

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

JEFFERSON DE SOUSA RIBEIRO

A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DO DIREITO PENAL À LUZ DO EQUILÍBRIO  
ENTRE OS SUBPRINCÍPIOS DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE E DA  
PROIBIÇÃO DE EXCESSOS

SOUSA

2013

JEFFERSON DE SOUSA RIBEIRO

A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DO DIREITO PENAL À LUZ DO EQUILÍBRIO  
ENTRE OS SUBPRINCÍPIOS DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE E DA  
PROIBIÇÃO DE EXCESSOS

Trabalho monográfico apresentado ao  
Curso de Direito do Centro de Ciências  
Jurídicas e Sociais da Universidade  
Federal de Campina Grande, como  
exigência parcial da obtenção do título de  
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof.<sup>o</sup> Dr. Iranilton Trajano da  
Silva.

SOUSA

2013

JEFFERSON DE SOUSA RIBEIRO

A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DO DIREITO PENAL À LUZ DO EQUILÍBRIO  
ENTRE OS SUBPRINCÍPIOS DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE E DA  
PROIBIÇÃO DE EXCESSOS

Trabalho monográfico apresentado ao  
Curso de Direito do Centro de Ciências  
Jurídicas e Sociais da Universidade  
Federal de Campina Grande, como  
exigência parcial da obtenção do título de  
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof.º Dr. Iranilton Trajano da  
Silva.

Banca Examinadora:

Data da Aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

---

Orientador: Prof.º Dr. Iranilton Trajano da Silva.

---

Prof.º Dr. Jardel de Freitas Soares

---

Prof.ª Maria de Lourdes Mesquita

À minha mãe, fonte de amor e paciência.  
A quem devo muito mais que a vida e  
dedico não apenas esta monografia,  
como também todas as minhas  
conquistas que se seguirão em razão da  
força, entusiasmo, determinação que com  
ela aprendi ter.

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus, por ter direcionado minha caminhada rumo esta conquista, por ter me livrado dos tropeços e derrotas, por ter me dado força e fé para superar todas as dificuldades, bem como, por ter me presenteado com discernimento, inteligência e sabedoria para alcançar essa vitória.

Aos meus pais, Geraldo Alves Ribeiro e Maria Auxiliadora de Sousa, que me deram o dom da vida, em especial, a minha amada mãe que é sinônimo amor, compreensão, paciência, luta, dedicação e incentivo, e por ter me ensinado que os obstáculos podem ser superados e que a vitória é certa para aquele que persiste.

A minha querida avó paterna, Maria Alves Ribeiro, por sempre me oferecer bons conselhos, incentivar meus sonhos e me ajudar ao longo de toda a vida.

A minha estimada tia, Maria Selma Alves Ribeiro, a qual me concedeu apoio indispensável no princípio dessa caminhada.

Aos meus queridos irmãos, Luana de Sousa Ribeiro, Luan de Sousa Ribeiro e Jerry Adriane Soares Ribeiro, pelos momentos compartilhados e por toda a cumplicidade.

A minha querida namorada pelo apoio e compreensão ao longo do desenvolvimento deste trabalho.

Aos meus amigos, pelos momentos de descontração que são determinantes para que a caminhada rumo à vitória seja menos árdua.

Aos meus amigos e colegas de curso, Jéssica Lopes de Oliveira, Mariama Isabela da Nóbrega e Wallace Mendes por todos os momentos vividos e por todos os socorres prestados nos momentos mais difíceis.

Ao meu prezado orientador, Professor Doutor Iranilton Trajano da Silva, pela assistência prestada ao longo deste trabalho.

A todos os demais colegas de curso pelas dicas, dúvidas e sugestões compartilhadas 24 horas do dia no facebook.

A Hellosman, vulgo “Peithon”, pela amizade e dedicação ao longo de seis anos de bons serviços prestados.

Por fim, a todas aquelas pessoas que ao longo de minha vida contribuíram, de qualquer forma, para a conquista deste sonho.

“O que justifica o ímpio, e o que condena o justo, abomináveis são para o Senhor, tanto um como o outro”.

Rei Salomão

## RESUMO

O presente trabalho tem por objeto a preocupação em relação ao modo como parcela expressiva dos juristas brasileiros e o poder legislativo infraconstitucional têm tratado e construído o Direito Penal, em razão das influências do período da ditadura militar, apenas sob a perspectiva do subprincípio da Proibição de Excessos, que consiste na defesa do indivíduo frente a atuação do Estado, por meio da imposição de garantias negativas, como forma de conferir segurança aos direitos individuais. Utilizando-se dos métodos histórico-jurídico e exegético-jurídico e, quanto à técnica de pesquisa, da documentação indireta, através da pesquisa bibliográfica, demonstrou-se que tal proceder, proscreve a segunda face do Princípio da Proporcionalidade, qual seja, o subprincípio da Proibição da Proteção Deficiente, que institui um dever de proteção ao Estado, em favor do indivíduo, contra as violações aos seus bens jurídicos por parte de terceiros. O Estado brasileiro, num cenário de Estado Democrático (e Social) de Direito, se afigura antes como garantidor e promotor dos direitos fundamentais do que como ameaça ou pretense violador, assim a Constituição Federal de 1988 e a legislação infraconstitucional devem ser interpretadas, em matéria penal, segundo um critério de equilíbrio, tendo em vista a compreensão do Princípio da Proporcionalidade em toda a sua completude, principalmente, se forem consideradas certas problemáticas que envolvem o Direito Penal brasileiro na atualidade, como o aumento da criminalidade, o avanço dos índices de impunidade e a forte sensação de insegurança que subjuga a população. Nesse sentido, o Direito Penal foi exposto como uma importante ferramenta de promoção e garantia de direitos fundamentais e não como supressor, já que assume função de instrumento de transformação social visando assegurar uma sociedade harmônica, pacífica e ordeira, em que o cidadão tem proteção a todos os seus direitos fundamentais e não apenas a parcela deles.

