

## **A DUPLA FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE E DE EXCESSO DE PROIBIÇÃO NO DIREITO PENAL**

**Fernanda Mambrini Rudolfo<sup>1</sup>**

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Direito Penal no Estado Democrático de Direito; 2 Direitos Fundamentais e Proporcionalidade; 3 Princípios de proibição de proteção deficiente e de excesso de proibição; Considerações finais; Referências das fontes citadas.

### **RESUMO**

Este artigo baseia-se na seletividade do sistema penal, sob os prismas quantitativo e qualitativo, passando pela polêmica sobre a escolha do "inimigo" e pelos paradoxos da criminalização como solução para a criminalidade e do encarceramento como instrumento neutralizante dos inimigos.

O Estado Democrático de Direito tem o dever de assegurar aos cidadãos os direitos fundamentais por meios positivos e negativos. Não se questiona que tal proteção também é exercida por meio da (des)criminalização de condutas. Nesse caso, é necessário levar em consideração os princípios da proibição de excesso e de proteção deficiente, para justificar a escolha das figuras que devem ser criminalmente punidas. Deve haver uma proteção estatal, mas é tarefa árdua estabelecer os critérios que a norteiam.

Constatam-se aparentes incoerências por parte do legislador e do aplicador do direito, pois as penas (abstratas ou concretas) não condizem com a "moderna" função do Direito Penal.

Pretende-se verificar a aplicação dos princípios supracitados no sistema penal brasileiro, através de esboço da teoria do crime, análise da função do Direito Penal no Estado Democrático de Direito, abordagem do duplo viés dos direitos fundamentais e considerações acerca da evolução da proporcionalidade aos conceitos de proibição de proteção deficiente e de excesso de proibição.

---

<sup>1</sup> Técnico do Ministério Público do Estado de Santa Catarina; Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal (EPAMPSC); Mestranda em Direito, Estado e Sociedade na Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC.

**PALAVRAS-CHAVE:** direitos fundamentais; crime; Estado Democrático de Direito; proporcionalidade; princípio da proibição de proteção deficiente; princípio da proibição do excesso de proibição.

## **ABSTRACT**

This paper is based on the selectivity of the criminal system, in its quantitative and qualitative aspects, passing through the discussion about the definition of "enemies" and the paradoxes of the criminalization as a solution to the criminality and the imprisonment as an instrument to neutralize enemies.

Ensuring the fundamental rights through active and passive ways is a duty of the Democratic State of Law. It is evident that this protection must be accomplished also by (de)criminalizing conducts. In this case, it's necessary to take into consideration the following principles: *untermassverbot* and *übermassverbot*, in order to justify the conducts chosen to be criminally punished. The State must protect, but it is a hard charge to establish standards.

It is easy to realize that several inconsistencies occur between those who make the law and the judges, because the sanctions don't match with the modern function of the criminal law.

The purpose is to verify the application of the already mentioned principles in the Brazilian criminal system, by summarizing the criminal theory, analyzing the criminal law's function in the State of Law, reviewing the double bias of fundamental rights and making considerations about *untermassverbot* and *übermassverbot* principles.

**KEY-WORDS:** fundamental rights; crime; Democratic State of Law; proportionality; *untermassverbot* principle; *übermassverbot* principle.

## **INTRODUÇÃO**

Este artigo visa a enfrentar o tema da seletividade do sistema penal, ciente de que o poder punitivo sempre discriminou, de forma quantitativa e qualitativa. Sabe-se que é recorrente a escolha de "inimigos" utilizando parâmetros absolutamente equivocados, como o perigo que determinada pessoa oferece à sociedade.

Recorre-se, desta feita, à criminalização e ao encarceramento, como solução paradoxal aos problemas observados no ordenamento jurídico-social, quando, na verdade, o Estado (Democrático de Direito) tem o dever de assegurar aos cidadãos os direitos fundamentais, seja por meios positivos ou negativos.

Não há dúvidas de que tal proteção também deve ser exercida por meio da (des)criminalização de condutas, mas, para atingir tal objetivo, é necessário levar em consideração os princípios da proibição de excesso (*übermassverbot*) e da proibição da proteção deficiente (*untermassverbot*), inerentes ao próprio Estado Democrático de Direito. É evidente que deve haver uma proteção positiva (a “outra” face do garantismo) por parte do Estado, mas é tarefa árdua estabelecer os critérios que norteiam a atuação estatal e baseiam a definição das figuras que devem ser penalmente vedadas.

Por conseguinte, levando-se em consideração ainda a função das penas aplicadas e os resultados práticos obtidos a partir dessa punição, tem-se o objetivo de demonstrar a necessidade de se aplicar os princípios acima mencionados no âmbito do Direito Penal, a fim de garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

## **1 DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Primeiramente, cabe conceituar aquele que será o norte do artigo, tendo em vista que o garantismo é ensejado pelo Estado Democrático de Direito. Portanto, parece relevante transcrever as lições de Jorge Miranda:

Numa primeira noção, Estado constitucional significa Estado assente numa Constituição fundadora e reguladora tanto de toda a sua organização como da relação com os cidadãos e tendente à limitação do poder.

Governo representativo significa a forma de governo em que se opera uma dissociação entre a titularidade e o exercício do poder – aquela radicada no povo, na nação (no sentido revolucionário) ou na colectividade, e este conferido a governantes eleitos ou considerados representativos da colectividade (de toda a colectividade, e não de estratos ou grupos como no Estado estamental). E é uma forma de governo nova em confronto com a

monarquia, com a república aristocrática e com a democracia directa, em que inexistente tal dissociação.

