos poderes. Ademais, segundo dita corrente doutrinária, a adoção do princípio em tela implicaria em insegurança jurídica no seu reconhecimento e aplicação, o que importaria em relativização da aplicação da lei. Tentaremos, pois, demonstrar que essas objeções não se sustentam em um Direito Penal democrático, alicerçado na proteção dos direitos fundamentais contidos na Constituição.

## 5. O princípio da proporcionalidade e a segurança jurídica

Um dos empecilhos para a adoção do princípio da proporcionalidade, não apenas no campo penal, mas em todo o ordenamento jurídico, consiste, segundo seus opositores, na idéia que a utilização da proporcionalidade implicaria em insegurança jurídica, vez que faltaram critérios objetivos para a aferição das normas penais sob a égide do princípio em voga.

De antemão, cabe mencionar que a própria decomposição do princípio pela Corte Constitucional alemã em três elementos caracterizadores, quais sejam, a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito gera parâmetros mais robustos para precisar o seu conteúdo e possibilitar o reconhecimento e aplicação do princípio da proporcionalidade pelo juiz no caso concreto. Ademais, a singela afirmação de ameaça à segurança jurídica não nos convence, pelos motivos que passaremos a expor.

Uma primeira crítica que se faz dentro do contexto da insegurança jurídica pretensamente proporcionada pelo princípio é que o uso demasiado desse princípio pelos magistrados levaria a decisões extremamente subjetivas e incertas, que poderiam atingir o próprio ideal de justiça. É inegável que a apreciação do princípio da legalidade pelo órgão judicial encampa contornos objetivos e precisos que não são verificados no princípio da proporcionalidade, mas daí a concluir pela inaplicabilidade deste seria furtar ao cidadão a proteção jurisdicional dos seus direitos fundamentais em face de eventuais restrições indevidas por parte do Poder Público, especificamente pelo legislador infraconstitucional. No nosso sentir, a vinculação do juiz, por não se dar com as leis infraconstitucionais criadas, mas com os direitos fundamentais albergados no texto constitucional, em especial no conteúdo dos princípios, não está adstrita ao juízo de conveniência e oportunidade exarado pela atividade legiferante. Conforme noticia CAPPELLETTI (Ob. cit.: *passim*), desde a implementação dos direitos sociais no *Welfare State* vislumbra-se uma acentuada criatividade jurisprudencial de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais, deixando, o juiz, de ser apenas um aplicador automático dos ditames da lei, que o levaria a uma *obtusidade legalista* (Ferrajoli). Ao adaptar a lei ao caso concreto, a probabilidade da decisão justa é substancialmente incrementada, dado que o juiz, com o fito de efetivar a igualdade material, exercitará o “poder eqüitativo de valoração das conotações particulares dos fatos denotados na lei” (FERRAJOLI, op. cit.:138).

Outra objeção freqüentemente empregada para impedir a incidência do princípio da proporcionalidade consiste na falta de previsibilidade que a aplicação do dito princípio provoca. Razão não assiste àqueles que comungam dessa idéia, vez que, segundo a brilhante ponderação de Suzana de Toledo BARROS (Op. cit.:208), “o *deficit* de previsibilidade creditado à utilização do princípio da proporcionalida

de é, sem dúvida, compensado pela possibilidade de se dar uma solução justa ao caso concreto”. Ademais, uma forma eficaz para reduzir essa falta de previsibilidade está na possibilidade de implementação de uma vinculação, mas que seja flexível às novas circunstâncias concretas de determinado caso, aos precedentes judiciais (*stare decisis*), instrumento característico dos sistemas de “Common Law”, mas cada vez mais aplicado no “Civil Law” (cf. CAPPELLETTI, op. cit.:84, 85).

## 6. O equilíbrio dos poderes e o controle da proporcionalidade da norma incriminadora

Na literatura constitucional-penal, há certa parcela da doutrina que não aceita a aplicação do princípio da proporcionalidade por se apresentar como um princípio que atenta contra a tripartição equilibrada dos poderes de Estado. Sob o argumento de proteção dos direitos fundamentais constitucionais e caráter relativo do princípio, ocorreria, segundo esse setor da doutrina, uma intervenção excessiva nas funções exercidas pelo Poder Judiciário no campo próprio reservado à atividade legiferante, de modo que o magistrado tornar-se-ia o juiz da oportunidade da escolha legislativa, a quem competiria a valoração da escolha política.

Ocorre que a previsão de existência dos Poderes do Estado em harmonia e independência entre si, com a criação de instrumentos de controle recíprocos, é um requisito necessário para o bem da coletividade e garantia da subsistência do Estado Democrático de Direito. A noção de Estado Democrático de Direito traz em seu âmago a vinculação do legislador aos fins materiais da Constituição. Assim, no paradigma de Constituição Dirigente concebido por CANOTILHO (1993), a discricionariedade do legislador é reduzida, de maneira que a lei deve ser conforme aos fins e diretivas materiais previstos na Constituição.

