

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE EXCESSO E DA PROTEÇÃO DE INSUFICIÊNCIA: um instrumento de correção de interpretações (in)coerentes e de tipos penais (in)adequados para a construção de uma teoria das fontes.

Vinicius Ferrasso da Silva

Programa de Pós-Graduação em Direito

Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS

I. Introdução

II. A proibição do excesso na ação estatal (*Übermassverbot*) e a proibição da proteção insuficiente ao bem jurídico individualmente tutelado (*Untermassverbot*).

III. A tarefa da hermenêutica filosófica na construção de uma teoria das fontes no Direito Penal

IV. A aplicação dos Princípios da Proibição do Excesso (*Übermassverbot*) e da Proibição da Proteção Insuficiente (*Untermassverbot*).

IV.a - A aplicação dos Princípios da Proibição do Excesso e da Insuficiência frente a inadequações de tipos penais

IV.b - A aplicação do Princípio da Proibição da Proteção Deficiente frente a interpretação (in)coerente

IV.c - A aplicação do Princípio da Proibição do Excesso frente a interpretação (in)coerente

IV.d – A necessidade de uma teoria das fontes, uma necessária aplicação do Princípio da Proibição da Proteção Insuficiente no caso do pingente balístico

V. Considerações finais

RESUMO: O presente artigo pretende discutir um dos problemas centrais do direito penal, a *ausência de uma teoria das fontes*, resultado de inadequações de tipos penais não corrigidas pelos intérpretes. O intérprete-juiz, quando escravo das leis, se utiliza da semântica do texto para dizer o direito, mas quando embasado em seu comportamento voluntarista-individualista, o texto de lei de nada vale, e nesse caminho, se perpetuam as inadequações de tipos penais que leva, inexoravelmente, a diminuição da força normativa da constituição. O artigo destaca como alternativa factível para o enfrentamento da problemática apresentada, a aplicação principiológica da dupla face do Princípio da Proporcionalidade, de modo a enfrentar às referidas interpretações incoerentes que não corrigem as inadequações dos tipos penais e que, por muitas vezes, ainda tratam de superar os limites semânticos de leis construídas com integridade e coerência no âmbito legislativo, tratando de menospreza-las. Partindo do pressuposto que, a resposta adequada constitucionalmente é um direito fundamental, após se analisar alguns casos emblemáticos, demonstrou-se a necessária filtragem hermenêutica do caso concreto, a partir disso nasceria a imposição dos Princípios da Proibição da Proteção de Excesso (*Übermassverbot*) e da Proibição da Proteção Insuficiência (*Untermassverbot*), para tutelar indivíduos e sociedade dos excessos e proteção insuficiente do Estado, de modo a construir uma importante teoria das fontes com observância irrestrita a força normativa da Constituição Federal.

PALAVRAS CHAVES: Direito Constitucional, Direito Penal, Decisão Jurídica, Hermenêutica Filosófica, Proporcionalidade, Teoria das Fontes.

ABSTRACT: This article discusses one of the central problems of criminal law, the absence of a theory of the sources, the result of inadequacies of criminal types uncorrected by interpreters. The interpreter judge when slave laws, using the text semantics to say the right, but when grounded in its voluntarist, individualist behavior, law text is worth nothing, and in that way, are perpetuated criminal types inadequacies that leads inexorably decreasing the normative force of the constitution. The article highlights how feasible alternative for coping with the presented problem, the principled application of the double face of the proportionality principle, in order to address to such inconsistent interpretations that do not correct the inadequacies of criminal offenses and that, often, still treat overcome the semantic limits of laws built with integrity and coherence in the legislative framework, trying to belittle them. Assuming that the appropriate response constitutionally is a fundamental right, after analyzing some emblematic cases, it demonstrated the necessary hermeneutic filtering of the case, from that born the imposition of the principles of Excess Protection Prohibition (*Übermassverbot*) and protection Prohibition failure (*Untermassverbot*) to protect individuals and society from the excesses and insufficient protection of the state in order to build an important theory of sources in compliance with unrestricted the normative force of the Constitution.

KEYWORDS: Constitutional Law, Criminal Law, Legal Decision Philosophical Hermeneutics, Proportionality, Theory of sources.

I. INTRODUÇÃO

A área do Direito Penal trata das liberdades individuais dos cidadãos, e desse modo, assume papel relevante no ordenamento jurídico pátrio. Ainda que, se reconheça como emergencial o estudo da política criminal adotada pelo Estado para a redução eficaz do grau de criminalidade, esta que, atualmente encontra-se totalmente desprezada pelo Estado, sem a menor noção se inseri como inclusivo ou excludente de intervenção penal, o presente artigo tem o objetivo central no estudo direcionado ao direito fundamental à resposta adequada no Direito Processual Penal à luz da Constituição Federal, entendendo-se como *ceteris paribus* a atual política criminal, pois uma vez consolidada a construção de uma teoria das fontes, torna-se imprescindível uma política criminal à luz das garantias constitucionais, por se tratarem de assuntos extremamente correlacionados.¹

Feita a importante observação, destacamos o reconhecimento de inúmeras inadequações de tipos penais, que derivam de duas maneiras distintas, por um lado, de interpretações incoerentes com livres atribuições de sentidos realizada pelos juízes,² e, por outro lado, pela ausência da teoria das

¹ - Ripollés destaca que uma adequada contextualização do debate sobre os traços inclusivos ou excludentes da intervenção penal contemporânea nos conduz, de novo, ao campo das políticas públicas, nas quais a política criminal se insere. Destaca ainda que, há um significativo setor da doutrina que reivindica o objetivo de uma política criminal metodológica da dimensão inclusão/exclusão social para avaliar concretos sistemas nacionais de controle penal. Na obra intitulada "A Política Criminal na Encruzilhada", Ripollés sugeri 9 indicadores para trazer à luz os efeitos socialmente inclusivos/excludentes de um sistema nacional, bem como para caracterizar comparativamente ao correspondente sistema nacional dentro da dimensão inclusão/exclusão social, são os seguintes indicadores: 1. controle de espaços públicos, 2. garantias penais, 3. sistema de determinação da pena e sistema de sanções, 4. penas máximas, 5. regime penitenciário, 6. internamentos de segurança, 7. status legal e social de delinquentes e ex-delinquentes, 8. registros policiais e penais, 9. direito penal juvenil. Diante disso, o presente estudo da imposição da dupla face do Princípio da Proporcionalidade, assume papel relevantes para a resposta adequada constitucionalmente, com o objetivo a construção de uma teoria das fontes, e assim, servir de bases para uma Política Criminal eficaz. (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A política criminal na encruzilhada** / José Luis Díez Ripollés; tradução de André Luís Callegari. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. P.109-120)

² - Para corroborar com a referida atribuição livre de sentido, sem a necessária suspensão dos pré-juízos, como explicar a variação de 16% a 81% de taxa de rejeição dos recursos analisados pelos desembargadores e câmaras criminais do TJ-SP, entre 01 de janeiro e 31 de dezembro de 2014 do universo de 157.379 acórdãos, se as leis são as mesmas e os processos têm naturezas parecidas, em tese, as taxas de recursos negados não deveriam ser tão discrepantes de uma câmara para outra. Ora, uma das explicações reside exatamente no comportamento dos desembargadores, que desprezam o conteúdo programático do texto normativo, atribuindo sentido como se fossem os donos dos sentidos, com uma carga de pré-juízos asoberbada, que pode explicar o referido desvio padrão das decisões judiciais. (NUNES, Marcelo G., Trecenti, Julio A. Z. Reformas de decisão nas câmaras de direito criminal em São Paulo. 23 de julho de 2015. Fonte: <http://s.conjur.com.br/dl/estudo-camaras-criminais-tj-sp.pdf>. Acesso em 10/09/2016.)

fontes, que faz a doutrina e grande parcela dos juizes, ainda se prenderem aos princípios gerais do direito, tidos como axiomas do século XIX que, inexoravelmente, deixam de observar, ao fim ao cabo, o elevado grau de normatividade presente na Constituição Federal.

Diante disso, entende-se que, para construirmos uma teoria das fontes com observância irrestrita ao texto constitucional, se faz necessário a correção de tipos penais inadequados via respostas adequadas constitucionalmente.

A elaboração dos tipos penais incriminadores na legislação penal infraconstitucional após a Constituição de 1988 denota a passagem de uma política de intervenção mínima para uma política de intervenção máxima, tendo como fundamento a sensação de insegurança que assola a sociedade brasileira. Do mesmo modo, esta referida quantificação de penas destinadas a determinados delitos emblemáticos, não guardam a devida proporção com relação à lesão do bem jurídico que se pretende proteger, ocorrendo casos em que o legislador quantifica com penas desproporcionais condutas que ainda não atingem bens jurídicos importantes.³

Nesse sentido, conforme assinala Callegari, não se deve olvidar que o princípio da proporcionalidade deve limitar a sanção aplicada ao fato cometido, guardando a devida proporção em relação à conduta delitiva e o risco que se corre ao inserirmos uma série de condutas, não só aumentar a pena em relação ao fato, mas, aumentá-la ainda mais quando se estabelece o concurso de crimes.⁴

Nesse sentido, estas inadequações dos tipos penais, assumem caráter de absoluta relevância, pois em determinadas circunstâncias, pode se estar ferindo direitos fundamentais, que o Estado tem o dever e obrigação de zelar, tanto das garantias fundamentais dos particulares da relação processual, quanto da sociedade, na dupla fase da proporcionalidade, em caráter de excesso ou insuficiência de proteção de direitos fundamentais.

Em outras palavras, da mesma forma que acusados titularizam direitos dignos de proteção, a exemplo à vida, ao gozo das liberdades, ao trabalho, ao

³ - CALLEGARI. André Luís, WERMUTH. Maiquel A. D. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010. P.121.

⁴ - Veja-se, por exemplo, o aumento de pena previsto na Lei nº 12.850/2013, que determina o aumento de pena quando o autor promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, a uma organização criminosa.

convívio familiar, não se pode, a pretexto de proporcionar sua efetivação, descuidar da proteção dos direitos das vítimas e da sociedade como um todo.

Nesse sentido exsurge a importância de trabalharmos no interior do direito penal quando evidenciado o descuido de direitos fundamentais, que após uma filtragem hermenêutica, dada a aplicação do princípio da proibição da proteção de excesso (*Übermassverbot*) ou da proibição da proteção insuficiência (*Untermassverbot*), se possa garantir a resposta constitucionalmente adequada em todos os graus de jurisdição, esta que se entende com *status* de direito fundamental.⁵

Portanto, em dias de aumento do número de leis penais, em contraponto ao aumento da criminalidade, entende-se como oportuno o presente estudo, uma vez que o artigo tem como objetivo central, preencher uma lacuna dentro do direito penal, qual seja, *a ausência de uma teoria das fontes que diminui precipuamente a força normativa da constituição federal*. Indiscutivelmente, observa-se a desatenção da doutrina e de grande parte dos juízes com relação aos princípios norteadores da Constituição Federal, pois já deveríamos ter construído uma sólida teoria das fontes, de modo a suprir as desconformidades de textos normativos penais incompatíveis com o avanço constitucional, assim como, corrigir interpretações rotineiras que ferem direitos individuais, com olhar ao duplo sentido da proporcionalidade.