Estado de Direito é o Estado em que, para garantia dos direitos dos cidadãos, se estabelece juridicamente a divisão do poder em que o respeito pela legalidade (seja a mera legalidade formal, seja – mais tarde – a conformidade com valores materiais) se eleva a critério de ação dos governantes.<sup>2</sup>

É consenso que o Estado Democrático de Direito pressupõe uma política integral de proteção dos direitos fundamentais. Assim sendo, o dever de proteção estatal não se restringe aos limites do sistema punitivo (proteção negativa, face mais conhecida do garantismo), atuando também positivamente. Lenio Luiz Streck esclarece que:

Isso decorre, obviamente, da evolução do Estado e do papel assumido pelo direito nessa nova forma de Estado, sob a direção de um constitucionalismo compromissório e social. É por isto que não se pode mais falar tão-somente de uma função de proteção negativa do Estado. Parece evidente que não, e o socorro vem de Baratta, que chama a atenção para a relevante circunstância de que esse novo modelo de Estado deverá dar a resposta para as necessidades de segurança de todos os direitos, também dos prestacionais por parte do Estado (direitos econômicos, sociais e culturais) e não somente daquela parte de direitos denominados de prestação de proteção, em particular contra agressões provenientes de comportamentos delitivos de determinadas pessoas.<sup>3</sup>

O sistema penal é instituído na intenção de estabelecer um regime apropriado de aplicação e cumprimento das penas, de maneira a atingir os efeitos almejados (proteção dos bens jurídicos), que variam conforme o momento histórico em que se concretizam. Modernamente, a pena não visa (ao menos, não deveria visar) à imposição de um castigo, mas à readaptação do condenado à vida em sociedade (se ainda se considerar possível analisar o sistema penal sob o prisma “ressocializante”).

Sabe-se, contudo, que ocorre frequente contradição entre a doutrina penal e a teoria política do Estado constitucional de direito, como bem expõe Zaffaroni, ao dispor que:

---

<sup>2</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 35.

<sup>3</sup> 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”? p. 3.

Se, na realidade, o direito penal sempre aceitou o conceito de inimigo e este é incompatível com o Estado de direito, o que na verdade seria adequado a ele seria uma renovação da doutrina penal corretora dos componentes autoritários que a acompanharam ao longo de quase todo seu percurso ou, em outras palavras, um ajuste do direito penal que o compatibilize com a teoria política que corresponde ao Estado constitucional de direito, depurando-o dos componentes próprios do Estado de polícia, incompatíveis com seus princípios.<sup>4</sup>

É inegável que o poder punitivo sempre discriminou, derivando da sua própria seletividade estrutural. Subsiste, assim, a distinção entre “cidadãos” e “inimigos”, de acordo com o perigo que apresentem ou o dano que causem. As modernas funções da pena são relegadas a um segundo plano, substituindo-se a concepção de Direitos Humanos pela ideia simplista de vingança, legitimadora da violência do poder e condicionante da hierarquização dos seres humanos.

A criminalização e a punição exacerbadas de determinadas condutas para atender aos anseios da população configura uma transformação regressiva no campo da política penal e vai de encontro ao processo de emancipação humana que se busca atualmente.

Ao passo em que se criminalizam tanto no campo legislativo (criminalização primária) quanto no âmbito do Poder Judiciário (criminalização secundária), condutas supostamente dignas de maior reprovação, como aquelas consideradas hediondas pelo Constituinte (artigo 5º, XLIII, da Carta Magna), crimes que ferem gravemente bens jurídicos de grande importância, como os denominados crimes “do colarinho branco”, continuam sem tantas manifestações de relevância e necessidade de punição adequada.

Sobre o tema, Nilo Batista aduz que

Isso, porque, sem sombra de dúvida, o sistema penal é constitutivo de representações e relações sociais, de políticas públicas, de discursos do poder e até mesmo de sua própria configuração lingüística, a lei penal.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. pp. 25-26.

<sup>5</sup> BATISTA, Nilo. **Os sistemas penais brasileiros**. p. 149.

Constata-se, assim, a frequente ocorrência do fenômeno da diferenciação penal, em que o autor de atos considerados danosos à sociedade é tratado como coisa, diferente dos demais cidadãos. São os inimigos escolhidos de que cuida a obra de Eugenio Raúl Zaffaroni, já mencionada.

Ao tratar do trabalho desenvolvido por Alessandro Baratta, Vera Regina Pereira de Andrade salienta que “[...] evitando a tríplice atitude de tomá-lo como coisa (coisificando-o), abstração (universalizando-o) ou dado (imutável), o homem é assumido em sua subjetividade, contextualização e devir”<sup>6</sup>.

Ocorre que é justamente o oposto que vem sucedendo no Brasil e no mundo, ou seja, o autor de fatos considerados crimes (fatos especialmente selecionados) é considerado um não cidadão, com direitos diferentes daqueles de que dispõem os verdadeiros “seres humanos” daquela sociedade.