Ausente a vinculação jurídico-constitucional a que estava adstrito o legislador, caberá ao Poder Judiciário realizar o controle de constitucionalidade do ato normativo. Nesse ponto, são elucidativas as lições de Humberto ÁVILA (2006:163):

“(...) o controle de constitucionalidade poderá ser maior ou menor, mas sempre existirá, devendo ser afastada, de plano, a solução simplista de que o Poder Judiciário não pode controlar outro Poder por causa do

princípio da separação dos Poderes. O princípio democrático só será realizado se o Poder Legislativo escolher as premissas concretas que levem à realização dos direitos fundamentais e das finalidades estatais. Os direitos fundamentais, quanto mais forem restringidos e mais importantes forem na ordem constitucional, mais devem ter sua realização controlada. A tese da insindicabilidade das decisões do Poder Legislativo, sustentada de modo simplista, é uma monstruosidade que viola a função de guardião da Constituição atribuída ao Supremo Tribunal Federal, a plena realização do princípio democrático e dos direitos fundamentais bem como a concretização do princípio da universalidade da jurisdição”.

Apenas a partir do controle jurisdicional dos atos legislativos é que se torna possível aferir se determinada medida levada a cabo pelo Poder Legislativo, no caso em estudo, através da norma penal incriminadora, não agrediu os elementos da proporcionalidade. A afirmativa que a limitação dos poderes do legislador colide com o princípio da separação dos poderes não se sustenta quando se pensa que o objetivo visado pela Carta Política ao prever a separação de poderes é salvaguardar o regime democrático e a efetividade dos próprios direitos fundamentais.

Tem-se na criatividade jurisprudencial (cf. CAPPELLETTI, ob. cit.: *passim*) um modo diverso de criação do direito. O juiz, ao abandonar a passividade ínsita à natureza da sua função, mesmo mantendo a imprescindível imparcialidade e distanciamento em relação aos interesses das partes envolvidas no processo, valora sob o sistema jurídico-constitucional a eficácia e efetividade das escolhas empreendidas pelo Poder Legislativo. A consequência desse controle na seara penal representa a possibilidade do Poder Judiciário

“decidir pela inadmissibilidade de incriminações onde resta evidente o desrespeito ao princípio da necessidade, assim como nas hipóteses em que a sanção demonstrar a desproporcionalidade (em sentido estrito) em relação à ofensa proibida, assim como quando se verificar que os custos da incriminação superam os benefícios (GOMES, op. cit.:218)”.

A admissão do controle jurisdicional dos tipos penais sob o prisma do princípio da proporcionalidade em concreto atribui ao magistrado a possibilidade de leitura e verificação se as normas incriminadoras atendem ao valor constitucional do bem jurídico, protegendo aqueles

que merecem tutela penal, além de possibilitar o controle da medida dessa tutela na hipótese de ocorrência da ofensa disposta na norma.

O modelo garantístico exige do juiz criminal uma relação direta e estrita com os valores, princípios e regras amparados no texto constitucional. Diante de violações ou ameaças de lesões aos direitos fundamentais, o juiz tem o dever de agir e evitar o embate da lei infraconstitucional com o âmbito material da Constituição. É o que Alberto Silva FRANCO (1997:42) denomina de jurisdição constitucional das liberdades, necessariamente exercida para a subsistência de uma sociedade democrática.

É certo, porém, que o Poder Judiciário, enquanto guardião imediato da legitimidade constitucional das normas infraconstitucionais e, por conseguinte, da efetividade dos direitos fundamentais, não age a seu talante, despido de precisos limites. O Poder Judiciário está, outrossim, vinculado às diretrizes constitucionais, como a imprescindibilidade de motivação das suas decisões (art. 93, IX, CF/88), que exige a exposição transparente dos critérios que levaram ao aplicador da lei decidir segundo determinada orientação, cerceando a escolha realizada pelo legislador. Por fim, é imperioso reconhecer que a aplicação do princípio da proporcionalidade acarreta uma preponderância valorativa do magistrado - aplicador da norma - menos sujeito ao lobby de grupos econômicos e fins eleitoreiros, quando comparado ao legislador, mas “esse juízo de proporcionalidade desenvolvido em sede de controle da lei por um órgão tal como o judiciário parece constituir, antes de uma invasão em seara alheia, um acréscimo para a democracia (BARROS, op.cit.:206)”.

O modelo garantista de direito penal abandona a neutralidade do juiz, que passa a não mais ser concebido como uma “máquina automática e cega” (FERRAJOLI, op. cit.:140) de aplicação da lei, mas lhe é permitido (poder-dever) preencher as lacunas existentes no ordenamento jurídico penal valendo-se dos princípios condizentes com o Direito Penal Mínimo em decisões motivadas, mirando a garantia das liberdades fundamentais dos cidadãos.