A questão paradigmática será visitar as inadequações dos tipos penais, assim como, interpretações incoerentes consubstanciadas na livre atribuição de sentido do juiz, apontando a solução principiológica frente às distorções dogmáticas em matéria penal constitucional, que ao tentar dar a máxima efetividade a alguns dos direitos e garantias insculpidos na Constituição, acabam violando outros de mesma hierarquia. O instrumento que se pretende utilizar após o destaque de casos emblemáticos será a aplicação do princípio fundamental da proibição da proteção de excesso (*Übermassverbot*) e de

⁵ - A resposta correta (adequada constitucionalmente) tem um grau de abrangência que evita decisões ad hoc. Entenda-se, aqui, a importância das decisões em sede de jurisdição constitucional pelo seu papel de proporcionar a aplicação em casos similares. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões forem aplicados para outros casos idênticos; mas, mais do que isso, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas** / Lenio Luiz Streck. - 5. ed., rev., mod. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. P.656.)

insuficiência (*Untermassverbot*), com o último objetivo de construir uma teoria das fontes dentro do direito penal.

II. A proibição do excesso na ação estatal (*Übermassverbot*) e a proibição da proteção insuficiente ao bem jurídico individualmente tutelado (*Untermassverbot*).

Tal como referido na introdução, o texto busca discutir a ausência da teoria das fontes, fato que conduz o direito penal ao fenômeno de “baixa constitucionalidade”⁶, diante do significativo fenômeno de produção de leis em sentido amplo, fazendo surgir todos os dias inéditas leis ordinárias, portarias e resoluções que passam a valer mais que a Constituição Federal, fato que corrobora para o desequilíbrio de proteção entre determinados bens jurídicos constantes no Código Penal, acontecimentos que resultam em diversas inadequações dos tipos penais. Não obstante, por outro lado, quando o texto normativo se encontra devidamente construído, à luz da coerência e integridade legislativa,⁷ constatamos inúmeros casos em que a interpretação judicial ultrapassa os limites semânticos⁸ do texto produzido democraticamente.⁹

⁶ - Os problemas decorrentes de uma “baixa constitucionalidade” pode ser detectadas em vários âmbitos do direito e sob os mais diversos matizes. O déficit de constitucionalidade da operacionalidade do direito tem suas feridas expostas na (metafísica) equiparação entre vigência e validade (o que equivale hermeneuticamente a equiparar texto e norma). Em consequência, a Constituição fica relegada a um segundo plano, porque sua parametricidade perde importância na aferição da validade de um texto, colocando em risco a própria (sobrevivência da) Constituição de 1988. (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas** / Lenio Luiz Streck. - 5. ed., rev., mod. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. P.257.)

⁷ - Dworkin sustenta que, tanto na esfera jurisdicional quanto legislativa, é necessária uma coerência de forma que não se trate os direitos individuais de forma arbitrária, o mandamento de coerência inclui todos os argumentos de princípios, dos quais uma comunidade política obtém a sua legitimidade. “Em caso de qualquer tratamento arbitrário que violar um dos princípios pleiteados por motivos legítimos, a própria legitimidade estará em jogo”. (DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. 2. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Coleção Direito e Justiça. P.283)

⁸ - Limites semânticos no sentido descrito por Elias Dias, [...] não seríamos capazes, nesta quadra da história, de admitir uma legalidade inconstitucional. Isso deveria ser evidente. (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas** / Lenio Luiz Streck. - 5. ed., rev., mod. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. P.39.)

⁹ - Conforme Marinoni não adiantaria ter legislação estável e, ao mesmo tempo, frenética alternância das decisões judiciais. Para dizer o mínimo, as decisões judiciais devem ter estabilidade porque constituem atos de poder. Ora, os atos de poder geram responsabilidade àquele que os instituiu. Assim, as decisões não podem ser livremente desconsideradas pelo próprio Poder Judiciário. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Os precedentes na dimensão da segurança jurídica**. Revista jurídica, n. 398, dez. 2010. P.33)

Em ambos os casos, poderíamos estar diante, tanto da *insuficiência* quanto do excesso da proteção de um direito fundamental,¹⁰ que o Estado por um lado tem o dever e obrigação de prestar ao cidadão diante do excesso, e de outro, de zelar que este direito fundamental não seja excedido violando direitos fundamentais da vítima ou da coletividade, numa ideia de eficácia horizontal dos direitos fundamentais.¹¹

Nesse sentido, há uma espécie de dupla face de proteção dos direitos fundamentais, a proteção negativa, que tutela as ações excessivas, e a proteção positiva contra omissões estatais¹² e, observa-se que, o agressor que executa o excesso pode ser o indivíduo transgressor ou o Estado. Em outras palavras, o Estado pode infringir a Constituição, tanto pelo dever de proteção dos direitos fundamentais individuais frente aos excessos na ação estatal, que enseja o

¹⁰ - Para Ingo Wolfgang Sarlet um direito fundamental é sempre um direito de matriz constitucional (sendo ou não também um direito humano), mas não se trata de um mero direito constitucional. Numa outra formulação: entre um direito fundamental e outra simples norma constitucional (a despeito da terem em comum a hierarquia superior da constituição e o fato de serem todas parâmetro para o controle de constitucionalidade) situa-se um conjunto, maior ou menor, de princípios e regras que asseguram aos direitos fundamentais um *status*, representado por um regime jurídico, diferenciado. Desde logo, do ponto de vista das opções expressas do Constituinte histórico, o texto constitucional vigente entre nós assegurou, de modo inovador em nossa ordem jurídica, a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (artigo 5, § 1º), embora não tenha feito referência à vinculação direta dos poderes públicos. De qualquer sorte, cuida-se também de elemento peculiar de um regime jurídico-constitucional próprio dos direitos e garantias fundamentais. O mesmo pode ser afirmado em relação à previsão do artigo 60, § 4º, da Constituição Federal, onde, juntamente com a separação dos poderes e do federalismo (princípios fundamentais estruturantes), o direito fundamental ao sufrágio e os demais direitos e garantias individuais foram erigidos à condição de limites materiais ao poder de reforma constitucional, o que também integra o regime jurídico reforçado dos direitos fundamentais. Por isso, é possível compreender as razões pelas quais a garantia do FGTS, do adicional de 1/3 sobre as férias do trabalhador, a garantia da anualidade em matéria eleitoral, dentre tantos exemplos que aqui poderiam ser colacionados — são direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira e não o são, necessariamente, em outras constituições. (SARLET, Ingo Wolfgang. **O conceito de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-27/direitos-fundamentais-conceito-direitos-fundamentais-constituicao-federal-1988>. Acesso: 06 de setembro de 2016).

¹¹ - Para Streck, a tarefa do Estado é defender a sociedade, a partir da agregação das três dimensões de direitos – protegendo-a contra os diversos tipos de agressões. Ou seja, o agressor não é somente o Estado. O Estado não é único inimigo! Registre-se, nesse sentido, a doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ou de sua eficácia perante terceiros, produto de uma constatação básica e evidente: a de que os direitos fundamentais também são violados por particulares, e não apenas pelo Estado. No caso do direito penal, é exatamente essa a relação que se tem: uma pessoa física violando direito fundamental de outra. (STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Brasília: Revista Jurídica Virtual, vol. 2, n. 13, junho/1999.)

¹² - STRECK, Lenio Luiz. **O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht)**: O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes?. Disponível em: http://www.mprs.mp.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/artigo_lenio.pdf Acesso em: 05 de setembro de 2016.

controle de constitucionalidade no seu aspecto negativo (*Übermassverbot*), quanto a proibição da proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado (*Untermassverbot*).

Segundo Sarlet, a proibição de excesso vincula igualmente a um dever de proteção por parte do Estado,¹³ inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, o que requer maior densificação com relação aos desdobramentos quanto a proibição da proteção de insuficiência na área jurídico-penal, que reflete, por conseguinte na esfera da política criminal, uma vez que o Estado pode frustrar o seu dever de proteção insuficientemente, gerando reflexos de âmbito geral na comunidade.¹⁴ Assim, em contraponto à proibição de excesso, a jurisprudência admite a proibição da proteção insuficiente relacionada aos deveres de proteção do Estado (*Untermassverbot*).¹⁵ E, inclusive, assinala que sejam passíveis de controle jurisdicional os atos judiciais que atentem contra os direitos fundamentais.¹⁶

¹³ - Canotilho no mesmo sentido assinala que “existe um defeito de proteção quando as entidades sobre quem recai um dever de proteção (Schutzpflicht) adotam medidas insuficientes para garantir uma proteção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. P.273.)

¹⁴ - Para Ingo Wolfgang Sarlet um direito fundamental é sempre um direito de matriz constitucional (sendo ou não também um direito humano), mas não se trata de um mero direito constitucional. Numa outra formulação: entre um direito fundamental e outra simples norma constitucional (a despeito da terem em comum a hierarquia superior da constituição e o fato de serem todas parâmetro para o controle de constitucionalidade) situa-se um conjunto, maior ou menor, de princípios e regras que asseguram aos direitos fundamentais um *status*, representado por um regime jurídico, diferenciado. Desde logo, do ponto de vista das opções expressas do Constituinte histórico, o texto constitucional vigente entre nós assegurou, de modo inovador em nossa ordem jurídica, a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (artigo 5, § 1º), embora não tenha feito referência à vinculação direta dos poderes públicos. De qualquer sorte, cuida-se também de elemento peculiar de um regime jurídico-constitucional próprio dos direitos e garantias fundamentais. O mesmo pode ser afirmado em relação à previsão do artigo 60, § 4º, da Constituição Federal, onde, juntamente com a separação dos poderes e do federalismo (princípios fundamentais estruturantes), o direito fundamental ao sufrágio e os demais direitos e garantias individuais foram erigidos à condição de limites materiais ao poder de reforma constitucional, o que também integra o regime jurídico reforçado dos direitos fundamentais. Por isso, é possível compreender as razões pelas quais a garantia do FGTS, do adicional de 1/3 sobre as férias do trabalhador, a garantia da anualidade em matéria eleitoral, dentre tantos exemplos que aqui poderiam ser colacionados — são direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira e não o são, necessariamente, em outras constituições. (SARLET, Ingo Wolfgang. **O conceito de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-27/direitos-fundamentais-conceito-direitos-fundamentais-constituicao-federal-1988>. Acesso: 06 de setembro de 2016).

¹⁵ - SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência**. In: Revista de Estudos Criminais n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul: Editora Nota Dez, 2003, P. 86.

¹⁶ - SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. P.351.

Para o professor Jorge Miranda, há uma dupla função da proteção dos direitos fundamentais, vez que além da função negativa de proteção contra atos e abusos dos poderes estatais, também é obrigação da jurisdição constitucional efetuar uma efetiva proteção positiva, estando os juízes e tribunais obrigados, por meio da aplicação, interpretação e integração, a outorgar às normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico. Sendo indispensável, que juízes e tribunais apliquem leis em conformidade com os direitos fundamentais.¹⁷

Sem estar se referindo a dupla fase do princípio da proporcionalidade, o jurista alemão Claus Roxin chega às mesmas conclusões quando descreve a dupla função do direito penal, isto é, serve simultaneamente, como limitação ao poder de intervenção do Estado, como ferramenta de combate ao crime. Portanto, com a mesma intensidade, deve proteger o indivíduo de uma repressão desmedida por parte do Estado, bem como, proteger igualmente a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo. Para esse autor, são dois os componentes do direito penal: a) o correspondente ao Estado de Direito e protetor da liberdade individual; b) e o correspondente ao Estado Social e preservador do interesse social mesmo à custa da liberdade do indivíduo.¹⁸

Cabe destacar que, em análise da legislação e jurisprudência, em determinadas ocasiões, revela-se uma preocupação do Estado com os direitos e garantias dos agentes criminosos, em determinadas ocasiões, em detrimento aos direitos constitucionalmente conferidos à coletividade, expondo a sociedade

¹⁷ - MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. v.4. Coimbra: Coimbra Editores, 1996. P.283. . No mesmo sentido, o Prof. Jorge Miranda observou que “a constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. vol. IV, p. 180.