Nilo Batista arrolou quatro características do atual sistema penal brasileiro, quais sejam: a hipercriminalização (que se apresenta como uma solução, porém, meramente simbólica), a dupla face do sistema, a mudança nas finalidades da prisão (com caráter essencialmente neutralizante) e os novos papéis da mídia, que invocou o discurso do controle social penal<sup>7</sup>. Interessante destacar as considerações feitas pelo autor no tocante à dupla face, expondo que:

Para os consumidores, alternativas à privação da liberdade, transação penal, suspensão condicional do processo, e diversos outros dispositivos para que ele possa cumprir sua pena no shopping, com ou sem pulseira eletrônica. Para os consumidores falhos, suspeitos ou convictos desses crimes aos quais uma estúpida quizila de constituintes denominou hediondos, um encarceramento neutralizante.<sup>8</sup>

É evidente que tal sistema persistirá incapaz de prover segurança jurídica, mormente porque o poder punitivo não pode ser o único que resta ao Estado. Faz-se mister ainda salientar que a seletividade do sistema penal deriva da

---

<sup>6</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Fragmentos de uma grandiosa narrativa**: homenagem ao peregrino do humanismo. p. 200.

<sup>7</sup> De acordo com BATISTA, N., op. cit., pp. 154-155.

<sup>8</sup> Idem Ibidem, p. 155.

própria incapacidade operacional do sistema (seletividade quantitativa) e da especificidade da infração e das conotações sociais dos autores e vítimas (seletividade qualitativa) e tal processo de seleção tende a assegurar a manutenção de estereótipos de “criminosos”, que se perpetuam.<sup>9</sup>

Muitas vezes, o próprio Poder Judiciário parece desprezar a realidade social em que se insere; a esse respeito, Batista argumenta que

A partir do momento em que o jurista desce da torre de marfim tecnicista, ele se depara com a formidável configuração que o sistema penal impõe à organização social: com sua seletividade, com sua função de vigilância, com os símbolos que engendra e põe em circulação, com a construção de estereótipos criminais, com as funções de vigilância, com as coisas suspeitas etc.<sup>10</sup>

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, originada em um período pós-ditadura, trouxe vários dispositivos com o propósito de resguardar as gerações vindouras dos acontecimentos que haviam recentemente ocorrido. Todavia, mais de duas décadas após sua promulgação, percebe-se que não se fez o bastante para alterar a realidade brasileira. Nesse sentido, extrai-se da obra de Lenio Luiz Streck e Luciano Feldens:

Passados quinze anos desde a promulgação da Constituição, não há indicativos de que tenhamos avançado no sentido da superação da crise por que passa o Direito Penal e, conseqüentemente, a teoria do bem jurídico. Persistimos atrelados a um paradigma penal de nítida feição liberal-individualista, isto é, preparados historicamente para o enfrentamento dos conflitos de índole interindividual; não engendramos, ainda, as condições necessárias para o enfrentamento dos conflitos (delitos) de feição transindividual, os quais compõem majoritariamente o cenário desta fase de desenvolvimento da Sociedade brasileira. Basta-nos, para tanto, verificar a ineficácia do *establishment* jurídico-penal na prevenção – e mesmo no combate – aos cognominados crimes do colarinho-branco.<sup>11</sup>

Portanto, os meios colocados à disposição do Estado não passam de uma solução alegórica, conveniente em Estados que supervalorizam o poder punitivo,

---

<sup>9</sup> Conforme ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. pp. 266-277.

<sup>10</sup> BATISTA, N., op. cit., p. 153.

<sup>11</sup> FELDENS, Luciano; STRECK, Lenio Luiz. **Crime e Constituição**. p. 19.

relegando aos demais poderes papéis secundários e mantendo o jurista cada vez mais afastado da organização social que regula.

Nesse diapasão, extrai-se da obra de Zaffaroni que

A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício do poder de todos os sistemas penais.<sup>12</sup>

Assim, o sistema penal, ao identificar inimigos, seja mediante a edição de leis, seja com a sua própria inversão, presumindo-se a periculosidade e submetendo os “não cidadãos” a medidas de contenção, cria sociedades anômicas, baseadas no discurso do autoritarismo, com a alta seletividade do sistema repressivo e sem qualquer profunda convicção.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROPORCIONALIDADE

Os direitos fundamentais estão ligados à noção de limitação jurídica do poder estatal, tendo se originado nas Revoluções liberais do século XVIII (destacando-se o movimento Iluminista). Sobre o tema:

Los derechos fundamentales son un producto de las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII y pertenecen al programa del moderno Estado constitucional, del cual proceden. [...] constituyen una forma histórica de protección jurídica de la libertad [...] <sup>13</sup>

As garantias aos direitos fundamentais começaram a ser consagradas em virtude das revoluções burguesas ocorridas durante o século XVIII. Na Inglaterra, contudo, dois marcos do tema em apreço datam do século XVII: *Petition of Rights*, de 1628, e *Bill of Rights*, de 1689 <sup>14</sup>. Nos Estados Unidos, destacou-se a

<sup>12</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. p. 15.

<sup>13</sup> GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. p. 77.

<sup>14</sup> GRIMM, D., op. cit., p. 87.

Declaration of Independence, de 1776 <sup>15</sup>, e, na França, a Resolução de 14 de Julho de 1789 <sup>16</sup>.

Pode-se afirmar, no entanto, que a Alemanha foi o país em que os direitos de liberdade e igualdade, cujo cumprimento se dava através da não intervenção estatal exigida pela burguesia, evoluíram de maneira mais notável.

A propósito, Dieter Grimm esclarece que:

Sin embargo, con las constituciones, posteriores a 1815, del sur de Alemania y de algunos otros pequeños estados alemanes, las cosas fueron distintas. Es cierto que ninguna de ellas, a diferencia de las de Francia o América, se consiguió por medio de la lucha revolucionaria de la burguesía; se trataba más bien de concesiones voluntarias de los príncipes que em ello, naturalmente, solían estar orientados por un conjunto de motivos referidos al Estado. No obstante, todas ellas comprendían catálogos de derechos de libertad e igualdad que superaban de manera considerable las concesiones del absolutismo ilustrado. <sup>17</sup>

Em um primeiro momento, tratava-se apenas de fixar um limite à intervenção estatal, preservando a autonomia individual, o que atualmente a doutrina denomina direito fundamental de primeira geração.