## 7. Considerações conclusivas

O Direito Penal no Estado Democrático de Direito afasta a restrita e desvinculada utilização do direito penal enquanto instrumento

de controle social. É insustentável, no atual contexto paradigmático de Estado, efetivador dos direitos fundamentais e calcado em robustos alicerces de justiça, a utilização de uma repressão penal desregrada, apegada tão-somente em valores de utilidade social e permeável a injunções de instrumentalização política desse ramo do ordenamento jurídico.

Nesse ponto, com o fito de atingir um mecanismo controlador garantista e protetor da dignidade da pessoa humana, exige-se um Direito Penal, em especial na sua função de elaborar as normas incriminadoras, atrelado de maneira indissociável à Constituição. É a aplicação do texto da Constituição Federal de 1988 que permitirá ao legislador penal construir um Direito Penal harmônico com os valores e com a própria realidade social, por existir, no bojo da Carta Política, diretrizes rígidas e precisas para a elaboração de um direito repressivo condizente com os valores democráticos de sua intervenção, e tal se faz possível, tão-somente, por meio de uma intervenção balizada pelos princípios e valores constitucionais. Para atingir tal escopo, é imperioso que a intervenção penal se dê de forma proporcional aos valores maiores que se almejam preservar.

Ademais, pretendeu-se demonstrar ao longo do presente estudo, que, muito embora não expresso na Constituição Federal de 1988, o princípio da proporcionalidade é de presença inequívoca no texto constitucional, pois além de decorrer de outras disposições normativas, resulta da proteção dos direitos fundamentais e dos demais valores inerentes ao Estado Democrático de Direito. Assim sendo, por se tratar de um importante princípio limitador da intervenção punitiva ilegítima, o princípio em análise no presente artigo tem a nobre função de orientar as atividades legislativa e judicial.

O Estado Democrático de Direito, aplicador de uma jurisdição constitucional mais interventiva, exige do legislador penal a elaboração de normas incriminadoras comprometidas com o conteúdo dirigente do texto constitucional. Os limites a serem observados não estão mais restritos à análise da formalidade dos atos normativos, mas se afere, outrossim, uma vinculação material com o conteúdo da Constituição principiológica, fortemente comprometida com os valores condizentes com o modelo de Estado nela encampado, de sobremaneira, a proteger de forma eficaz a intangibilidade ilegítima dos direitos fundamentais.

Ao legislador ordinário cumpre respeitar as premissas do princípio da proporcionalidade na oportunidade de elaboração de uma norma penal incriminadora, avaliando se a necessidade de diminuir a esfera de proteção de determinado direito fundamental encontra amparo na preservação de outro direito de igual relevância constitucional. Destarte, o objeto da tutela penal deverá atender aos valores da vida social, principalmente aqueles que encontram proteção na Constituição Federal. Após essa primeira ponderação, e na hipótese da resultante dessa análise ser positiva, a intervenção penal, para ser proporcional e legítima, deverá ser necessária, adequada e proporcional (em sentido estrito).

No entanto, ainda que o princípio da proporcionalidade possibilite várias interpretações valorativas, é imperioso reconhecer que essa discricionariedade é regrada pelos valores, princípios e regras previstos no texto da Lei Maior. Na hipótese do poder legiferante não observar os imperativos de necessidade, adequação e proporcionalidade *stricto sensu*, subprincípios do postulado da proporcionalidade, ou seja, se ao legislar não se realizar uma necessária hierarquização e correspondência entre os crimes e as penas a eles estabelecidas, faz-se necessária a aplicação de um mecanismo eficiente de controle de constitucionalidade das normas penais. Insta salientar que esse controle envolve, inclusive, as técnicas de hermenêutica constitucional, como a interpretação conforme e a nulidade parcial sem redução de texto - instrumentos que possibilitam a proteção dos valores, princípios e regras constitucionais.

No contexto de um comprometimento com o minimalismo penal democrático, a proteção dos direitos fundamentais exige um magistrado que valore o conteúdo da norma penal incriminadora, com a confiança que essa construção teórica é direcionada a democratizar o Direito Penal e garantir a dignidade da pessoa humana, na perspectiva de buscar o ideal material de justiça.

## 8. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.

FRANCO, Alberto Silva et alii. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: RT, 1997. v. 1, t.1.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: RT, 2003.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Teoria Constitucional do Direito Penal*. São Paulo: RT, 2000.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. “Direito Penal e Constituição: um acórdão garantista”. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal* n° 2 – Jun-Jul/2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires: Editorial B de f, 2005.

YACOBUCCI, Guillermo J. *El sentido de los principios penales – su naturaleza y funciones en la argumentación penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.