¹⁸ - ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3. ed. Lisboa: Veja Universitária, 1998, P. 76.

ao risco.¹⁹ No entanto, dado o nível avançado da criminalidade no Brasil,²⁰ vem se (re)discutindo as formas de elaboração e aplicação das normas de maneira a garantir aos bens jurídicos mais relevantes a devida proteção. E nesse sentido, a atenção permanente à dupla face do princípio da proporcionalidade torna-se indispensável, como um instrumento eficaz para oferecer a resposta adequada em conformidade a Carta Maior, resguardando os direitos fundamentais reivindicados no caso concreto.

O Supremo Tribunal Federal, como relação ao princípio da proibição de excesso e de insuficiência, se limita a apresentá-lo como meio de controle de proporcionalidade de omissões estatais, representando apenas a segunda face menos conhecida do princípio da proporcionalidade, a primeira sendo a “*proibição de excesso*” é tida simplesmente como sinônimo de proporcionalidade, um erro crasso que deveria ser observado, pois se tratar de uma corte que deve zelar pelas garantias fundamentais.

¹⁹ - Tal narrativa não se trata de *hard case* utilizado em aulas de Direito para tipificação de pena, dosimetria de pena, ou algo do gênero. O caso utilizado como exemplo é um fato verídico que serve para descrever a realidade quando, o julgador ao interpretar o caso concreto observa somente o Princípio da Proibição do Excesso, olvidando-se que nesse momento, também deve se atentar a outra face da proporcionalidade, isto é, do Princípio da Proibição da Proteção Insuficiente. Trata-se de T.O.S, um criminoso desde sua adolescência, começou atacando com um garfo de cozinha, mas não demorou a evoluir para arma de fogo. T.O.S entra e sai da cadeia desde 2004. Sua conduta carcerária é considerada péssima por desobedecer e ofender carcereiros. Já ficou quatro vezes em isolamento como castigo e respondeu a pelo menos quatro processos administrativos. Da mesma forma que matou C. para roubar um celular (em depoimento, alegou disparo acidental), T.O.S quase tirou a vida de uma jovem de 18 anos, em 2005, ao assaltar um grupo de estudantes. Enquanto revistava uma mochila, apertou o gatilho do revólver, acertando a virilha da garota. O crime resultou em sua primeira condenação. A segunda foi em 2013, por porte ilegal de arma. T.O.S já obteve três autorizações para progressão para o semiaberto e duas de liberdade condicional, todas suspensas por fuga, mau comportamento na cadeia ou por cometer novo crime. Destarte, a atual condição carcerária, o julgador não deve exercer sua função “obrigatória” de zelar pela garantias constitucionais da sociedade.

²⁰ - No mais recente estudo do IPEA (Instituto de Pesquisa e Estatística Aplicada) sobre a criminalidade do Brasil, ficou demonstrado que no ano de 2014, pelo menos 59.627 pessoas sofreram homicídio no Brasil, o que elevou nossa taxa para 29,1 mortes por 100 mil habitantes. Trata-se de uma situação gravíssima, ainda mais quando notamos que mais de 10% dos homicídios do mundo acontecem em solo nacional. Desde 2004, a evolução da prevalência de homicídio tem se dado de maneira desigual no território. Enquanto oito unidades federativas lograram diminuição em suas taxas, em outros seis estados o aumento das taxas foi superior a 100%, sendo que a maioria deles é situada no Nordeste. Um ponto interessante a notar é que naqueles estados em que se verificou queda dos homicídios, políticas públicas qualitativamente consistentes foram adotadas, como no caso de São Paulo, Pernambuco, Espírito Santo e Rio de Janeiro. Fonte: MS/SVS/CGIAE - Sistema de Informações sobre Mortalidade - SIM. Nota: Dados de 2014 são preliminares e 9º Anuário do FBSP. Diest/Ipea.

À exemplo da observância permanente a proibição do excesso podemos referir a teoria expressamente defendida por Claus Roxin²¹, Luigi Ferrajoli²² e Eugênio Raúl Zaffaroni²³, esta que conduz o direito penal à valorização dos aspectos do garantismo penal, que titulariza aos acusados os direitos dignos de proteção, a exemplo à vida, ao gozo das liberdades, ao trabalho, ao convívio familiar. Observa-se que, não estamos se referindo às referências superficiais dos ditames do garantismo penal referida por uma parcela da doutrina, e também, por juízes para fundamentar decisões que nada se aproxima do garantismo penal,²⁴ pois estes não compreendem, na essência, qual a extensão e os critérios de sua aplicação.

Mas, considerando o garantismo de Claus Roxin na busca da concretização efetiva das garantias fundamentais do acusado, em determinados casos, acabam descuidando da proteção dos direitos fundamentais da vítima ou da sociedade.²⁵ O que leva, inexoravelmente, depositarmos a devida importância

²¹ - ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. 25 edição, Buenos Aires, Del Puerto, ano 2000.

²² - FERRAJOLI, Luigi: **Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal**. Madrid: Trotta, 1998.

²³ - ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Trad. Jorge Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

²⁴ - Precisamos ser sinceros e incisivos (sem qualquer demérito a quem pensa em contrário): têm-se encontrado muitas e reiteradas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais com simples *referência* aos ditames do “*garantismo penal*”, sem que se compreenda, na essência, qual a extensão e os critérios de sua aplicação. Em muitas situações, ainda, há distorção dos reais pilares fundantes da doutrina de Luigi Ferrajoli (*quicá* pela *compreensão não integral* dos seus postulados). Daí que falamos que se tem difundido um *garantismo penal unicamente monocular e hiperbólico*, evidenciando-se de forma isolada a necessidade de proteção *apenas* dos *direitos* dos cidadãos que se vêem processados ou condenados. Relembremos: da leitura que fizemos, a grande razão histórica para o surgimento do *pensamento garantista* (que aplaudimos e concordamos, insista-se) decorreu de se estar diante de um Estado em que os direitos fundamentais não eram minimamente respeitados, especialmente diante do fato do sistema totalitário vigente na época. (FISCHER, Douglas. **Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade**: Breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/hllDocumentaPeriodicos_122009.pdf>. Acesso em: 06 de setembro de 2016).

²⁵ - A exemplo do aspecto negativo da proteção do Estado (*Übermassverbot*), no dia 25/08/2016, o criminoso Fabrício Farias foi preso depois de participar na morte uma mãe em frente da filha na saída da Escola Dom Bosco, na Zona Norte de Porto Alegre-RS. Fato surpreendente identificou-se logo após a identificação do agente criminoso, pois Fabrício Farias havia sido preso em 12 de novembro de 2015 e solto em 12 de abril de 2016 sob alegação de excesso de prazo - menos de 5 meses - da prisão cautelar. O Ministério Público, no dever de proteção da sociedade nos dois sentidos (*Übermassverbot* e *Untermassverbot*), recorreu da decisão de soltura da Juíza Vanessa Gastal de Magalhães nos autos do processo criminal nº 2.15.0094971-8. Estando solto, novamente foi preso em 15 de julho de 2016 por outro assalto, mesmo respondendo a outro processo por roubo, este agora com reconhecimento das vítimas no boletim de ocorrência, foi solto em 16 de julho de 2016, isto é, um dia depois de ser preso pela prática do segundo roubo.

à dupla face do princípio da proporcionalidade, tanto em atenção à proibição de excesso, quanto da insuficiência de um direito fundamental posto em análise.

Diante de tal mister, por muitas vezes a inadequação do tipo penal em apreço, que raramente passa por uma filtragem hermenêutica adequada, acaba valorizando desproporcionalmente o direito do acusado, e esse excesso, conseqüentemente, pode conduzir o Estado a tutelar os direitos fundamentais de sujeitos da relação processual ou da coletividade negativamente, inobservado desse modo, de outro lado o teor do princípio da proibição da proteção insuficiente (*Untermassverbot*).

Logicamente, não se pode, a pretexto de proporcionar a efetivação dos direitos individuais dos acusados, descuidar da proteção da vítima ou até mesma da sociedade. É exatamente esse equilíbrio, observando constantemente os princípios (*Übermassverbot* e *Untermassverbot*), que o intérprete deve buscar no momento da decisão de cada caso concreto enfrentado, buscando incansavelmente a correção das inadequações dos tipos penais, construindo as bases para uma teoria das fontes no século XXI.

Indiscutivelmente, a referida problemática da ausência de uma teoria das fontes no Direito Penal sugeri, uma criteriosa filtragem hermenêutica filosófica com ênfase nos princípios da proibição de excesso (*Übermassverbot*) e da proibição da proteção insuficiência (*Untermassverbot*), que ao fim ao cabo, conduz à análise de decisões de excesso ou negatórias dos direitos fundamentais, que em muitos casos, tentando dar a máxima efetividade a alguns dos direitos e garantias insculpidas na Constituição, acabam por violar outros de mesma hierarquia, tanto do ponto de vista do Estado em garantir os direitos sociais do cidadão frente à força normatividade da Constituição Federal, quanto do Estado em zelar pelos direitos fundamentais da sociedade.

Soltura realizada em audiência de custódia conduzida pela Juíza Rosália Huyer (plantonista), liberdade provisória esta que levou o Ministério Público novamente a recorrer nos autos do processo nº 2.16.0056569-5, devido a soltura equivocada da MM. juíza criminal, vez que reincidente pela prática do mesmo delito, recurso até a presente data não examinado. Nesse ínterim, passados 40 dias da soltura equivocada oriunda da audiência de custódia, o criminoso Fabrício Farias, em comunhão de esforços com os comparsas Rafael Santa Helena e Tiago da Silva, cometeram o crime agora de latrocínio, matando a mãe Cristine Fagundes e roubando o carro que a vítima dirigia. Histórico criminoso este, derivado notadamente da proteção negativa do Estado (*Übermassverbot*), que ambas as juízas (o Estado), se negaram a observar em defesa da coletividade.

A partir disso, entendendo como já referenciado que, a resposta constitucionalmente adequada possui *status* de direito fundamental, e, além disso, o princípio em caráter deontológico,²⁶ que o conduz ao *status* de norma,²⁷ pretende-se por meio do Princípio da Proibição de Excesso (*Übermassverbot*) e da Proibição da Proteção Insuficiente (*Untermassverbot*), pensada pela doutrina e jurisprudência alemã como instrumento indicador do grau de cumprimento de certos *deveres de proteção estatal* depreendidos da *Grundgesetz*, discutir determinadas inadequações dos tipos penais inseridos no Código Penal de 1941 e no Projeto do novo Código Penal (PLS/2012), assim como, analisar decisões emblemáticas que em desatenção à dupla face do princípio da proporcionalidade, acabam ferindo a força normativa constitucional.