Sobre o tema, destaca-se:

Outra perspectiva histórica situa a evolução dos direitos fundamentais em três gerações. A primeira delas abrange os direitos referidos nas Revoluções americana e francesa. São os primeiros a ser positivados, daí serem ditos de *primeira geração*. Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. [...] <sup>18</sup>

Com as mudanças sofridas pela sociedade no decorrer da história, surgiu a necessidade de ampliar a validade e a eficácia dos direitos fundamentais, que

---

<sup>15</sup> Idem Ibidem, p. 89.

<sup>16</sup> Idem Ibidem, p. 92.

<sup>17</sup> Idem Ibidem, p. 95

<sup>18</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. p. 267.

passaram por algumas revoluções. Nenhuma dessas expansões foi passageira ou fruto do acaso, mas sempre diretamente ligadas às condições que avultavam.

A primeira grande ampliação se deu quando o liberalismo (exigido em outro momento em contraposição ao absolutismo refutado) agravou o quadro de desigualdades sociais. Sendo assim, fez-se necessária uma nova geração de direitos fundamentais, em que fosse garantida maior igualdade através de ações estatais:

O descaso para com os problemas sociais, que veio a caracterizar o *État Gendarme*, associado às pressões decorrentes da industrialização em marcha, o impacto do crescimento demográfico e o agravamento das disparidades no interior da sociedade, tudo isso gerou novas reivindicações, impondo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social. O ideal absentista do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. [...] Como consequência, uma diferente pletera de direitos ganhou espaço no catálogo dos direitos fundamentais – direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas. São os direitos de segunda geração [...] <sup>19</sup>

Em fase mais recente, iniciou-se a defesa de bens de titularidade incerta, considerada difusa ou coletiva, o que se denominou direito fundamental de terceira geração:

Já os direitos chamados de terceira geração peculiarizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos. Tem-se, aqui, o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural. <sup>20</sup>

Analisando-se as três gerações de direitos fundamentais, constata-se que o Estado, através de omissão ou atuação, deve sempre assegurar a concretização mínima de tais direitos, o que serve como limite de sua interpretação, buscando reduzir ao máximo a discricionariedade, como esclarece Dieter Grimm:

La dogmática de los derechos fundamentales se ajusta aquí a la tarea de preparar el mínimo imprescindible de contenido positivo

---

<sup>19</sup> Idem Ibidem, p. 267.

<sup>20</sup> Idem Ibidem, p. 268.

para cualquier derecho fundamental concreto: mínimo que forma, a la vez, el límite de la interpretabilidad de los componentes jurídico-objetivos de los derechos fundamentales, así como de los límites competenciales entre política y justicia. Esto reduciría al mínimo el riesgo de discrecionalidad en la interpretación. 21

Destaca-se, assim, o conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais, de amplitude incomparável, havendo a possibilidade de se identificar e construir até mesmo jurisprudencialmente direitos fundamentais não escritos (ou constantes de outra parte da Constituição Federal, tratados internacionais etc.).

Como parte do rol de direitos fundamentais (sejam eles escritos ou não) dos ordenamentos jurídicos modernos, deve-se ressaltar o conceito de liberdade, que, muito embora seja um dos mais relevantes, é um dos menos claros. Pode-se afirmar que o direito à liberdade se apresenta como um direito à abstenção, seja do Estado ou de particulares. Nesse diapasão:

Só se falará em liberdade jurídica quando o objeto da liberdade for uma alternativa de ação. Se o objeto da liberdade é uma alternativa de ação, falar-se-á em uma "liberdade *negativa*". Uma pessoa é livre em sentido negativo na medida em que a ela não são vedadas alternativas de ação. 22

Destarte, para a criação de uma situação de liberdade jurídica é necessária apenas uma abstenção estatal, ou seja, uma ação negativa, omissiva. Para a garantia da liberdade é necessário somente um direito de defesa (justamente contra ações que vão de encontro à abstenção), porquanto a negação da liberdade não protegida é uma não liberdade.

Sabe-se que normas de direitos fundamentais são normas permissivas explícitas. Ademais, se uma liberdade está associada a um direito ou a uma norma, é - deve ser - protegida. Por conseguinte, toda liberdade fundamental existe ao menos em relação ao Estado e é resguardada, no mínimo, por um direito. Nesse sentido:

---

<sup>21</sup> GRIMM, D., op. cit., p. 173.

<sup>22</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 222.

Uma liberdade de direito fundamental existe, então, quando uma alternativa de ação se torna possível em virtude de uma norma de direito fundamental. [...] Restringíveis são os bens protegidos por direitos fundamentais (liberdades / situações / posições de direito ordinário) e as posições *prima facie* garantidas por princípios de direitos fundamentais.<sup>23</sup>

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promulgada após a redemocratização do país, de caráter analítico, pluralista e dirigente, inovou quanto aos direitos fundamentais. Até mesmo sua localização no texto constitucional demonstra a relevância dos preceitos. Acerca do tema, extrai-se da obra de Ingo Sarlet:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo).<sup>24</sup>

Os direitos fundamentais servem como parâmetro hermenêutico, pois se trata dos valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica, de aplicabilidade imediata, com *status* jurídico reforçado e diferenciado. O sistema dos direitos fundamentais, dentro da carta constitucional, é separado e fechado, que deve ser tratado de forma absolutamente distinta dos demais preceitos.