Palavras-chave: Direito Penal. Equilíbrio. Princípio da Proporcionalidade. Subprincípio da Proibição de Excessos. Subprincípio da Proibição da Proteção Deficiente.

## ABSTRACT

The present work aims at the concern about how a significant portion of the Brazilian legal and legislative power infra treated and have built the Criminal Law, due to the influences of the period of military dictatorship, only from the perspective of subprinciple Prohibition of Overeating, which is the defense of the individual against state action, through the imposition of negative collateral as a means of providing security for individual rights. Using methods of historical- legal and legal - exegetical and, as the research technique of indirect documentation, through the literature, it was shown that such a course, proscribes the second face of the Principle of Proportionality, namely, subprinciple Ban protection Disability imposing a duty to protect the State in favor of the individual against violations of their legal rights by third parties. The Brazilian state, a democratic state scenario (and Social) of law, it appears rather as promoter and guarantor of fundamental rights than as a threat or alleged rapist, so the 1988 Constitution and the constitutional legislation should be interpreted in criminal matters, according to a balancing test, in order to understand the principle of proportionality in all its fullness, especially if one considers certain issues involving criminal law in Brazil today, as the rise in crime, the advance rates of impunity and the strong feeling of insecurity that subjugates the population. Accordingly, the Criminal Law was exposed as an important tool for the promotion and guarantee of fundamental rights and not as suppressor function takes as an instrument of social transformation aiming to ensure a harmonious society, peaceful and orderly, in which citizens have protection all their fundamental rights and not just the portion of them .

Keywords: Criminal Law. Balance. Principle of Proportionality. Subprinciple Prohibition of Overeating. Subprinciple Ban Protection Disabled.



## LISTA DE ABREVIATURAS

a.C. – Antes de Cristo.

AIDS - Síndrome da imunodeficiência adquirida

Art. – Artigo.

Arts. – Artigos.

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Etc. – Entre outros. E outras coisas.

HIV - Vírus da imunodeficiência humana.

Inc. – Inciso.

N.º - Número.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2 ANÁLISE HISTÓRICA DO DIREITO PENAL</b> .....	14
2.1 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL .....	14
2.1.1 Período da vingança .....	15
2.1.2 Período Humanitário .....	17
2.1.3 Período Científico .....	20
2.1.3.1 A Escola Positiva .....	21
2.1.3.2 As escolas ecléticas .....	24
2.2 HISTÓRICO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO .....	25
2.2.1 Período pré-colonial .....	26
2.2.2 Brasil colônia .....	26
2.2.3 Brasil Imperial .....	28
2.2.4 Brasil Republicano .....	30
<b>3 CRIMINALIDADE E IMPUNIDADE NO BRASIL, O DIREITO À SEGURANÇA E O CONTROLE SOCIAL PENAL</b> .....	34
3.1 BREVE ABORDAGEM DO PANORAMA DA CRIMINALIDADE NO BRASIL E SUAS CONSEQUÊNCIAS .....	35
3.2 O ALTO NÍVEL DE IMPUNIDADE NO BRASIL, CAUSAS E REFLEXOS .....	41
3.3 DIREITO (INDIVIDUAL E SOCIAL) À SEGURANÇA .....	44
3.4 IMPORTÂNCIA DO DIREITO PENAL ENQUANTO INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL FORMAL .....	46
3.4.1 Controle Social .....	47
3.4.2 Controle Social Penal e sua importância .....	49
<b>4 DO NECESSÁRIO EQUILÍBRIO ENTRE OS SUBPRINCÍPIOS DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE E DA PROIBIÇÃO DE EXCESSOS, NO DIREITO PENAL BRASILEIRO, À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE CONFORME A CONSTITUIÇÃO</b> .....	52

4.1 O CARÁTER PREDOMINANTEMENTE LIBERAL DO DIREITO PENAL BRASILEIRO E A NECESSIDADE DE SUA RELEITURA À LUZ DA REALIDADE ATUAL.....	53
4.2. BREVE ANÁLISE DO PAPEL DOS PRINCÍPIOS NA ORDEM JURÍDICA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM MATÉRIA PENAL .....	57
4.3 OS SUBPRINCÍPIOS DA PROIBIÇÃO, DE EXCESSOS E DA PROTEÇÃO DEFICIENTE E O NECESSÁRIO EQUILÍBRIO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO .....	60
<b>4.3.1 O subprincípio da Proibição de Excessos .....</b>	<b>61</b>
<b>4.3.2 O Subprincípio da Proibição da Proteção Deficiente.....</b>	<b>62</b>
<b>4.3.3 Do (des)equilíbrio no Direito Penal brasileiro entre os subprincípios da Proibição de Excessos e da Proibição da Proteção Deficiente .....</b>	<b>65</b>
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>73</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>76</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A justificativa para o desenvolvimento do presente trabalho consiste em determinadas problemáticas que envolvem o Direito Penal brasileiro atualmente, tais como o aumento da criminalidade, o avanço dos índices de impunidade, a forte sensação de insegurança que domina a população e, principalmente, a adesão, de parte significativa dos juristas brasileiros, bem como, do poder legislativo infraconstitucional, ao tratamento do Princípio da Proporcionalidade, apenas sob a perspectiva do subprincípio da Proibição de Excessos, tendo como pano de fundo, o garantismo penal de Luigi Ferrajoli, mais especificamente, seu aspecto negativo.