III. A tarefa da hermenêutica filosófica na construção de uma teoria das fontes no Direito Penal

Temos a ideia que com o uso da palavra, constituímos-nos como algo no mundo, e como a palavra em ação se torna linguagem, Heidegger sustentou, a linguagem é a casa do ser, a casa do ser, em que mora o homem, onde os pensadores e poetas são os guardas desta habitação.²⁸ O homem fala. Falamos quando acordados, e em sonho também falamos. Falamos continuamente. Falamos mesmo quando não deixamos soar nenhuma palavra. Falamos quando ouvimos e lemos. Falamos igualmente quando não ouvimos e não lemos e, ao invés, realizamos um trabalho ou ficamos à toa. Falamos sempre de um jeito ou de outro.²⁹

²⁶ - Conforme Habermas os princípios jurídicos não podem assimilar-se aos valores, pois ambos possuem propriedades lógicas inteiramente distintas. Eis que o autor observa que as normas – enquanto princípios – obrigam seus destinatários igualmente, sem exceção, a cumprirem as expectativas generalizadas de comportamento, enquanto os valores devem ser entendidos como preferências intersubjetivamente compartilhadas. Assim, a prestação jurisdicional orientada por princípios tem que decidir qual pretensão e qual conduta é correta em um determinado conflito – e não equilibrar bens ou relacionar valores. E por fim afirma que a validade jurídica do juízo tem o sentido deontológico de um comando, e não o sentido teleológico do que pode-se alcançar sob dadas circunstâncias no horizonte dos desejos. (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro, Tempo brasileiro, 1997, p. 328-329.)

²⁷ - Para Streck, o aspecto mais importante a diferenciar o pós-positivismo do positivismo, problemática central no debate Dworkin-Hart, uma vez que, somente para a ótica dos positivistas, um princípio não é norma. (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Ob.cit. P.547-548.)

²⁸ - REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia: do romantismo até nossos dias**. 2 ed. São Paulo: Paulus, 1991. P.591 (Filosofia, v.3)

²⁹ - HEIDEGGER, Martin. **A caminho da linguagem**. Petrópolis: Vozes, 2003. P.7.

A partir disso, passamos a compreender as coisas que estão a nossa volta, passamos a identificar as coisas pelo nome, vamos definindo características, comportamentos, enfim, vamos se colocando no mundo. E assim, passamos a construir nossos pré-juízos, já operado e fixado de antemão como tal e fechado em si, sem abertura para o mundo. No entanto, a nossa pré-compreensão é relacionada à fatos essenciais, está sempre aberta para o mundo, e a medida que a compreensão avança, ela se deixa refutar e retificar, tudo isso não se exprime pelo nossos pré-juízos.³⁰ Nesse movimento da compreensão, há uma característica de antecipação de sentidos daquilo que se pretende conhecer,³¹ e pelo nosso caráter existencial, já antecipamos, desde-já-sempre, um sentido compreendido previamente.³²

Nesse sentido, como Gadamer rejeita a existência de um ponto arquimediano que ofereça condições ao intérprete de se aproximar de questões jurídicas suspendendo seus pré-juízos,³³ descreve que cabe ao intérprete, *suspendere seus pré-juízos* em direção ao sentido projetado objetivamente pelo texto.³⁴

³⁰ - Gadamer vai além destacando, ainda que o termo preconceito tenha recebido um sentido negativo, pela palavra prejuízo/preconceito entendemos um juízo ou um conceito preconcebido, já operado e fixado de antemão como tal e fechado em si, sem abertura de mundo. Já a pré-compreensão, ligadas aos fatos essenciais, fica sendo aberta que progride e se amplia constantemente, pois uma vez que a compreensão se adianta, ela se deixa refutar e retificar, tudo isso não se mostra por meio de preconceito, que anteriormente vai sugerir uma representação contrária. Desse modo, torna-se mais adequado falar em pré-compreensão, a partir do círculo hermenêutico ligado a historicidade da compreensão, fundada como o contexto histórico efetivo em que estamos e no qual a palavra historicamente falada e escrita entra na tradição, continua a operar nela e se interpreta, penetrando, assim, também no horizonte de nossa compreensão e tornando-se condição de possibilidade da compreensão histórica. (CORETH. Emerich. **Questões fundamentais de Hermenêutica**. tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo, EPU, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973. P.87.)

³¹ - OLIVEIRA, M. A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996. P.227-232.

³² - STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Ob. cit. P.144.

³³ - É possível constatar, que a idéia de separação metodológica, para Gadamer, é um não-começo, uma vez que, “não podemos encontrar um ponto arquimediano fora da cultura e linguagem em nossa busca pela verdade, pois assim como nossos preconceitos, as condições de entendimento fazem parte daquilo que procuramos tornar compreensível” (LAWN, Chris. **Compreender Gadamer**. Tradução de Hélio Magri Filho. Petrópolis: Vozes, 2007. P.14).

³⁴ - Para o filósofo Gadamer, apesar de recuar diante das pretensões da filosofia hermenêutica de Heidegger, ampliou a compreensão da hermenêutica. Como bem salienta Stein, a Filosofia para Gadamer se tornou um adjetivo da hermenêutica, do mesmo modo que já existiam outros adjetivos como, hermenêutica bíblica, jurídica, literária, histórica. A relação dessa nova hermenêutica com as hermenêuticas anteriores terminaria sendo o objetivo principal da obra de Gadamer “Verdade e Método”. Pois essa sua denominação dava ao autor dois tipos de liberdades: primeiramente o autor poderia introduzir uma

Certamente, não temos dúvidas, com o nosso desde-já-sempre, sobre as coisas que estão dadas ao nosso redor, tipo: por que o campo de futebol é retangular e não redondo, por que o lutador espanca o adversário durante a luta, mas ao final ambos se abraçam, por que levantar peso é tarefa árdua, mas o atleta comemora quando faz o levantamento de peso máximo, todos são exemplos do cotidiano no nosso desde-já-sempre. Agora, se trabalharmos o direito do mesmo modo que tratamos as coisas do cotidiano, isto é, com alienação e sem a suspensão dos pré-juízos que carregamos com o nosso desde-já-sempre, inexoravelmente, estaremos mergulhados na mais profunda inautenticidade do ser.³⁵

O fato do intérprete, primeiro decidir para depois interpretar é uma realidade, indiscutivelmente, constatada no cotidiano da prática do direito penal, onde o estado comportamental do julgador encontra-se atrelado a essa espécie de sujeito-objeto, e nesse estado das coisas, que o julgador faz suas amarras na profunda inautenticidade do ser. E, desse modo, que grande parcela de determinados juízes voluntaristas, ainda se prendem aos princípios gerais do direito, tidos como axiomas do século XIX, e taxativamente, deixam de observar o grau de normatividade da Constituição Federal, ou seja, em desatenção aos direitos fundamentais descritos na Carta Maior decidem com livre atribuição de sentidos.

maneira de compreender diferente daquela das ciências do espírito, ao mesmo tempo, se libertaria do uso estrito da hermenêutica, como aparecia em Heidegger, o que modificaria seu próprio conceito de compreensão. Tem-se uma ampliação da hermenêutica para além de qualquer limite, uma pretensão de universalidade, como sendo uma forma de criar uma disciplina que englobe toda e qualquer atividade do ser humano no campo da interpretação. Em outras palavras, essa nova hermenêutica vem ampliar o espaço de legitimação dos processos cognitivos, o processo interpretativo tem a função de explicitar o compreendido, ou seja, a compreensão vai ocorrer em um nível estruturante, onde o sentido se manifestará de forma antecipada, assentado nos pré-juízos autênticos e inautênticos do intérprete. A entificação minimamente necessária, resultante da explicitação do compreendido, torna-se indispensável no plano da intersubjetividade, para que o intérprete consiga se comunicar. (Streck, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. **Constituição, hermenêutica e teorias discursivas** / Lenio Luiz Streck. - 5. ed., rev., mod. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. P.484.)

35 - O descobrimento do ser é realizado por Heidegger, que supera não somente o cogito em Descartes, mas também os princípios epocais de esquecimento do ser que se sucederam – eu penso em Kant, saber absoluto em Hegel e vontade de poder em Nietzsche – é que a fenomenologia hermenêutica heideggeriana vai desentificar o ser do ente, ou seja, Heidegger procedia a uma desleitura dos textos de caráter ético e antropológico, na direção em que transformava os termos básicos de caráter ético em termos ontológicos. Conforme destaca Stein, Heidegger foi um autor presunçoso que num único golpe de análise da Filosofia, pretendia resolver a questão não resolvida durante dois mil anos de discussão filosófica: o caráter antitético e paradoxal de trazer a questão do ser para a linguagem adequada. (Stein, Ernildo. **As voltas com a metafísica e a fenomenologia** / Ernildo Stein. – Ijuí: Ed. Unijuí, 2014. P.108-112.)

Diferentemente disso, tal como referenciado, entende-se aqui, que o direito é um sistema de regras e princípios. Dito de outra forma, que não existem normas perfeitas, mas sim, inadequações de inúmeros tipos penais que devem ser complementados por princípios, compreensão esta do direito a partir de uma diferença ontológica, que distingue texto e norma.³⁶

Assim, a resposta adequada para cada caso concreto enfrentado pelo intérprete, inexoravelmente, dar-se-á com base na condição de possibilidade que a hermenêutica jurídica derivada da hermenêutica filosófica fornece ao intérprete. Em outras palavras, o julgador deve sempre observar a necessidade de, num ato unitário de compreensão-interpretação-aplicação, se inclinar sobre o caso concreto,³⁷ removendo o chão-linguístico onde está assentada a tradição, fazendo o fenômeno (direito fundamental) exsurgir, de modo proporcional às partes.

Destaca-se ainda que, esse momento de (des)leitura o qual antecede o momento da compreensão, guarda relação direta à teoria interpretativa e coerente de Ronald Dworkin na esteira da hermenêutica do século XX, que se mostra de grande relevância para correção das inadequações de determinados tipos penais e interpretações incoerentes, com o objetivo final de construir uma teoria das fontes em observância a força normativa da Constituição Federal. Especialmente, porque com a utilização sempre presente da teoria dworkiniana, estar-se-á garantindo, indiscutivelmente, as garantias fundamentais em questão, posto que para Dworkin os direitos fundamentais são vistos como espécies de trunfos contramajoritários.³⁸

³⁶ - O jurista alemão Friedrich Müller distingue texto e norma em um processo de aproximação máxima do caso concreto com o Direito, dentro do diálogo entre o programa e o âmbito normativo, que durante o processo de concretização da norma, nasce a norma de decisão para aquele caso. Nesse processo, destacam-se a suspensão dos pré-conceitos do intérprete, entendendo o jurista alemão que todo o cidadão – *destinatário das prestações estatais negativas e positivas* – possui o direito de uma resposta adequada do Estado e dirigida ao seu caso concreto. (MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 240.)

³⁷ - Toda a compreensão se faz no seio da linguagem, e isso nada mais é do que a concretização da consciência da influência da história. Nesse sentido, como destaca Gadamer há uma relação essencial entre compreensão e linguagem. Tradição quer dizer entrega, transmissão. Algo nos é transmitido, é dito a nós no mito, nos costumes, nos textos, portanto, sobretudo na forma da tradição escrita, cujos sinais são destinados a qualquer um que tenha “capacidade de compreender”. A significação hermenêutica plena disso se desvela quando a tradição se faz escrita. OLIVEIRA, M. A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996. p. 233.