O Constituinte perdeu, contudo, a oportunidade de prever expressamente a restrição de direitos fundamentais, como salienta Ingo Wolfgang Sarlet:

Importante lacuna deixada pelo Constituinte diz com a ausência de previsão de normas genéricas expressas sobre as restrições aos direitos fundamentais, o que, na verdade, não encontra maior justificativa, já que não faltaram exemplos concretos de ampla aceitação no direito comparado.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Idem Ibidem, pp. 280-281.

<sup>24</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 77.

<sup>25</sup> Idem Ibidem, p. 69.

Robert Alexy defende que a solução para conflitos entre a liberdade e outros direitos é a própria relativização da incompatibilidade com os direitos fundamentais.<sup>26</sup>

A ideia de proporcionalidade como forma de resolver os conflitos entre direitos fundamentais remonta já à época de Cesare Beccaria, como se pode constatar em obra escrita em 1763:

Entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, igualmente, menos cruel no corpo do culpado.<sup>27</sup>

Pode-se observar que a máxima da proporcionalidade está estreitamente conectada com a teoria dos princípios, em razão da necessidade de sopesar a relevância da aplicação de cada princípio no caso concreto. No modelo de princípios, é possível falar em restrição a direitos fundamentais; quanto às normas, só pode haver restrição aos direitos fundamentais se forem compatíveis com a Constituição (justamente em virtude da hierarquia constitucional conferida aos direitos fundamentais). Os princípios podem restringi-los, mas, de acordo com alguns autores, é necessário um sopesamento entre o princípio constitucional atingido e aquele que o restringe. Observe-se, a esse respeito, o seguinte excerto:

Da natureza principiológica das normas de direitos fundamentais decorriam não apenas a restrição e a restringibilidade dos direitos fundamentais em face dos princípios colidentes, mas também que sua restrição e sua restringibilidade têm limites.<sup>28</sup>

Acerca do tema, cabe destacar a seguinte lição:

O fundamento do princípio da proporcionalidade é apreendido de forma diversa pela doutrina. Vozes eminentes sustentam que a base do princípio da proporcionalidade residiria nos direitos fundamentais. Outros afirmam que tal postulada configuraria expressão do Estado de Direito, tendo em vista também o seu desenvolvimento histórico a partir do Poder de Polícia do Estado.

---

<sup>26</sup> ALEXY, R., op. cit., p. 391.

<sup>27</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 49.

<sup>28</sup> ALEXY, R., op. cit., pp. 295-296.

Ou, ainda, sustentam outros, cuidar-se-ia de um postulado jurídico com raiz no direito suprapositivo.<sup>29</sup>

Importante mencionar, ainda, os ensinamentos de Dieter Grimm:

El descubrimiento del principio de proporcionalidad y el despliegue del contenido jurídico objetivo de los derechos fundamentales se han mostrado como las innovaciones de mayores consecuencias en la dogmática de los derechos fundamentales de la posguerra. Pero, a la vez que el principio fundamental de proporcionalidad progresa en el marco de la conocida defensa negativa de los derechos fundamentales y se refuerza decisivamente el poder defensivo de éstos contra las intromisiones del Estado en la libertad, la comprensión jurídico-objetiva abre a los derechos fundamentales un área de aplicación enteramente nueva. De esta interpretación de los derechos fundamentales se derivan, de forma paulatina, su irradiación a las relaciones de derecho privado, la denominada eficacia frente a terceros, los derechos originarios a prestaciones o derechos de participación de los individuos frente al Estado, el deber de protección por parte del Estado de las libertades aseguradas por derechos fundamentales, las garantías procesales de los procesos estatales de decisión de los que puedan derivarse perjuicios para los derechos fundamentales, los principios de organización de las instituciones públicas y privadas en las cuales los derechos fundamentales se hacen valer según el principio de la división de funciones; y aún serían posibles nuevos pasos. Así, los derechos fundamentales, en primer lugar, no se refieren ya unilateralmente al Estado, sino que se vuelven normativos también para el orden social; en segundo lugar, se desvinculan de la función unilateral de protección y sirven, asimismo, como fundamento de los deberes de actuación estatal.<sup>30</sup>

Assim, poder-se-ia afirmar que os direitos fundamentais são restrições às suas próprias restrição e restringibilidade, limitando-se esta restringibilidade (e a consequente e necessária restrição) à existência de princípios colidentes em determinado caso.

Segundo a teoria relativa, o conteúdo essencial é aquilo que resta após o sopesamento. Restrições que respeitem a máxima da proporcionalidade não violam a garantia do conteúdo essencial nem mesmo se, no caso concreto, nada restar do direito

---

<sup>29</sup> BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G. F. op. cit., pp. 356-357.

<sup>30</sup> GRIMM, D., op. cit., pp. 155-156.

fundamental. A garantia do conteúdo essencial é reduzida à máxima da proporcionalidade.<sup>31</sup>

Constata-se, por conseguinte, que a garantia do conteúdo essencial não cria, em relação à máxima da proporcionalidade, nenhum limite adicional à restringibilidade dos direitos fundamentais. Basta, de acordo com Robert Alexy, que as razões que justifiquem a afetação de um direito tenham a mesma relevância que o “desequilíbrio” causado:

A lei do sopesamento exige, no caso de um aumento na intensidade da afetação da liberdade, que o peso das razões que fundamentam essa afetação também aumente.<sup>32</sup>

Todavia, a noção de proporcionalidade (ponderação ou sopesamento) apresentada por Robert Alexy é maculada pela discricionariedade. Não se trata de subsunção das normas ao caso concreto, mas de discricionariedade do legislador ou do próprio aplicador do direito, encobrindo a compreensão, motivo pelo qual não se mostra suficiente e adequada sua aplicação.