Nesse sentido, tem-se verificado que a construção e análise do Direito Penal no Brasil, sobretudo após a ditadura militar, vem se pautando tão somente naquilo que se denomina de subprincípio da Proibição de Excessos, que consiste na defesa do indivíduo frente a atuação do Estado, por meio da imposição de garantias negativas, como forma de conferir segurança aos direitos individuais, esquece-se, de tal modo, da segunda feição do Princípio da Proporcionalidade, qual seja, o subprincípio da Proibição da Proteção Deficiente, o qual constitui um imperativo de tutela do Estado, que significa um verdadeiro dever de proteção deste, em favor do indivíduo, contra as violações aos seus bens jurídicos por parte de terceiros.

Buscar-se-á demonstrar que, dentro do presente cenário de Estado Democrático (e Social) de Direito que é o Estado brasileiro, a Constituição Federal de 1988 e a legislação infraconstitucional devem ser interpretadas, em matéria penal, tendo em vista o Princípio da Proporcionalidade em sua plenitude.

Nesse panorama, campear-se-á revelar outro lado do Direito Penal, sob o prisma do subprincípio da Proibição da Proteção Deficiente, já que existe também um garantismo positivo; evidenciando-o enquanto um instrumento de promoção e garantia de direitos fundamentais e não como supressor; antes, visando assegurar uma sociedade harmônica em que cidadão e sociedade têm proteção, por parte do Estado, a direitos individuais e metaindividuais.

Seguindo essa senda, procurar-se-á demonstrar a necessidade de se construir e analisar o Direito Penal à luz do equilíbrio entre os suprarreferidos subprincípios, partindo de uma interpretação conforme a Constituição e a realidade social, política e econômica da sociedade brasileira, uma vez que o Estado

brasileiro, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 e mais nitidamente nos dias atuais, exhibe novos papéis, que vão para além do respeito aos direitos fundamentais, quais sejam, de garantidor e de promotor, diferentemente do que se passava no decurso da ditadura militar.

Sob essa ótica, o trabalho em questão revela-se importante uma vez que permitirá que se vislumbre, sem qualquer pretensão de esgotar o tema e concentrando a atenção nos pontos mais relevantes, a necessidade de se abordar o Direito Penal observando o Princípio da Proporcionalidade em seu duplo aspecto, ou seja, do equilíbrio entre os subprincípios da Proibição da Proteção Deficiente e da Proibição de Excessos.

Em seu desenvolvimento, o presente trabalho valer-se-á, visando possibilitar a construção de seus aspectos teóricos e perseguir os objetivos elencados, do método histórico-jurídico e do exegético-jurídico; quanto à técnica de pesquisa, utilizar-se-á a documentação indireta, através de expedientes metodológicos constitutivos da pesquisa bibliográfica, concebida pelo levantamento de dados e informações em acervos perante a legislação, a doutrina, (livros, sites, artigos etc.) e a jurisprudência, com organização de tais elementos por meio de fichamento, visto o grande volume de informações manipuladas, para sistematizar e tornar viável a produção dos textos.

O trabalho em epígrafe será construído por meio da conexão de três capítulos, assim arrançados:

No primeiro capítulo abordar-se-á, em um primeiro momento, a evolução histórica do Direito Penal de um modo geral, partindo dos tempos primitivos, em que se manifestava o período que se convencionou chamar de Período da Vingança; passando pelo Período Humanitário, que se caracterizou pelos esforços de conferir proporcionalidade entre as penas e os delitos, com Beccaria, bem como pelos ideais de limitação do *jus puniendi* estatal, por meio da previsão de garantias negativas, visando a proteção dos direitos individuais das ações arbitrárias do Estado absolutista, da Escola Clássica; até chegar ao Período Científico, que tem início com a Escola Positiva, com nomes como Lombroso, Ferri e Garófalo, em seguida avança com as escolas ecléticas e se estende até os dias atuais. Em um segundo instante, será tratado o histórico do Direito Penal no Brasil, o qual será estudado em quatro períodos distintos, quais sejam, pré-colonial, colonial, imperial e republicano, visando se obter um melhor conhecimento da sistemática do ordenamento jurídico-penal

pátrio, como suas origens, bases filosóficas, influências sofridas, tendências exibidas, objetivos almejados etc..

Já no segundo capítulo aventar-se-á sobre determinadas problemáticas que incidem sobre a sociedade brasileira como o aumento da criminalidade, o avanço dos índices de impunidade, a forte sensação de insegurança, as quais se relacionam intimamente com o Direito Penal, conseqüentemente, será trazido à baila o direito à segurança em sua dupla feição, enquanto direito individual (art. 5º) e direito social (art. 6º) no âmbito da Constituição Federal, em seguida, o capítulo em comento será finalizado tratando do Direito Penal e sua importância enquanto instrumento de controle social formal.