³⁸ - Numa palavra, a teoria dworkiniana mostra-se inexoravelmente coerente com a atribuição de sentidos derivada dos valores, que como se pôde notar, sempre andam em duplicidade de modo que se tenha sempre uma paridade de valores colocados em discussão, exatamente onde repousa a coerência no uso da moral. O direito para Dworkin é visto como um ramo da moral,

IV. A aplicação dos Princípios da Proibição do Excesso (*Übermassverbot*) e da Proibição da Proteção Insuficiente (*Untermassverbot*)

A defesa realizada até aqui, por um lado, se o Estado não pode se valer do *ius puniendi* para praticar arbitrariedades atentatórias aos princípios basilares da Constituição em desfavor do acusado, por outro, no chamado Estado Democrático de Direito, o Estado tem o dever de proteção integral de todos os direitos, não havendo mais como se falar apenas em uma função de proteção negativa do Estado. Portanto, o direito penal deve servir tanto no controle aos excessos dos poderes constituídos, quanto no combate à criminalidade, numa visão de proteção insuficiente.

Conforme Alessandro Baratta, no Estado Democrático de Direito, está-se diante de uma *política integral de proteção dos direitos*. Tal definição permite que se afirme que o dever de proteção estatal não somente vale no sentido clássico (proteção negativa) como limite do sistema punitivo, mas, também, no sentido de uma (proteção positiva) por parte do Estado.³⁹ Corroborado, pelo reconhecimento da atual criminalidade que assola o Brasil, reconhecendo que não somente a criminalidade mudou, mas também a função do Estado após a inauguração da Constituição Federal em 1988, fato que deve levar o intérprete a livrar-se dos axiomas do século XIX, e taxativamente, observar o grau de normatividade da Constituição Federal.

Conforme destaca Streck, a contrassenso da regra contra majoritária, o texto normativo deverá resultar na norma de decisão, sempre com alterações moldadas ao caso concreto nos restritos limites da Constituição,

apesar dos atributos que o particularizam. Já em termos de filosofia política, os direitos fundamentais são vistos como espécies de trunfos contramajoritários, e vinculam-se à ideia de dignidade de que Dworkin lança mão, da qual parte o direito a ser tratado com igual consideração e respeito, e divide a dignidade em dois princípios: (i) o direito a ser tratado com igual consideração e respeito e (ii) o de que os indivíduos têm a responsabilidade pessoal de definir o sucesso em suas próprias vidas, Trata-se de uma concepção nitidamente liberal quanto à concepção dos valores morais e, por conseguinte, do direito, na medida em que Dworkin o vincula a essa ideia de dignidade. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 513.

³⁹ - BARRATA, Alessandro. **La política Criminal y el Derecho Penal de la Constitución**: Nuevas Reflexiones sobre el modelo integrado de las Ciencias Penales. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, n. 2, 1999. P. 110.

pois caso fosse diferente, o próprio legislador possuiria total liberdade de conformação.⁴⁰

Nesse constrangimento epistemológico, a primeira ressalva que deve haver é subjetiva, ou seja, trata-se da suspensão da carga dos pré-juízo que o intérprete carrega consigo.⁴¹ Como já salientado, o intérprete deve se abrir à pré-compreensão com o intuito de abertura para o mundo.⁴² A segunda ressalva, embora Dworkin sustente que a integridade e coerência devem estar tanto no judiciário, quanto no legislativo,⁴³ devemos admitir que não rara às vezes, o texto

⁴⁰ - STRECK, Lenio. **O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht)**. Artigo publicado no Jus Navigandi. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/11493/o-dever-de-protecao-do-estado-schutzpflicht>. Acesso: 03 de setembro de 2016.

⁴¹ - O que estava na linha de frente de Schleiermacher era o problema dos mal-entendidos que poderiam surgir na compreensão de um texto. Mal-entendidos este que poderiam levar a uma interpretação completamente distinta do sentido que o autor determinou no texto. Devido a sua proximidade com o iluminismo alemão (*Aufklärung*), a saída de Schleiermacher se deu pela via do método. Mas o método de Schleiermacher era sensivelmente distinto de todos aqueles previstos pela tradição anterior. Era, em parte, uma continuidade com o modelo circular da tradição, através do qual o intérprete se movimentaria do todo para a parte e da parte para o todo, de modo a apurar a sua compreensão a cada movimentação efetuada. Ao final deste procedimento, que Schleiermacher denominou "*Círculo Hermenêutico*", o sentido original estaria preservado, e a compreensão encontraria nele aquilo que o próprio autor imprimiu. O Círculo Hermenêutico na verdade é uma metáfora que representa o movimento de compreensão estabelecido entre o intérprete e o texto (ou a comunicação verbalizada), sem consubstanciar um método. A dinâmica circular se estabelece entre os pré-juízos trazidos pelo intérprete e o conteúdo da mensagem a ser conhecida, de modo que a atribuição de sentido ocorre mediante o influxo alternado e interdependente das partes (palavras, orações e frases) e do todo (conjunto do texto). Segundo a lógica do círculo hermenêutico, somente é possível compreender as partes através do todo, bem como a totalidade apenas pode ser interpretada pela significação das respectivas parcelas, mediante o fluxo circular balizado pelos pré-juízos portados pelo intérprete. (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. P.267)

⁴² - Além disso, Gadamer vai além destacando, ainda que o termo *preconceito* tenha recebido um sentido negativo, pela palavra *prejuízo/preconceito* entendemos um juízo ou um conceito preconcebido, já operado e fixado de antemão como tal e fechado em si, sem abertura de mundo. Já a pré-compreensão, ligada aos fatos essenciais, fica sendo aberta que progride e se amplia constantemente, pois uma vez que a compreensão se adianta, ela se deixa refutar e retificar, tudo isso não se mostra por meio de *preconceito*, que anteriormente vai sugerir uma representação contrária. Desse modo, torna-se mais adequado falar em pré-compreensão, a partir do círculo hermenêutico ligado a historicidade da compreensão, fundada como o contexto histórico efetivo em que estamos e no qual a palavra historicamente falada e escrita entra na tradição, continua a operar nela e se interpreta, penetrando, assim, também no horizonte de nossa compreensão e tornando-se condição de possibilidade da compreensão histórica. (CORETH. Emerich. **Questões fundamentais**. Tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo, EPU, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973. P.87.)

⁴³ - Dworkin sustenta que, tanto na esfera jurisdicional quanto legislativa, é necessária uma coerência de forma que não se trate os direitos individuais de forma arbitrária, o mandamento de coerência inclui todos os argumentos de princípios, dos quais uma comunidade política obtém a sua legitimidade. "Em caso de qualquer tratamento arbitrário que violar um dos princípios pleiteados por motivos legítimos, a própria legitimidade estará em jogo". (DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípios. 2. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Coleção Direito e Justiça. P.283)

normativo manifestamente exsurge com vício de origem legislativa trazendo malefícios à sociedade, e essa questão fulcral, conforme assinala Streck, assume foros de maior gravidade quando se está em face de um comando explícito de criminalização.⁴⁴ Por isso, deve-se estar atento, de modo a suprir a referida deficiência legislativa, com ênfase nos Princípios da Proibição do Excesso (*Übermassverbot*) e da Proibição da Proteção Insuficiente (*Untermassverbot*).

IV.a - A aplicação dos Princípios da Proibição do Excesso e da Insuficiência frente a inadequações de tipos penais

Para ingressarmos na seara da aplicação, comparamos dois fatos, o primeiro o acusado furta uma bola de futebol no pátio do seu vizinho através da escada, estando ausentes os quatro requisitos para exclusão da tipicidade conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal,⁴⁵ o acusado responderá nos termos do artigo 155, §4º, inciso II, com uma pena de reclusão que pode variar de 2 a 8 anos, mais multa.

No entanto, caso o vizinho for um empresário que sonegou determinado tipo de tributo até R\$ 20 mil, e requerer o parcelamento até o recebimento da denúncia, terá suspensa a pretensão punitiva do Estado, e mais, a qualquer tempo, se realizar o pagamento total do tributo será extinta a pretensão de punibilidade do Estado, conforme jurisprudência pacificada do STF, consolidada com base na Portaria 75/2012, art.1º, inciso II.

Este mesmo caso hipotético, no projeto do Novo Código Penal, nos termos do artigo 155, §3º, inciso II, se o acusado reparasse o dano (entregasse a bola), e esta atitude fosse aceita pelo seu vizinho, até a

⁴⁴ - STRECK, Lenio. **O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht)**. Artigo publicado no Jus Navigandi. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/11493/o-dever-de-protecao-do-estado-schutzpflicht>. Acesso: 06 de setembro de 2016.

⁴⁵ - **Descrição do Verbete**: o princípio da insignificância tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, ou seja, não considera o ato praticado como um crime, por isso, sua aplicação resulta na absolvição do réu e não apenas na diminuição e substituição da pena ou não sua aplicação. Para ser utilizado, faz-se necessária a presença de certos requisitos, tais como: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada (exemplo: o furto de algo de baixo valor). Sua aplicação decorre no sentido de que o direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade *da própria ordem social*. (Fonte: <http://www.stf.jus.br>. Acesso: 06/07/2016.)

sentença de primeiro grau, a punibilidade poderia ser extinta. Embora se reconheça o avanço, como se nota, a devolução da bola deverá ocorrer até o encerramento do primeiro grau, já o pagamento do tributo pode ocorrer a qualquer tempo, permanecendo um desequilíbrio de valoração do bem jurídico tutelado.

A comparação em tela demonstra um singelo exemplo de umas das tantas inadequações de tipos penais frente ao bem a ser tutelado pelo Estado. Um legítimo caso aparente de excesso legislativo, para sugerir nesse caso, a aplicação do princípio da proibição do excesso (*Übermassverbot*) a favor do acusado.

IV.b - A aplicação do Princípio da Proibição da Proteção Insuficiente frente a interpretação (in)coerente

Por outro lado, inexoravelmente, se deparamos com leituras inautênticas do intérprete diante do texto normativo construído com integridade e coerência pelo legislador, aqui a problemática deriva do excesso praticado por um particular que feriu um direito fundamental de outro particular, que a partir de uma decisão judicial isolada, beneficia acentadamente o agente gerador do excesso.

Nesse caso, vejamos o exemplo emblemático de uma decisão judicial merecedora da aplicação do Princípio da Proibição da Proteção Insuficiente, pois o verbete do atual artigo 213 do Código Penal, em regra, assegura que a ação penal é pública condicionada à representação da vítima, e incondicionada nos termos do artigo 217-A, §1º do CP. Logo, partindo de uma leitura inautêntica do intérprete, e aqui convém observar, quando nos referimos ao termo “inadequação”, podemos estar se referindo tanto ao texto normativo (a fonte), quanto à norma de decisão consubstanciada a partir da interpretação do julgador (uso da fonte).