Observe-se que o próprio autor admite a ocorrência de discricionariedade para resolução das questões:

Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que exclua impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento –, de forma a torná-los praticamente sem importância. Nesse caso, então, de fato existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade estrutural tanto do Legislativo quanto do Judiciário.<sup>33</sup>

Mariângela Gomes, que vislumbra a proporcionalidade como critério mínimo de legitimação<sup>34</sup>, aborda o garantismo somente em sua face negativa, como se pode observar no seguinte trecho de sua obra:

[...] a proporcionalidade representa uma especial característica de garantia aos cidadãos, na medida em que impõe sejam as restrições à liberdade individual contrabalançadas com a

<sup>31</sup> IALEXY, R., op. cit., pp. 297-298.

<sup>32</sup> Idem Ibidem, p. 352.

<sup>33</sup> Idem Ibidem, p. 611.

<sup>34</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal.** p. 209.

necessitada tutela a determinados bens jurídicos, e somente confere legitimidade às intervenções que se mostrarem conformes aos seus ditames. Por fim, resta observar que o princípio da proporcionalidade desempenha importante função dentro do ordenamento jurídico, não apenas penal, uma vez que oriente a construção dos tipos incriminadores por meio de uma criteriosa seleção daquelas condutas que merecem uma tutela diferenciada (penal) e das que não a merecem, assim como fundamenta a diferenciação nos tratamentos penais dispensados às diversas modalidades delitivas; além disso, conforme enunciado, constitui importante limite à atividade do legislador penal (e também do seu intérprete), posto que estabelece até que ponto é legítima a intervenção do Estado na liberdade individual dos cidadãos. 35

Não é incomum encontrar esse tipo de interpretação, pois o garantismo tradicional trazia apenas um aspecto negativo, absenteísta. Nesse diapasão, impende destacar:

Para a teoria garantista tradicional, o poder punitivo vem limitado pelo critério que busca a intervenção mínima e, a partir disso, uma máxima proteção das liberdades, entendida aqui em um sentido da proteção dos bens jurídicos do cidadão. Por isso, só se pode restringir a liberdade do indivíduo, proibindo determinadas condutas, quando esta transcenda para a liberdade dos demais cidadãos. 36

Paulo Bonavides esclarece a confusão feita entre o princípio da proporcionalidade e apenas uma de suas facetas: o princípio da proibição do excesso de proibição (*übermassverbot*) - face negativa do garantismo -, motivo pelo qual atualmente é mais recomendada a utilização da expressão *Verhältnismässigkeit*:

O princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) pretende por conseguinte, instituir, como acentua Gertz, a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle de excesso ("*eine Übermasskontrolle*").

A locução "vedação de excesso", ou seja, *Übermassverbot*, teve a preferência de importantes juristas desde Jullinek, em clássico do Direito Administrativo, até Peter Lerche, autor de uma originalíssima e fundamental obra sobre o assunto, estampada ao começo da década de 60. Também usaram essa designação Klaus

<sup>35</sup> Idem Ibidem, pp. 59-60.

<sup>36</sup> STRECK, Maria Luiza Schäfer. **A face oculta da proteção dos direitos fundamentais.** p. 90.

Stern, Hoffman-Becking, Kloepfer, H. Liesegang e Selmer, entre outros.<sup>37</sup>

Com o avanço da proporcionalidade e superação da ideia clássica de proteção apenas dos bens jurídicos frente ao Estado, surge um novo paradigma quanto à eficácia dos princípios constitucionais. Tal análise deve ser feita também no âmbito do Direito Penal, seja pelo Poder Legislativo, seja pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, manifesta-se Maria Luiza Schäfer Streck:

O princípio da proporcionalidade tem sua principal área de atuação no âmbito dos direitos fundamentais, isso porque é o responsável por determinar os limites – máximos e mínimos – de intervenções estatais nas esferas individuais e coletivas, sempre tendo em vista as funções e os fins buscados pelo Estado Democrático de Direito. Essa característica se mostra mais visível quando falamos no Direito Penal, uma vez que, responsável por tutelar os bens jurídicos constitucionais, esse ramo do direito deverá zelar, ao mesmo tempo, pela proibição de abusos – arbitrariedades – estatais, bem como efetivar as necessidades fundamentais do indivíduo e da sociedade conforme estabelecido nas diretrizes constitucionais.<sup>38</sup>

[...] devemos diferenciar a estrutura argumentativa do princípio da proporcionalidade, enquanto empregado para o controle de intervenção aos direitos fundamentais, a partir de duas vertentes: de defesa ou de prestação. A primeira, de acordo com a orientação clássica da proibição de excesso (*Übermassverbot*), a segunda, identificando-se com a proibição de infraproteção (*Untermassverbot*).<sup>39</sup>

De acordo com a mais renomada doutrina, a proporcionalidade engloba os subprincípios da adequação (ou idoneidade), da necessidade e da estrita proporcionalidade, pressupondo fins e meios adequados para a proteção dos bens jurídicos (uma espécie de equanimidade). Observa-se, assim, que o princípio da proporcionalidade é uma construção teórica aplicável a todo o direito e implícito na Constituição Federal de 1988 (observem-se os expressos postulados de justiça, liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana).