No terceiro capítulo, por fim, serão tecidas considerações acerca do caráter predominantemente liberal do Direito Penal brasileiro, principalmente após a ditadura militar, e sobre a necessidade de sua releitura à luz da realidade atual; depois discorrer-se-á uma abreviada apreciação do papel dos princípios na ordem jurídica e do Princípio da Proporcionalidade em matéria penal, revelando sua dupla face, a saber, enquanto proibição de excessos (dever de defesa) e a proibição da proteção insuficiente (dever de proteção); e, em arremate, os subprincípios da Proibição de Excessos e da Proibição da Proteção Deficiente serão abordados, em termos gerais, tendo em vista o necessário equilíbrio que devem possuir no Direito Penal brasileiro.

## 2 ANÁLISE HISTÓRICA DO DIREITO PENAL

O estudo do histórico do Direito Penal se mostra importante, já que proporciona a compreensão dos atuais fenômenos jurídicos penais.

É a partir do estudo das origens e do desenvolvimento do Direito Penal, que se pode entender os reflexos desse processo evolutivo nos dias presentes, influenciando decisivamente em elementos da realidade sócio-jurídica, além de apontar novos horizontes de transformações do Direito Penal.

Como será mostrado, ao longo da história, muitas foram as formas de regramento da convivência humana até se chegar ao atual estágio do Direito Penal.

### 2.1 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL

Desde os primórdios da humanidade, o homem sempre viveu em meio coletivo, interagindo com outros indivíduos através das mais variadas formas de relações, entre as quais se destacam a familiar e a comunitária.

Daí a afirmação de Aristóteles de que o homem é um animal político, tendo em vista que os homens se agregam em conjuntos humanos, que partem da família até formações mais complexas como o burgo, a *pólis* e, por fim, o Estado-Nação. (AURÉLIO, 2010).

Ora, o convívio em coletividade, como se sabe, está sujeito a conflitos, isso porque, em determinado momento, uma pessoa pode ofender à outra ou uma mais sensível pode se sentir ofendida de alguma maneira e reagir, instaurando o conflito.

Acontece que, quando dos primeiros passos da humanidade, os conflitos eram solucionados pela “lei do mais forte”, onde a “regra” que preponderava era a vingança privada, sem qualquer juízo crítico de justiça, paz e harmonia social.

Só com o desenvolvimento racional humano é que surge, paulatinamente, a necessidade da criação de um sistema que possibilitasse a manutenção da ordem e da paz entre os membros do corpo social.

### 2.1.1 Período da vingança

O período da vingança teve início com o próprio homem e se estendeu até meados do século XVIII, constituindo o mais longo período histórico do Direito Penal.

Nesse período, vislumbram-se três fases – ou formas de manifestação, pois, a rigor, não seguem uma ordem cronológica estrita, por vezes manifestaram-se concomitantemente com traços marcantes, mais em um sentido que em outro, por outras se sucedem –, quais sejam, a vingança privada, a divina e a pública.

No início da formação dos primitivos grupos humanos, os conflitos eram solucionados pela “lei do mais forte”, preponderava a vingança privada, caracterizado pelo revide imediato, impulsionado pelos sentimentos mais primitivos do homem, onde destacava-se a desproporcionalidade entre a conduta e a resposta.

Nesse diapasão, assevera Julio Fabbrini Mirabete (2010, p. 16) que "cometido um crime, ocorria a reação da vítima, dos parentes e até do grupo social (tribo), que agiam sem proporção à ofensa, atingindo não só o ofensor, como também todo o seu grupo".

Nessa fase da história, não havia realmente uma manifestação do Direito Penal enquanto sistema existia, simplesmente, uma realidade social, motivada pela reação instintiva. De modo que a vingança em relação a uma conduta praticada, acabava, por vezes, por instalar conflitos ainda maiores, ao invés de por um termo.

Por essa razão, buscou-se estabelecer critérios que possibilitassem a aplicação de penas àqueles que cometessem condutas indesejadas e danosas.

O Código de Hamurabi (1694 a.C.), escrito pelo rei babilônico de mesmo nome, é que apresenta os primeiros indícios do uso de parâmetros na aplicação de penas com a pena de talião e a composição. Os arts. 229 e 231, por exemplo, pronunciavam que se um construtor construir uma casa para outrem, mal feita, e se a casa cair e matar seu dono, então o construtor deverá ser condenado à morte (pena de talião). Já se morresse o escravo do proprietário, tido como coisa, o construtor deveria pagar por este escravo ao dono da casa (composição). (REVISTA AREÓPAGO JURÍDICO, 2009).

A pena de talião, do latim *talio*, que significa tal, consiste num critério de proporcionalidade da pena em relação à conduta cometida, caracterizada pela rigorosa reciprocidade em relação ao crime. Assim, aquele que matasse alguém



teria como pena a morte, ou seja, tal crime, tal pena, por essa razão, a referida lei é comumente traduzida no adágio “olho por olho, dente por dente”. A composição, a seu turno, consistia na restituição do bem destruído ou morto, escravo por moedas, animal por animal e assim por diante.