Para ilustrar, aqui utilizamos o HC Nº 276.510 – RJ (2013/0291689-4), onde o homem, que confessou durante as investigações ter agredido até o desmaio a vítima, e em ato contínuo realizou a consumação do crime com o estupro, o réu confesso foi condenado ao incurso do crime de estupro de vulnerável nos termos do artigo 217-A, §1º do CP em primeira instância e a decisão mantida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. O advogado do réu resignado recorreu ao Superior Tribunal de Justiça alegando que a ação

era nula de pleno direito, uma vez que não houve nenhuma representação por parte da vítima, muito embora ela estivesse desmaiada em virtude da agressão.⁴⁶ Nesse ínterim, ao analisar o caso, o ministro Sebastião Reis Júnior, relator na 6ª Turma do STJ, deu razão à defesa do réu.

Em seu voto, ele explica que de acordo com o artigo 225 do CP, o crime de estupro, em qualquer de suas formas, é, em regra, de ação penal pública condicionada à representação, sendo, apenas em duas hipóteses, de ação penal pública incondicionada, quais sejam, vítima menor de 18 anos ou pessoa vulnerável. Em outras palavras, no caso em voga, embora quisesse o legislador, com integridade e coerência, majorar a pena de 6 a 10 anos para 8 a 12 anos, nas tipificações de estupro de vulnerável, o digníssimo ministro Sebastião Reis Júnior do Superior Tribunal de Justiça tratou de dar o “drible hermenêutico”, ou seja, entendeu que onde está escrito “Art. 225. *Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável*”, leia-se a “mulher agredida até desmaiar não é vulnerável, e ainda, ela possui reais chances de livrar-se das mãos do seu agressor”.

Nesse sentido, no incrédulo exemplo citado no teor do HC Nº 276.510 – RJ (2013/0291689-4), o excesso é assegurado pelo Estado-juiz, que atribui sentido livremente ao texto normativo, resultando na norma de decisão totalmente às avessas.⁴⁷ Aqui o problema é como assegurar os sentidos quando os juízes acreditam que eles estão a sua disposição.⁴⁸ Por isso, neste

⁴⁶ - No caso, a mulher desmaiou após ser agredida pelo próprio acusado. Enquanto estava desmaiada ela foi vitimada pelo estupro vulneravelmente. Apesar do ocorrido, ela não ofereceu representação contra o homem. O Ministério Público apresentou denúncia com base no artigo 217-A, parágrafo 1º — estupro de vulnerável. De acordo com a defesa do acusado, embora a vítima estivesse supostamente desacordada durante a prática do crime, tal circunstância não tem o condão de modificar a ação penal do crime para pública incondicionada, pois a situação não se amolda a nenhuma das situações previstas no artigo 225, parágrafo único, do Código Penal (vítima menor de 18 anos ou vulnerável). (Fonte: HC Nº 276.510 – RJ (2013/0291689-4)).

⁴⁷ - Para Müller, os elementos político-sociais deverão ser precedidos de um processo pormenorizado de concretização, e somente superado esse processo limitador dos juízes valorativos do interprete é que a norma passa a ter a mesma relevância do programa normativo. Cabe destacar que, por muitas vezes os referidos elementos político-sociais não estarão previstos no texto normativo e, desse modo, assevera Müller, a maioria das disposições constitucionais, em especial aquelas que instituem os direitos fundamentais estão nesta categoria – enquanto alguns textos normativos os destacam, tais quais as regras processuais que, por isso, demandam um processo de concretização um pouco mais simplificado ou menos denso. (MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho de Direito Constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P. 249.)

⁴⁸ - O grande problema que envolve o projeto kelseniano de ciência jurídica é o modo como isso tudo é recepcionado pelos juristas no imaginário individual de cada um no momento da

caso, a correção que se impõem, inexoravelmente, seria a aplicação do princípio da Proibição da Proteção Insuficiente (*Untermassverbot*) em proteção as garantias fundamentais da vítima agredida covardemente.

IV.c - A aplicação do Princípio da Proibição do Excesso frente a interpretação (in)coerente

Seguindo no caminho da construção de uma teoria das fontes, à luz da hermenêutica jurídica, onde o juiz possui responsabilidade política de oferecer a resposta adequada ao caso concreto,⁴⁹ analisamos outra possibilidade de aplicação da dupla face da proporcionalidade. O caso que pode ser apontado como a imposição da proteção frente ao excesso estatal originou de uma decisão judicial que submeteu um acusado pela posse de munição de uso permitido sem arma, a pouco mais de três anos de prisão, e note-se, inicialmente em regime fechado. Segundo a denúncia da promotoria, ele havia sido preso em flagrante delito no final do ano de 2010, próximo à entrada da favela Pavão-Pavãozinho, na zona sul do Rio de Janeiro, com uma munição no bolso.

Após o recurso de apelação, o relator desembargador Marco Aurélio Bellizze, da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça Fluminense, atualmente no Superior Tribunal de Justiça, entendeu como crime o porte de

interpretação. A partir disso, exsurge a ideia de discricionariedade do intérprete, aquela aqui já referenciada, que se origina da metáfora kelseniana de “moldura-ideia-imagem” da norma superior. Conforme Streck, Kelsen não era um positivista exegético, pelo contrário, o seu positivismo era normativista. Ele não separa o direito da moral, mas sim, a ciência do direito da moral. Juiz não faz ciência e, sim política jurídica. Sua preocupação com relação à ciência do direito é de que o intérprete tem uma ideia (ou imagem) da lei (do seu texto). Quem aplica a lei, o juiz, não tem nenhum método ou outros critérios que possam assegurar que uma aplicação é melhor que outra ou que seja correta e outra não. (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Ob. cit. P.35.)⁴⁹ - A maioria dos filósofos que abraçam essa opinião não se considera pessimista nem niilista. Pelo contrário. Eles supõem que podemos levar uma vida perfeitamente boa – e intelectualmente mais responsável – se desistirmos do mito dos valores objetivamente independentes e admitirmos que nossos juízos de valores não expressam senão nossas atitudes e compromissos. Seus argumentos e exemplos demonstram, contudo, que o que eles têm em mente não é política, mas é vida privada. Nesse sentido, Dworkin destaca que a responsabilidade política do juiz está acima de qualquer outro aspecto da nossa vida, que nos nega o luxo de sermos céticos a respeito dos valores. (DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor** – 1. ed. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. P.14)

munição.⁵⁰ Todavia, ao analisar o caso concreto,⁵¹ obrigação esta diante da responsabilidade política do juiz constantemente ressalvada aqui, por entender que, tal conduta em portar apenas uma munição no bolso esquerdo, revelava-se incapaz de gerar dano a outrem, considerou o caso como excepcional. Para o julgador o comportamento do acusado era atípico.

No caso em comento, ainda que a decisão tenha sido adequada, o fundamento *prima facie* da decisão foi baseado na conduta insignificante do acusado, fato que se verifica invariavelmente no teor de decisões judiciais em *terra brasiliis*, uma decisão adequada com fundamento inadequado,⁵² fato que dificulta, sobremaneira, a construção de uma teoria das fontes, de modo a nos afastarmos dos axiomas do século XIX, e assim, observarmos o devido grau de normatividade da Constituição Federal.

Deve ser destacado nesse caso que, o julgador identificou somente quando observou a imposição da pena, que havia um certo grau de desproporção entre a conduta e pena, ou seja, mesmo sem se utilizar do Princípio da Proibição do Excesso, a decisão do desembargador forneceu a resposta adequada constitucionalmente, resguardando direito individual do acusado.

IV.d – A necessidade de uma teoria das fontes, uma necessária aplicação do Princípio da Proibição do Excesso no caso do pingente balístico

O último caso é paradigmático, e demonstra o estado da arte que se encontra o direito, enquanto Câmaras de Tribunais Estaduais insistem diante

⁵⁰ - "A tipificação da conduta consistente na posse, no porte, na detenção, transporte, aquisição e outros similares, de munição caracteriza os crimes previstos na Lei 10.826/2003, sem qualquer ofensa aos princípios da lesividade e ofensividade que devem revestir os tipos penais, eis que põe em risco o bem jurídico tutelado na norma e caracteriza crime de perigo abstrato". Apelação Criminal TJRJ nº. 0064340-96.2010.8.19.0001.

⁵¹ - "Como o apelante foi preso com apenas uma munição em seu bolso, sem qualquer outro acessório ou chance de uso por arma de fogo, não gerando este comportamento qualquer risco de dano real ao bem jurídico protegido ou a qualquer outro, em que pese a conduta encontrar adequação ao modelo legal, falta-lhe a tipicidade material, sendo imperiosa, portanto, a absolvição". Apelação Criminal TJRJ nº. 0064340-96.2010.8.19.0001

⁵² - Dworkin quando trata do tema "responsabilidade" afirma que, uma teoria bem-sucedida da justiça deve ser moral do começo ao fim. Isso significa que temos que prestar considerável atenção a outra importante virtude moral: a responsabilidade moral. Embora não possamos contar com a concordância de nossos concidadãos, podemos ao menos exigir deles a responsabilidade. Temos, portanto, de desenvolver uma teoria da responsabilidade que tenha força suficiente para nos permitir dizer às pessoas: "Discordo de você, mas reconheço a integridade do seu argumento. Reconheço sua responsabilidade moral." Ou dizer-lhes, como podemos nos referir quando tratamos do fundamento da decisão do caso em tela: "Concordo com você, mas você não formou sua opinião de modo responsável. Você tirou cara ou coroa ou acreditou no que ouviu num noticiário parcial de televisão. É só por acidente que chegou a verdade". (DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor** – 1. ed. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editorra WMF Martins Fontes, 2014. P.20)

da presunção de autoria do acusado em aplicar, de modo inconstitucional, a inversão do ônus da prova no caso de furto e tráfico de drogas.⁵³ Num país onde o réu impetra um habeas corpus e acaba preso de ofício por um desembargador.⁵⁴ Diante da mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, permitindo a prisão antes do trânsito em julgado da condenação, após a confirmação de condenação por um tribunal de segunda instância.⁵⁵ E, ainda, mesmo que se trate do âmbito

⁵³ - **Ementa:** APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES. PROVA. CONDENAÇÃO MANTIDA. A materialidade e a autoria restaram suficientemente comprovadas pela prova produzida nos autos. A ré não apresentou sua versão nos autos, pois silente, na fase inquisitorial, e revel, em juízo. No entanto, foi presa, em flagrante delito, imediatamente após a ocorrência delitiva, na companhia de seu comparsa, adolescente infrator, na posse da res furtivae, subtraída do pátio da vítima, que não titubeou em reconhecer os objetos como de sua propriedade. Caso em que a res furtivae foi apreendida na posse da ré e do adolescente, sem justificativa plausível, imediatamente após a subtração. Presunção de autoria do delito, que dá ensejo à inversão do ônus da prova. (Apelação Crime Nº 70065540767, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Julgado em 31/08/2016). **Ementa:** APELAÇÃO-CRIME. FURTO QUALIFICADO. CONCURSO DE PESSOAS. 1. ÉDITO CONDENATÓRIO. MANUTENÇÃO. Prova amplamente incriminatória. Agentes, réu e coimputado (processo cindido), que foram surpreendidos por policiais militares, em via pública, carregando objetos que, em seguida, descobriu-se tratar de bens subtraídos momentos antes de estabelecimento comercial. Apreensão da res furtivae em poder do agente, logo após a prática subtrativa, é situação que faz gerar presunção de autoria, com a inversão do onus probandi, cumprindo ao flagrado o encargo de comprovar a licitude da posse (art. 156 do CPP). APELO IMPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70068874288, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 27/07/2016). **Ementa:** APELAÇÃO. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. RECEPÇÃO. MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. PROVA SUFICIENTE. DOSIMETRIA DA PENA. - MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. As provas existentes no caderno processual são suficientes para o julgamento de procedência do pedido condenatório deduzido na denúncia. O testemunho policial é prova de reconhecida idoneidade, especialmente quando acompanhada de outros elementos probatórios. Acusado preso em flagrante em poder da res. Inversão do onus probandi. - ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. SUFICIENTE PROVA. (Apelação Crime Nº 70060384781, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em 27/07/2016).