<sup>37</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 403.

<sup>38</sup> STRECK, M.L.S., op. cit., p. 65.

<sup>39</sup> Idem *Ibidem*, pp. 73-74.

### 3 PRINCÍPIOS DE PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE E DE EXCESSO DE PROIBIÇÃO

A origem da expressão “proibição de excesso de proibição” poderia se confundir com o princípio da proporcionalidade, que inicialmente era aplicado apenas para proteger os cidadãos dos excessos eventualmente cometidos pelo Estado. No decorrer da história, outra perspectiva despontou: o garantismo positivo, ou seja, a proibição de proteção estatal deficiente.

Nesse sentido, extrai-se da obra de Lenio Streck:

Há que se ter claro, portanto, que a estrutura do princípio da proporcionalidade não aponta apenas para a perspectiva de um garantismo negativo (proteção contra os excessos do Estado), e, sim, também para uma espécie de garantismo positivo, momento em que a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental, caso em que estar-se-á em face do que, a partir da doutrina alemã, passou-se a denominar de “proibição de proteção deficiente” (Untermassverbot).<sup>40</sup>

Ainda no que concerne aos princípios em estudo, o autor trata da ampliação das funções estatais, destacando a proibição de abstenção ou omissão do Estado, quando deveria prevenir e reprimir, a fim de assegurar os direitos fundamentais. Trata-se, pois, da “outra” face dos direitos fundamentais (garantismo positivo), conforme resume o seguinte excerto:

Perfeita, pois, a análise de Baratta: é ilusório pensar que a função do Direito (e, portanto, do Estado), nesta quadra da história, esteja restrita à proteção contra abusos estatais. [...]

Tanto isso é verdadeiro que o constituinte brasileiro optou por positivizar um comando criminalizador, isto é, um dever de criminalizar com rigor alguns crimes, em especial, o tráfico de entorpecentes, inclusive epitetando-o, *prima facie*, de hediondo.

Na verdade, 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.

---

<sup>40</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Bem jurídico e Constituição**: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. p. 8.

[...] Estes são os dois 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.

Tem-se, assim, uma espécie de dupla face de proteção dos direitos fundamentais: a proteção positiva e a proteção contra omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, como também por deficiência na proteção.<sup>41</sup>

Destaca-se, também, a seguinte afirmação de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Ao lado da idéia da proibição do excesso tem a Corte Constitucional alemã apontado a lesão ao princípio da proibição da proteção insuficiente.

Schlink observa, porém, que se o Estado nada faz para atingir um dado objetivo para o qual deva envidar esforços, não parece que esteja a ferir o princípio da proibição da insuficiência, mas sim um dever de atuação decorrente de dever de legislar ou de qualquer outro dever de proteção. Se se comparam, contudo, situações do âmbito das medidas protetivas, tendo em vista a análise de sua eventual insuficiência, tem-se uma operação diversa da verificada no âmbito da proibição do excesso, na qual se examinam as medidas igualmente eficazes e menos invasivas. Daí concluiu que "a conceituação de uma conduta estatal como insuficiente (*untermässig*), porque 'ela não se revela suficiente para uma proteção adequada e eficaz', nada mais é, do ponto de vista metodológico, do que considerar referida conduta como desproporcional em sentido estrito (*unverhältnismässig im engerem Sinn*)".<sup>42</sup>

Dado o conceito dos princípios de proibição de excesso e de proteção deficiente ou insuficiente, pode-se concluir que o Estado, por meio das criminalizações primária e secundária, deve ter sua atuação norteadas pelo que ensina o movimento garantista (negativa e positivamente), assegurando o pleno gozo dos direitos fundamentais em seu duplo viés.

---

<sup>41</sup> Idem. **O dever de proteção...**, op. cit., pp. 3-4.

<sup>42</sup> Idem *Ibidem*, p. 367.

O grande precursor da aplicação do princípio da proporcionalidade também como proibição de proteção deficiente por parte do Estado foi o Tribunal Constitucional Federal alemão. A respeito do tema, Lenio Luiz Streck esclarece que

Assim, na Alemanha, há uma distinção entre os dois modos de proteção de direitos: o primeiro – o princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) – funciona como proibição de intervenções; o segundo – o princípio da proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) – funciona como garantia de proteção contra as omissões do Estado, isto é, será inconstitucional se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.<sup>43</sup>

Busca-se salientar, neste artigo, a possibilidade - ou melhor, a necessidade - de aplicação dos referidos princípios no direito penal, tanto pelo legislador quanto pelo aplicador do direito, servindo a Constituição (que consagra os direitos fundamentais, explicita ou implicitamente) como limitadora do sistema penal. Nesse diapasão, Maria Luiza Schäfer Streck argumenta que

Destarte, deparamo-nos com um princípio que opera tanto no momento da criação do direito, através do poder legislativo, como no momento de sua aplicação, feita por juízes e tribunais. Nesse sentido, afirma-se que a proibição de excesso pode ter relevância em três formas distintas em ordem de penalização: em primeiro lugar, uma determinada figura delitiva, como tal, em sua extensão, pode afetar a proibição de excesso; em segundo, o marco penal abstrato não está em harmonia com a matéria do injusto delimitada no tipo legal; por último, o excesso pode advir das decisões proferidas pelos aplicadores do direito.

[...]