Também nos tempos primitivos, os agrupamentos humanos estavam inseridos em um ambiente onde os fatos mais complexos eram considerados mágicos e religiosos, assim fenômenos naturais, facilmente explicáveis nos dias de hoje, como as secas, as tempestades, as erupções vulcânicas, os terremotos, os tsunamis, as pestes etc. eram tidos como manifestações da ira dos deuses em razão da prática de atos que não os agradavam e que por isso demandavam represálias.

A Bíblia Sagrada apresenta normas próprias dessa fase, ou forma de manifestação, do Direito Penal em seu velho testamento, no livro de Oséias, capítulo 04, versículos 1-3:

1. Ouvi a palavra do SENHOR, vós filhos de Israel, porque o SENHOR tem uma contenda com os habitantes da terra; porque na terra não há verdade, nem benignidade, nem conhecimento de Deus.
2. Só permanecem o perjurar, o mentir, o matar, o furtar e o adulterar; fazem violência, um ato sanguinário segue imediatamente a outro.
3. Por isso a terra se lamentará, e qualquer que morar nela desfalecerá, com os animais do campo e com as aves do céu; e até os peixes do mar serão tirados.

Deste modo, infere-se que a religião exercia influência crucial na vida dos povos primitivos e, conseqüentemente, no Direito Penal em estágio embrionário, havendo, por isso, uma relação indissociável entre os institutos: crime e pecado; sanção penal e castigo divino; e cumprimento de pena e perdão divino.

Com a ampliação do poder político, agora a administração da justiça estava a cargo do Estado, nessa fase, constata-se um significativo progresso em relação ao Direito Penal e, conseqüentemente, ao binômio crime e pena, principalmente pelo fato de que a sanção deixa de ser aplicada pelo ofendido, por outros indivíduos ou pelos sacerdotes e passa a ser uma manifestação do Estado, representado pela figura do soberano que, não raro, ainda operava por autorização divina.

Então, a medida repressiva deixa de ser uma vingança privada ou divina e transforma-se em uma sanção imposta por meio de uma autoridade pública, ainda que sob a influência da religião, mas que representa os anseios do grupo ou do Estado e passa a ter um limite, ainda que tímido, mas já significativo, contudo, as

penas nesse período ainda caracterizavam-se pelas práticas cruéis, uma vez que também tinham por objetivo garantir a estabilidade do sistema vigente.

### 2.1.2 Período Humanitário

O período histórico do Direito Penal que se convencionou chamar de Humanitário tem início em meados da segunda metade do século XVIII, com duração de pouco mais de um século, perpassando, mais nitidamente entre os anos de 1750 e 1850, mas ainda ecoa suas influências hodiernamente (COSTA JR, P. J.; COSTA, F. J., 2010).

Digno de destaque é o fato que esse período teve início e encontrou terreno fértil no desenvolver do iluminismo, que consistiu em um movimento de amplitude global, que envolveu diversas searas do saber, defendendo, principalmente, o uso da razão como sendo a perfeita alameda para se chegar à emancipação humana.

O Período Humanitário, pois, nasce em meio às disputas e conflitos de interesses políticos e econômicos, entre burguesia e nobreza, surgindo como reação à arbitrariedade da administração da justiça penal e contra o caráter violento e cruel das penas, tendo em vista que o povo já se encontrava farto de tanta barbaridade, então se passou a pregar a reforma das leis e da administração da justiça penal.

É nesse período, que Cesare Bonesana, marquês de Beccaria, escreve, em Milão, inspirado pelo estudo das obras dos pensadores e filósofos franceses e com a cooperação dos irmãos Pietro e Alessandro Verri, *Dei delitti e delle pene* que foi publicado em 1764 (MIRABETE, 2010, p. 18).

Em sua obra “Dos delitos e das penas”, Beccaria (2000) critica a noção jurídica vigente e protesta, entre outras coisas mais, por uma maior segurança jurídica individual, defendendo que as leis fossem claras e de sentido determinado; opunha-se, representando o senso do povo, aos julgamentos secretos, às torturas empregadas nos interrogatórios, às penas infamantes entre outras; e, professa a inutilidade da pena de morte, bem como, propugna a proporcionalidade das penas em relação aos delitos, ou seja, Beccaria opunha-se à justiça penal medieval que nesse período ainda vigorava.

Nesse sentido, vale trazer à baila a lição de Lélío Braga Calhau (2011, p. 18), discorrendo acerca da obra de Beccaria, quando afirma que:

[...] já foi crismada (por Radzinowicz) como o manifesto da abordagem liberal ao direito criminal. Em síntese, Beccaria procurou fundamentar a legitimidade do direito de punir, bem como definir critérios da sua utilidade, a partir do postulado do contrato social. Serão ilegítimas todas as penas que não revelem da salvaguarda do contrato social (sc., da tutela de interesses de terceiros), e inúteis todas as que não sejam adequadas a obviar as suas violações futuras, em particular as que se revelem ineficazes do ponto de vista da prevenção geral.

Percebe-se, então, que em razão da grande repercussão que alcançou a obra de Beccaria é que esse período do Direito Penal recebe a denominação de humanitário, uma vez que tonifica o movimento de reforma, lançando mão de ideias envolvendo a razão, pondo em destaque o respeito à pessoa humana e, ao mesmo tempo, sentimentos de piedade, misericórdia, comiseração pela fortuna das pessoas submetidas ao regime jurídico-penal e ao sistema carcerário vigente. Igualmente, trouxe muitas influências benéficas ao Direito Penal, principalmente no que diz respeito à humanização das penas e manifestação da lei como orientadora da justiça em matéria criminal.