⁵⁴ - A decisão incomum foi tomada pelo desembargador José Damião Pinheiro Machado Cogan, do Tribunal de Justiça de São Paulo: de ofício, ao analisar um Habeas Corpus durante um plantão judicial, o magistrado decretou a prisão preventiva de um homem que furtou um celular. O suspeito teve sua prisão decretada em primeira instância, e a soltura condicionada ao pagamento de fiança de R\$ 1 mil. No HC, a Defensoria Pública de SP, que representou o homem, alegou que a determinação de fiança para a soltura de pessoa pobre é ilegal. “Constitui crime de abuso de autoridade, na medida em que se mantém uma pessoa presa cautelarmente sem uma decisão judicial que reconheça a presença dos requisitos para tanto e, assim, decreta a prisão.” Sustentou o Desembargador José Damião Pinheiro Machado Cogan do Plantão Judiciário de Segunda Instância do TJSP: “O paciente é reincidente em crime patrimonial principalmente com violência, tendo sido libertado da Penitenciária de Marabá Paulista em 13 de fevereiro de 2015. Dessa forma, nos termos do art. 313, incisos I e II do CPP o arbitramento de fiança, pelo que fica ora revogado o despacho judicial e decretada a prisão preventiva para fins de garantia da ordem pública”. (HC nº010352/SP).

⁵⁵ - A decisão se deu por maioria de sete votos a quatro. O Pleno seguiu o voto do ministro Teori Zavascki, para quem, depois da confirmação de uma condenação por um tribunal de segunda instância, a pena já pode ser executada, já que a fase de análise de provas e de materialidade se esgota. Ao Superior Tribunal de Justiça e ao STF, anotou Teori, cabe apenas as discussões de direito. Por isso, disse o ministro, o princípio da presunção de inocência permite que o recurso seja imposto já durante o cumprimento da pena. Seguiram

civilista, contrariando frontalmente norma vigente do Novo Código de Processo Civil (art.489. Inc.IV), alguns Ministros dos STJ sustentam que não estão obrigados a enfrentarem todas as questões suscitadas pelas partes.⁵⁶ Destaca-se em meio a esse caos interpretativo que, também podemos nos deparar com outros tantos casos emblemáticos como resultado dessa atribuição livre de sentidos dos juristas voluntaristas, que conduz inevitavelmente a ausência de uma teoria das normas.

O caso paradigmático dessa pesquisa ultrapassou os limites do bom senso que, obrigatoriamente até mesmo o estudante do primeiro ano de estudo do direito deve carregar consigo. O caso do réu R.D.V passou pelo olhar do juiz da 3ª Vara Criminal da Comarca de Uberlândia – MG e do Promotor de Justiça designado para esta Vara Criminal, sem falar no delegado que prendeu o jovem por estar portando um projétil pendurado no pescoço, e abriu um inquérito policial para tal fato (a)típico, indiciando o acusado ao promotor de justiça, que poderia ter encerrado o caso pedindo o arquivando, mas não o fez, e resolveu oferecer a denúncia.

Assim, diante da cultura persecutória da polícia judiciária, aceitamos neste caso que, o problema exsurgiu no oferecimento da denúncia do Promotor de Justiça, vez que como titular do exercício do direito de ação penal poderia ter se manifestado expressamente no sentido do arquivamento. Pois, sabia este funcionário público que, o problema se fortaleceria com o carimbo automático de recebimento da denúncia da 3ª

o voto de Teori os ministros Luiz Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Ficaram vencidos os ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. O presidente da corte, ministro Ricardo Lewandowski, pediu a palavra para expor sua “perplexidade com esta guinada da corte”. Isso porque em duas oportunidades recentes, na ADPF 347 e no Recurso Extraordinário 592.581, o Supremo reconheceu que o sistema carcerário brasileiro “está absolutamente falido”, disse Lewandowski. “E agora vamos facilitar a entrada das pessoas neste verdadeiro Inferno de Dante, abrandando esse princípio maior da nossa Carta Magna?”, continuou o presidente. “Isso me causa a maior estranheza.” (HC 126.292 – 17/02/2016).

⁵⁶ - Ainda que tratasse do processo civil, o caso é emblemático para sinalizar o pouco caso dispensado ao recentíssimo Código de Processo Civil, construindo tão democraticamente na esfera legislativa, e que muitos juízes, inclusive do Tribunal dito como “cidadão”, faz dele um e para espantinho para afastar as aves de rapina. No caso referido, o julgador sustentou que: “não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. O julgador possui o dever de enfrentar apenas as questões capazes de infirmar (enfraquecer) a conclusão adotada na decisão recorrida. Assim, mesmo após a vigência do CPC/2015, não cabem embargos de declaração contra a decisão que não se pronunciou sobre determinado argumento que era incapaz de infirmar a conclusão adotada”. STJ. 1ª Seção. EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região), julgado em 8/6/2016 (Info 585).

Vara Criminal da Comarca de Uberlândia-MG, operacionalidade esta comum em muitas varas criminais país a fora. A partir desse momento, a novela se daria forma definitivamente, pois o pobre R.D.V, ou melhor, o “pingente” que havia estado pendurado no pescoço do jovem passaria a ser interpretado pelo julgador competente.

Assim, no 1º grau a cena do primeiro capítulo se consubstanciou, R.D.V foi denunciado pela prática do artigo 16 da Lei 10.826/2003,⁵⁷⁻⁵⁸ e condenado à pena de três anos de reclusão,⁵⁹ em regime inicial aberto, sanção que foi substituída por duas restritivas de direitos.

O segundo capítulo fora descrito no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, pois a Defensoria Pública da União apelou ao Tribunal, e esta corte estadual absolveu o réu, alegando a atipicidade da conduta.⁶⁰ Todavia, o Ministério Público mais uma vez demonstrará sua característica de ausência de qualquer tipo de constrangimento epistemológico diante do caso concreto, fundamental para a triagem dos milhares de denúncias oferecidas no país, e assim, interpôs recurso especial no Superior Tribunal de Justiça, que surpreendentemente, afastou a atipicidade da conduta, cassou a ordem concedida pelo TJ-MG e restabeleceu a condenação.

A decisão como era se esperar, deu azo ao terceiro capítulo, pois chegou ao Supremo Tribunal Federal, sim, chegou ao STF. Em seu voto, a

⁵⁷ - Consoante é cediço, os crimes podem se classificar, no quesito ofensa ao bem jurídico, em crimes de dano, de perigo, esse ultimo subdividindo-se em perigo abstrato e concreto. Os crimes de dano são aqueles nos quais há a exigência de efetiva ofensa ao bem jurídico. Nos crimes de dano, o bem jurídico protegido pelo legislador precisa ser atacado pelo sujeito, para haja o resultado jurídico exigido pelo legislador. Os crimes de perigo, por seu turno, são aqueles nos quais basta uma ponderável ameaça de lesão ao bem jurídico, não sendo exigido o ataque propriamente dito. Os crimes de perigo subdividem-se em crimes de perigo concreto e abstrato. Os primeiros, de perigo concreto, narram uma situação de perigo no modelo legal que necessita ser configurada e provada no caso concreto, para que haja consumação delitiva. Em outros termos, deve haver o perigo real de lesão. No crime de perigo abstrato, a situação de perigo constitui somente a *ratio* incriminadora, ou seja, é apreciada anteriormente, previamente, com a incriminação, prescindindo-se da análise do caso concreto. Isso significa que a mera ação ou omissão do agente, nos termos da norma, já é incriminada, sem que necessite provar que o bem jurídico foi posto em perigo. Trata-se, portanto, de uma presunção de perigo feita na perspectiva anterior, quando da criação da norma abstrata. Importa salientar no caso concreto, qual o bem jurídico posto em perigo, que o projétil pendurado no barbante do pobre mendigo poderia fornecer.

⁵⁸ - Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

⁵⁹ - Como se pode notar, a MM. Juíza além de reconhecer a tipicidade descrita no do artigo 16 da Lei 10.826/2003. Ainda fixou a pena, muito próximo do teto máximo da norma incriminadora.

⁶⁰ - Apelação criminal n. 1.0702.09.603123-3/001 do TJMG.

relatora do caso, ministra Cármen Lúcia, atual Presidente da Suprema Corte, sustentou não desconhecer a jurisprudência do Supremo sobre o delito de porte de munição.⁶¹ Mas nesse caso, frisou a relatora, nem se pode cogitar de perigo abstrato nem de perigo concreto, seguindo outros casos em que a Corte Suprema reconhece a atipicidade.⁶² Ao conceder a ordem de Habeas Corpus,⁶³ a ministra disse considerar, contudo, que o jovem não devia ter feito pingente “*com uma bobagem dessas*”.

Como se pode notar, o caminho do réu R.D.V foi tortuoso, além disso ocupou o Poder Judiciário, conforme palavras implícitas da Ministra Cármen Lúcia no *writ*, “*com uma bobagem dessas*”. No caso em comento, o resultado disso, inexoravelmente, tal como referenciado no presente ensaio, nasce da interpretação com atribuição livre de sentidos realizada pelo juiz da 3ª Vara Criminal da Comarca de Uberlândia-MG, sem deixarmos de observar, o sestro dos Promotores de Justiça, em regra, de recorrerem, inclusive, quando não estão promovendo justiça.

⁶¹ - EMENTA: DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. 1. O art. 5º, LIII, da Constituição não foi objeto de apreciação pelo acórdão do Tribunal de origem, de modo que o recurso extraordinário carece, no ponto, do necessário prequestionamento, nos termos das Súmulas 282 e 356/STF. 2. O acórdão recorrido está alinhado com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de ser típica a conduta de porte ilegal de arma ou munição, independentemente da potencialidade lesiva. Precedentes. 3. Não foram ofendidas as garantias da inafastabilidade do controle jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, uma vez que as partes recorrentes tiveram acesso a todos os meios de impugnação previstos na legislação processual, havendo o acórdão recorrido examinado todos os argumentos e motivado suas conclusões de forma satisfatória. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. ARE 900105 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Julgamento: 29/09/2015. Órgão Julgador: Primeira Turma

⁶² - EMENTA: HABEAS CORPUS. DELITO DO ART. 16, CAPUT, DA LEI N. 10.826/2003. PACIENTE PORTANDO MUNIÇÃO. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A análise dos documentos pelos quais se instrui pedido e dos demais argumentos articulados na inicial demonstra a presença dos requisitos essenciais à incidência do princípio da insignificância e a excepcionalidade do caso a justificar a flexibilização da jurisprudência deste Supremo Tribunal segundo a qual o delito de porte de munição de uso restrito, tipificado no art. 16 da Lei n. 10.826/2003, é crime de mera conduta. 2. A conduta do Paciente não resultou em dano ou perigo concreto relevante para a sociedade, de modo a lesionar ou colocar em perigo bem jurídico na intensidade reclamada pelo princípio da ofensividade. Não se há subestimar a natureza subsidiária, fragmentária do direito penal, que somente deve ser acionado quando os outros ramos do direito não forem suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos. 3. Ordem concedida.