Conforme isso, segue o autor, é a Constituição que impõe os limites para a intervenção penal na luta contra o delito, devendo o Estado respeitá-los ao exercer seu poder punitivo. Assim, as limitações do Direito Penal provenientes da tradição da Teoria do Direito Penal, por um lado, e as limitações das intromissões penais impostas pela Constituição, por outro, procedem, em última instância, da mesma fonte: uma fundamentação do Direito Penal e da pena baseada nos direitos fundamentais.<sup>44</sup>

<sup>43</sup> STRECK, L.L., **O dever de proteção...**, op. cit., p. 6.

<sup>44</sup> STRECK, M. L. S., op. cit., p. 89.

Ainda no que concerne ao dever estatal de proteção dos direitos fundamentais, positiva e negativamente, extrai-se da obra de Martha de Toledo Machado:

Saliente-se, agora, que o reconhecimento dessa faceta de garantismo positivo (*proibição de proteção insuficiente*) na tutela penal do Estado traz ao centro da problemática – também no campo penal – a questão tocante com o entrelaçamento de valores fundamentais (a tensão entre direitos e garantias fundamentais do cidadão) e os meios de sua solução (na acepção de *adequação, harmonização ou relativização*; como se prefira).<sup>45</sup>

Ao abordar a proporcionalidade em sentido estrito (que deve ser entendida também em seu duplo viés, conforme se vem reforçando), Marcus Alan de Melo Gomes destaca a concretização por meio da aplicação da pena pelo juiz:

A par do momento de cominação penal abstrata, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito incide ainda no instante de aplicação da pena pelo juiz. É o que se denomina de proporcionalidade *concreta* ou *judicial*, e da qual decorre que a pena aplicada ao autor da infração penal tem que ser proporcional à gravidade do fato delituoso praticado.<sup>46</sup>

Os princípios de proibição de excesso de proibição e de proteção deficiente e sua aplicação no âmbito do direito penal são o foco deste artigo diante da constatação de situações previstas na legislação brasileira destoantes da realidade social e dos princípios de direito penal (compreendido como *ultima ratio*). Há, também, decisões judiciais cujo teor se mostra incompatível com o dever estatal de proteger os direitos fundamentais dos cidadãos – sejam as vítimas ou os autores de delitos.

Destarte, faz-se necessário analisar a possibilidade de aplicação dos princípios de proibição de excesso de proibição e de proteção deficiente a fim de adequar as sanções penais (em abstrato e em concreto).

---

<sup>45</sup> MACHADO, Martha de Toledo. **Proibições de excesso e proteção insuficiente no direito penal.** A hipótese dos crimes sexuais contra crianças e adolescentes. p. 85.

<sup>46</sup> GOMES, Marcus Alan de Melo. **Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena.** p. 193.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Durante este artigo, buscou-se demonstrar a necessidade de se aplicar a dupla face dos direitos fundamentais ao Direito Penal. Tendo em vista que, através da criminalização de determinadas condutas, o Estado visa a exercer a função de garantidor do respeito à dignidade da pessoa humana, tanto da vítima (vista também como a sociedade em geral) quanto do autor do suposto delito, deve-se sempre priorizar a concretização dos direitos fundamentais, em seu duplo viés.

Por conseguinte, uma vez que a função do Direito Penal no Estado Democrático de Direito brasileiro é a proteção dos bens jurídicos fundamentais (materialmente considerados como tais) por meio da preservação de valores de caráter ético-social, devem-se buscar os limites da possibilidade de aplicação dos princípios da proibição do excesso de proibição e da proteção deficiente, com a consciência da problemática existente quanto ao duplo viés dos direitos fundamentais e sua repercussão na criminalização (tanto primária quanto secundária) de condutas.

À luz de todo o exposto, mesmo que de forma breve, pode-se concluir que, especialmente no ordenamento penal brasileiro, vêm sendo desrespeitados os princípios da proibição de proteção deficiente e de excesso de proibição, devendo o Estado promover alterações nos âmbitos legislativo e judiciário, visando a suprir as deficiências de sua atuação.

## **REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS**

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

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

\_\_\_\_\_. **Fragmentos de uma grandiosa narrativa: homenagem ao peregrino do humanismo**. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org.). **Verso e reverso do controle penal** : (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva : homenagem a Alessandro Baratta. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, v. 1, p. 197-216.

BATISTA, Nilo. **Os sistemas penais brasileiros**. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org.). **Verso e reverso do controle penal** : (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva : homenagem a Alessandro Baratta. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, v. 1, p. 147-158.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FELDENS, Luciano; STRECK, Lenio Luiz. **Crime e Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GOMES, Marcus Alan de Melo. **Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena**. São Paulo: Lumen Juris, 2008.

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

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Trad. Raúl Sanz Burgos e José Luiz Muñoz de Baena Simón. Madrid: Trotta, 2006.

RUDOLFO, Fernanda Mambrini. A dupla face dos direitos fundamentais: a aplicação dos princípios da proibição de proteção deficiente e de excesso de proibição no direito penal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.3, 3º quadrimestre de 2010. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

MACHADO, Martha de Toledo. **Proibições de excesso e proteção insuficiente no direito penal.** A hipótese dos crimes sexuais contra crianças e adolescentes. São Paulo: Verbatim, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Bem jurídico e Constituição:** da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em [http://leniostreck.com.br/index.php?option=com\\_docman&Itemid=40](http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40). Acesso em 25 mar 2010.

\_\_\_\_\_. **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://leniostreck.com.br/index.php?option=com\\_docman&Itemid=40](http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40). Acesso em 20 ago. 2009.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. **A face oculta da proteção dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2001.

\_\_\_\_\_. **O inimigo no direito penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2007.