As ideias acima comentadas fizeram abrolhar resultados práticos importantes à implementação de uma vasta reforma no campo jurídico-penal como o movimento codificador, que se deu por meio da reunião de leis esparsas e de costumes e da edição de códigos com modificações significativas, no sentido de humanizar a legislação penal em várias nações (COSTA JR, P. J.; COSTA, F. J., 2010, p. 59).

Em seguida, surge a Escola Clássica, assim apelidada, pejorativamente, pelos positivistas, mais especificamente por Enrico Ferri, a qual nunca existiu enquanto ente propriamente dito (MARQUES, 1997, p. 105), mas consistiu num conjunto de filósofos, pensadores, escritores e doutrinadores que se insurgem contra o absolutismo e o arbítrio dominante à época.

Antônio García-Pablos de Molina (GOMES; MOLINA, 2010, p. 167) assevera que “A Escola clássica teve que enfrentar, antes de tudo, o velho regime, o sistema penal caótico, cruel e arbitrário das monarquias absolutas”.

Os precursores da chamada Escola Clássica, de posse dos ideais iluministas harmonizaram-nos ao Direito Penal por meio do método abstrato e dedutivo de que se utilizavam, próprios do campo do dever-ser. Caracterizaram-se

principalmente por terem sido responsáveis pela transição do Direito Penal retrogrado, eivado de influências religiosas e de ordem mística, para um Direito Penal onde o pensamento dominante é o lógico e abstrato.

Nessa ordem de pensamento, Paulo José da Costa Jr. e Fernando José da Costa (2010, p. 59) ensinam que os princípios basilares da Escola Clássica consistiram em: a) Considerar o crime como sendo um ente jurídico, ou seja, seria mera infração do direito; b) Defender que a responsabilidade penal se funda na responsabilidade moral, esta assente no livre-arbítrio, fazendo-se importante a diferenciação entre imputáveis e inimputáveis; c) Ver na pena o caráter retributivo, considerando-a, a expiação da culpabilidade contida no fato punível, com a finalidade de se reestabelecer a ordem violada pela prática criminosa; e, d) Serem adeptos do método lógico-abstrato.

Antônio García-Pablos de Molina (GOMES; MOLINA, 2010, p. 166), por sua vez, assegura que:

A imagem do homem como ser racional, igual e livre, a teoria do pacto social, como fundamento da sociedade civil e do poder, assim como a concepção utilitária do castigo, não desprovida de apoio ético, constituem os três sólidos pilares do pensamento clássico.

Entendia a escola em comento, que o ser humano seria dotado de livre arbítrio, derivando daí o entendimento de que a conduta criminosa representa uma ação imoral, porque, muito embora detendo a faculdade de eleger o certo, aquilo que é de acordo com a lei, e assim se determinar, o delinquente, prefere cometer uma ação ou omissão que infringe a lei, o que justifica a aplicação da pena, com natureza retributiva, para o reestabelecimento da ordem violada.

Os nomes de maior relevo desta escola foram Gaetano Filangieri (1752-1788); Giovanni Carmignani (1768-1847); Gian Domenico Romagnosi (1761-1835); e, Paul Johann Anselm Ritter Von Feuerbach (1775-1833), mas Francesco Carrara (1805-1888) conseguiu maior proeminência (COSTA JR, P. J.; COSTA, F. J., 2010, p. 60).

Carrara (2002, p. 59) via o crime como uma “infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso”. Ainda de acordo ele, o crime era impelido por duas forças, uma de ordem física e

outra de ordem moral, ou seja, o movimento do corpo e a vontade livre e consciente do delinquente, respectivamente (MIRABETE, 2010, p. 19).

Destarte, o crime seria uma conduta, resultante de vontade e movimento, contrária à lei, que viola bens jurídicos, a ordem social e, conseqüentemente, a própria sociedade, com predisposição a molestá-los e, em última análise, extingui-los, e, assim sendo, fazendo-se necessário a adoção de uma medida repressora, qual seja, a pena, como forma de preservá-los.

Feuerbach, que também merece alusão, foi autor da obra *Untersuchung über das Verbrechen des Hochverrats* (1798), em tradução livre do alemão, "Investigação do crime de alta traição", e do novo Código Penal do Reino da Baviera (1813), é considerado o pai do Direito Penal Moderno da Alemanha. Era defensor do princípio da legalidade dos crimes e das penas (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*) e entendia que a pena tinha caráter preventivo, objetivando evitar que o delinquente em potencial iniciasse a empreitada criminosa, sendo a execução penal a demonstração de que a ameaça era efetiva (COSTA JR, P. J.; COSTA, F. J., 2010, p. 61).

### 2.1.3 Período Científico

O período histórico do Direito Penal denominado de Científico ou de Movimento Criminológico tem início no final do século XIX, em meados do ano de 1850, transcorre todo o século XX e se estende até os presentes dias, trazendo como atributo marcante um extraordinário deleite no cientificismo.

O referido período revela-se importante, pois aponta para outros nortes a serem percorridos pelas ciências criminais como um todo e, em especial pelo Direito Penal, uma vez que apresenta como precípua característica a investigação, científica e multidisciplinar, do homem delinquente e das causas que levam o ser humano a praticar infrações penais.