⁶³ - Decisão: A Turma, por votação unânime, deferiu o pedido de habeas corpus para confirmar a liminar deferida e restabelecer a decisão da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, proferida no julgamento da Apelação Criminal n. 1.0702.09.603123-3/001, pela qual se absolveu o Paciente, com base no art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal, por não perceber lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado pelo art. 16, *caput*, da Lei n. 10.826/2003, nos termos do voto da Relatora. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Dias Toffoli. Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. 2ª Turma, 17.5.2016.

A Ministra Carmén Lúcia, embora não tenha fundamentada sua decisão à luz da aplicação do Princípio da Proibição do Excesso (*Übermassverbot*), assim como de outra banda fez o Ministro Gilmar Mendes no RE n. 418.376,⁶⁴ quando se utilizou da aplicação do Princípio da Proibição da Proteção Insuficiente para assegurar direito individual da vítima em caso de estupro de vulnerável, a Ministra ao fim ao cabo, ofereceu a resposta constitucionalmente adequada.⁶⁵ Todavia, tal como no caso da posse uma munição do bolso esquerdo do acusado referenciado anteriormente, uma decisão adequada com fundamento inadequado, o que pouco nos ajuda no ideário rumo à construção no direito penal da tão necessária teoria das fontes.

V. Considerações finais

Com o máximo acatamento, o presente artigo pretendeu através da análise de casos emblemáticos, demonstrar o real estado do direito penal no Brasil que, indiscutivelmente, diante dos comportamentos voluntaristas dos

⁶⁴ - O RE n. 418.376 trata da primeira aplicação do Princípio da Proibição de Proteção Insuficiente (*Untermassverbot*). Na apreciação do referido recurso extraordinário, o STF contrariou o entendimento dos Tribunais, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, que decidiam com base no artigo 107, VII e extinguíam a punibilidade dos crimes de (estupro, atentado violento ao pudor, sedução, rapto, corrupção de menores, posse sexual e atentado ao pudor mediante fraude), na hipótese de casamento da vítima como o réu, vez que o inciso VIII estabelecia a extinção da punibilidade, inclusive em caso de vítima com terceiros. Todavia, somente o voto no Ministro Gilmar Mendes se opôs a própria validade do artigo 107, VII para garantir direito fundamental à vítima de estupro. Assinalou o Min. Gilmar Mendes que ao se aceitar a extinção da punibilidade em face do favor legis previsto na norma penal, “estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção deficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico”.

⁶⁵ - Um caminho promissor pode ser desenhado a partir da imbricação da hermenêutica filosófica com a teoria da “law as integrity” de Dworkin. Com efeito, ambas são antirrelativistas e antidiscricionárias, apostando, respectivamente, na tradição, coerência e na integridade para conter as “contigências” do direito, que seduzem os juízes a julgar pragmaticamente. Mais ainda, Gadamer e Dworkin não cindim “interpretação” de “aplicação”. Para eles não há grau zero na interpretação. As “contigências” são limitadas pela tradição/integridade/coerência. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Ob. cit. P.655.

intérpretes se mostra extremamente preocupante. Seja pelas inadequações dos tipos penais vigentes, seja pelas interpretações incoerentes que carregadas, ora pela utilização dos princípios gerais do direito considerados axiomas do século XIX, ora de livres atribuições de sentidos realizada pelos juízes que, diminuem sobremaneira a força normativa constitucional, resultando na ausência de uma teoria das fontes no ordenamento jurídico penal.

A partir disso, se ofereceu como alternativa para enfrentar tal cenário, a solução principiológica dada a possibilidade de uma aplicação adequada do Princípio da Proibição do Excesso (*Üntermassverbot*) e da Proteção Insuficiente (*Untermassverbot*), num aspecto da dupla face da proporcionalidade.

Admitindo que, há um direito fundamental à obtenção de respostas adequadas à Constituição, com um trunfo contramajoritários, utilizou-se a dupla face do princípio da proporcionalidade, tutelando o indivíduo do excesso do Estado (*Üntermassverbot*), assim como da vítima ou sociedade, de eventual proteção insuficiente estatal (*Untermassverbot*), com o intuito de enfrentar diversas situações emblemáticas, fosse diante de inadequações dos tipos penais, ou de interpretações incoerentes no sentido amplo do direito penal. Exatamente, por compreender que a resposta adequada é um direito fundamental pretendeu-se por meio da solução principiológica fornecer as bases para uma teoria das fontes inclinadas à força normativa da Constituição Federal.

Nesse sentido, demonstrou-se que, para se aplicar os referidos princípios fundamentais (*Üntermassverbot* e *Untermassverbot*) tornou-se imprescindível um mergulho na hermenêutica filosófica *gadameriana*. Essa observação foi realizada para demonstrar que o julgador, jamais deve se despir de sua responsabilidade política, devendo sempre observar a necessidade de, num ato unitário de compreensão-interpretação-aplicação, se inclinar sobre o caso concreto, removendo o chão-linguístico onde está assentada a tradição, fazendo o fenômeno (direito fundamental) exsurgir proporcionalmente às partes. Asseverou-se ainda que, esse momento de (des)leitura o qual antecede o momento de compreensão, guarda relação direta à teoria interpretativa e coerente de Ronald Dworkin na esteira da

hermenêutica do século XX, de modo a oferecer a resposta constitucionalmente adequada.

Destacou-se a necessidade da referida filtragem hermenêutica para escaparmos dos comportamentos voluntaristas dos juízes que acabam fazendo do direito penal uma fábrica de decisões incoerentes, tratando inúmeras inadequações dos tipos penais sem a devida observância constitucional. Por isso, descreveu-se a necessária compreensão prévia que antecede qualquer análise de caso concreto, o que se mostrou imprescindível para destacar ao intérprete a significância do “compreender o fenômeno”, para uma aplicação adequada, seja do princípio constitucional da proibição de excesso (*Übermassverbot*), seja da proteção insuficiente (*Untermassverbot*), ambos com status de norma.

No decorrer desse artigo demonstrou-se que o modo que deve ocorrer essa correção, inexoravelmente, é por meio da integridade e coerência, sempre com a responsabilidade política indissociável do intérprete presente no momento da compreensão do caso concreto, pois se descreveu que esse momento seria de fundamental relevância para a construção sólida de uma teoria das fontes. Sustentei que essa responsabilidade política, faz o intérprete possuir responsabilidades e obrigações para com os integrantes da comunidade que ele próprio está inserido, e no âmbito dessa responsabilidade política, deve mostrar-se inteiramente imparcial no julgamento do caso concreto.

Após analisarmos casos paradigmáticos, tanto de inadequações de tipos penais, como o caso doutrinário da comparação do furto com a sonegação fiscal, tanto de interpretações incoerentes, como o caso do estupro de vulnerável, ocasião esta de possível aplicação do Princípio da Proibição da Proteção Insuficiente (*Untermassverbot*) a favor da vítima, assim como, nos casos do porte de uma munição no bolso esquerdo e do pingente balístico, oportunidades de aplicação do Princípio da Proibição do Excesso (*Übermassverbot*). Identificou-se que, o julgador poderia vir a se deparar, tanto com a insuficiência quanto do excesso da proteção de um direito fundamental, que o Estado por um lado tem o dever e obrigação de prestar ao cidadão diante do excesso, e de outro, de zelar que este direito fundamental não seja excedido violando direitos fundamentais da vítima ou da sociedade, numa ideia de eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Diante de tais circunstâncias identificadas no interior do direito penal, por fim, como objetivo central desse ensaio, destacou-se o modo e a importância da aplicação do Princípio Constitucional da Proibição de Excesso (Übermassverbot) ou do Princípio da Proibição da Proteção Insuficiente (Untermassverbot) que, diante de interpretações incoerentes, as quais não auxiliam em absolutamente nada na correção das inadequações dos tipos penais, com um direcionamento absoluto à observância da força normativa constitucional em busca da construção de uma teoria das fontes no Século XXI, livres dos comportamentos voluntários dos juristas.

REFERÊNCIAS

BARRATA, Alessandro. **La política Criminal y el Derecho Penal de la Constitución:** Nuevas Reflexiones sobre el modelo integrado de las Ciencias Penales. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, n. 2, 1999.

CALLEGARI, André Luís, WERMUTH, Maiquel A. D. **Sistema Penal e Política Criminal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de Hermenêutica.** tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo, EPU, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A política criminal na encruzilhada** / José Luis Díez Ripollés; tradução de André Luís Callegari. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. P.109-120

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios.** 2. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Coleção Direito e Justiça.

_____. **A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e valor.** Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FERRAJOLI, Luigi: **Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal.** Madrid: Trotta, 1998.

FISCHER, Douglas. **Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade:** Breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/hllDocumentaPeriodicos_122009.pdf>. Acesso em: 06 de setembro de 2016.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 14. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Limites do "ius puniendi" e bases principiológicas do garantismo penal**. Disponível em: <<http://www.lfg.blog.br>>. Acesso em: 03 de outubro de 2015.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro, Tempo brasileiro, 1997.

HEIDEGGER, Martin. **A caminho da linguagem**. Petrópolis: Vozes, 2003.

LAWN, Chris. **Compreender Gadamer**. Tradução de Hélio Magri Filho. Petrópolis: Vozes, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Os precedentes na dimensão da segurança jurídica**. Revista jurídica, n. 398, p. 33, dez. 2010.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. v.4. Coimbra: Coimbra Editores, 1996.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia**. 3. ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. **Métodos de trabalho de Direito Constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Teoria Estruturante do Direito. Tradução de Peter Naumann e outros. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES, Marcelo G., Trecenti, Julio A. Z. Reformas de decisão nas câmaras de direito criminal em São Paulo. 23 de julho de 2015. Fonte: <http://s.conjur.com.br/dl/estudo-camaras-criminais-tj-sp.pdf>. Acesso em 10/09/2016.

OLIVEIRA, M. A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia: do romantismo até nossos dias**. 2 ed. São Paulo: Paulus, 1991.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3. ed. Lisboa: Veja Universitária, 1998.

_____. **Derecho Procesal Penal**. 25 edição, Buenos Aires, Del Puerto, ano 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O conceito de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-27/direitos-fundamentais-conceito-direitos-fundamentais-constituicao-federal-1988>. Acesso: 09 de setembro de 2016.

_____. **Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência**. Texto resultante do da palestra proferida no 9º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), 2003.

_____. **Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência**. In: Revista de Estudos Criminais n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul: Editora Nota Dez, 2003.

Stein, Ernildo. **Às voltas com a metafísica e a fenomenologia** / Ernildo Stein. – Ijuí: Ed. Unijuí, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas** / Lenio Luiz Streck. - 5. ed., rev., mod. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. Brasília: Revista Jurídica Virtual, vol. 2, n. 13, junho/1999.

_____. **O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht):** O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes?. Disponível: http://www.mprs.mp.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/artigo_lenio.pdf Acesso em: 05 de junho de 2016.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito / Lenio Luiz Streck. 11. ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

_____. **Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito.** Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). Unisinos. janeiro-junho 2009.

WARAT, Luis Alberto (1995). **Introdução geral ao Direito**, vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio. Fabris Editor.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal.** Trad. Jorge Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.