Paralelo a este período abrolha a filosofia determinista ou o Determinismo, denominação aludida, em 1865, por Claude Bernard em seus trabalhos, segundo a qual existiriam razões correspondentes e determinantes de todos os fatos ocorridos (DUTRA, 2003). Consoante o Miniaurélio Século XXI, o determinismo é a "conexão

rigorosa entre os fenômenos (naturais ou humanos), de modo que cada um deles é completamente condicionado pelos que o precederam” (FERREIRA, 2001, p. 251).

Foi com Pierre Simon, marquês de Laplace, que o determinismo alcançou maior amplitude, com a teoria do determinismo absoluto, a citação a seguir corrobora tal afirmação:

Devemos considerar o estado atual do universo como efeito do seu estado anterior e causa do que vai se seguir. Suponha-se [...] uma inteligência que conhecesse num dado momento todas as forças que atuam na natureza e o estado de todos os objetos que a compõem, e que fosse suficientemente ampla para submeter esses dados à análise matemática, ela, então, poderia expressar numa única fórmula os movimentos dos maiores astros e dos menores átomos. Nada seria incerto para ela; e o futuro, tal como o passado, estariam presentes aos seus olhos (LAPLACE, 1951 *apud*. LAURENTI, 2008, p.173).

O Determinismo acarretou profundas influências nos pensadores da época, ecoando, até mesmo, na seara jurídico-penal, principalmente, nas ideias da nova *Scuola Italiana*, a Escola Positiva como será visto adiante.

Passa-se aqui, então, sem a intenção de esgotá-las, a tecer comentários sobre as principais escolas deste período.

### 2.1.3.1 A Escola Positiva

A Escola Positiva, nome dado em razão do método empírico-indutivo adotado, desenvolveu-se, a partir do final do século XIX, em fases distintas entre si, encabeçadas por Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garófalo, que juntos formaram uma corrente de pensamento antagônica à Escola Clássica e ao seu método, tendo como intento principal o combate à criminalidade que crescia consideravelmente (CALHAU, 2011, p. 18-19) para isso, utilizou o criminoso como objeto de seus estudos, que foi analisado e testado, biológico e psicologicamente, bem como, perquirido a partir de um viés sociológico.

Lombroso tratou o crime como um fenômeno biológico, asseverando que aqueles que delinquem e os que não, podem ser identificados, uma vez que apresentam traços característicos decorrentes de uma série de anomalias de procedência atávica ou degenerativa.

Responsável pelo nascimento da Criminologia Antropológica e pela teoria do “delinquente nato”, Lombroso, variava os fundamentos de sua teoria conforme avançava em seus estudos. Inicialmente, se pautou no atavismo, em seguida, procurou explicar o criminoso em razão da parada do desenvolvimento psíquico; e, por último, apresentou como baldrame a agressividade impulsiva do epilético (CALHAU, 2011, p. 19).

Lélio Braga Calhau (2011, p. 52), agora, citando a matéria “Estudo vai mapear cérebro de homicidas”, do Jornal Folha de São Paulo, de 26 de novembro de 2007, caderno folha ciência afirma que “O crescimento da neurociência demonstra que a biologia criminal não morreu e que seu campo, com o devido cuidado, pode contribuir (e muito) para a compreensão do fenômeno criminal”.

Assim, em que pese os excessos e demasias em que incorreu Lombroso no intuito de identificar o “delinquente nato”, a ideia de que existe uma convergência do homem para o crime não foi extinta com sua morte, isso porque, estudos de geneticistas e endocrinologistas<sup>1</sup> têm obtido resultados no sentido de que existem certos elementos biológicos que são transferíveis hereditariamente ou resultantes de distúrbios que influenciam no modo ser e viver do ser humano, como por exemplo, influenciando na agressividade, na prática de condutas antissociais etc.

Enrico Ferri, jurista e político socialista italiano, por conseguinte, foi estudante das ideias de Lombroso e deu início a uma segunda fase da Escola Positiva, considerado o criador da moderna sociologia criminal. Buscando compreender o fenômeno crime e o agente perpetrador, ele expunha que deveriam ser levados em conta, afora os fatores antropológicos, apresentados por Lombroso, os sociais, que se referem às condições do meio em que vive o homem, bem como, os fatores físicos. Classificou os criminosos em: nato, louco, habitual, ocasional e passional (MIRABETE, 2010, p. 21-22).

Em tal diapasão, Álvaro Mayrink da Costa (2009, p. 238) ensina que:

Os pressupostos do delito são reduzidos por Ferri a três classes fundamentais: a) fatores antropológicos; b) fatores físicos; e c) fatores sociais.

Os primeiros são inerentes à pessoa do delinquente e catalogam inicialmente a constituição orgânica; os segundos, se situam na constituição

---

<sup>1</sup> A título de ilustração vide: NISKIER, Arnaldo. **Hormônios e agressividade**. Correio Braziliense, 2010. Disponível em: <<http://www.academia.org.br/abl/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?inoid=10480&sid=705>>. Acesso em: 07 jul 2013.

psíquica (anomalia da inteligência ou dos sentimentos) e os últimos nas características sociais (v.g.: raça, idade, sexo, condição biológico-social: estado civil, profissão, domicílio, classe social, instrução e educação).

Preocupado com a questão da reintegração do delinquente ao convívio social, defendia Ferri que a pena não deveria ser determinada *a priori*, só podendo ser definida após a análise de todos os elementos relacionados ao delinquente. Em relação à imputabilidade penal, ele a estabeleceu sobre responsabilidade social, de modo que a reação punitiva teria como fundamento a defesa social e apresentaria a prevenção da prática de outros crimes como objetivo de sua aplicabilidade. Em razão de suas contribuições, Enrico Ferri é considerado a figura mais proeminente entre os líderes da Escola Positiva (COSTA JR, P. J.; COSTA, F. J, 2010).

Por último veio Rafael Garófalo, de caráter conservador, dedicou-se desde cedo à carreira jurídica, sendo juiz e ministro do tribunal de apelação de Nápoles, e à docência, sendo titular da cadeira de Direito Penal, em Nápoles<sup>2</sup>.

Garófalo estudou o crime e, seguindo a linha de ideias lombrosianas, chegou à conclusão de que é algo inerente ao homem, sendo uma manifestação de sua índole degenerada e em razão disso revela-se ameaçador. Entendia ele que existiam dois tipos de crimes, quais sejam, os legais e os naturais, estes seriam os que ofendem os sentimentos altruístas fundamentais de compaixão e honestidade, já aqueles seriam variáveis, de um país para outro, e não ofendiam o senso moral, nem seus autores manifestavam anomalias (teoria lombrosiana). Garófalo também agrupa os delinquentes em categorias, a saber: a) os assassinos; b) os violentos (ou enérgicos); c) os ladrões (ou neurastênicos); e, d) os lascivos (ou cínicos) (COSTA JR, P. J.; COSTA, F. J, 2010; GOMES; MOLINA, 2010).

Nessa ordem de exposição, faz-se cabível citar as palavras de Antônio García-Pablos de Molina (GOMES; MOLINA, 2010, p. 181), no momento em que assevera que, segundo a filosofia de Garófalo, “Do mesmo modo que a natureza elimina a espécie que não se adapta ao meio, também deve o Estado eliminar o delinquente que não se adapta à sociedade e às exigências da convivência”.

Assim, pode-se dizer que Garófalo defendia que a pena deveria ser aplicada segundo as características de cada indivíduo delinquente, sendo, por isso, também

---

<sup>2</sup> Para saber mais sobre a vida de Rafael Garófalo vide o arquivo histórico do Senado da república da Itália. Disponível em: <<http://notes9.senato.it/Web/senregno.NSF/643aea4d2800e476c12574e50043faad/938a0b49bd33a3a64125646f005c0807?OpenDocument>>. Acesso em: 07 jul. 2013.



adepto da pena capital e da deportação e confinamento em colônias agrícolas, em certas ocasiões, como forma de manter a ordem social.

### 2.1.3.2 As Escolas Ecléticas

Ainda sobre o Período Científico, surgem a Terceira Escola, a Escola Moderna Alemã, a Escola da Defesa Social e a Escola Técnico-jurídica, as principais Escolas Ecléticas, assim chamadas porque adotavam o método eclético, por meio do qual combinavam os postulados, tanto a ideológicos, como metodológicos, da Escola Clássica e da Escola Positiva.

A Terceira Escola (*Terza Scuola*) italiana, a primeira Escola Penal Eclética, surge na Itália, tendo como principais expoentes Manuel Carnevale, Bernadino Alimena e Giovan Battista Impallomeni (COSTA JR, P. J.; COSTA, F. J, 2010; p. 62). Esta escola não aceitava o livre-arbítrio pregado pelos clássicos, porém, é neles que vai buscar o princípio da responsabilidade moral. Defendiam que o ser humano, não possuía liberdade completa de escolher entre uma ou outra conduta, mas também, não estava predestinado à prática de crimes, quer por razões endógenas, quer por razões exógenas. O crime, então, seria um fenômeno individual e social.

Quanto à sanção penal, diferem pena de medida de segurança. Aquela teria também índole aflitiva, mas teria como finalidade principal, por meio de seus efeitos intimidativos e coativos, dirigir o comportamento humano no sentido de não cometerem delitos e, assim, resguardar e defender a sociedade. Já a medida de segurança estaria para os inimputáveis pelo fato de não serem dirigíveis.

A Escola Moderna Alemã ou Escola Eclética de Von Liszt teve como principais adeptos Eberhard Schmidt, Graf Zu Dhona, Kantorowicz, Kohlrausch, Goldschmidt entre outros (COSTA JR, P. J.; COSTA, F. J, 2010, p. 63).

Von Liszt (1851-1919) conferiu à ciência do Direito Penal uma inovação digna de admiração, tornado-a mais complexa estruturalmente e dotada de completude, ao passo que vislumbra o Direito Penal à luz de outras disciplinas jurídicas, a criminologia e a ciência política, ficando conhecida como ciência global (total, universal ou conjunta) do Direito Penal (ANDRADE; DIAS, 1992, p. 93).

A Escola da Defesa Social tem sua criação com Fillipo Gramatica, seguida por Mark Ancel e outros nomes, em meados da década de 40, que, a rigor, nem constituiu uma escola em sentido estrito, caracterizando-se mais adequadamente como uma filosofia penal.

Influenciado pelo humanismo e com fundamentos científicos, argumentava que a prevenção era a melhor solução para a criminalidade e que a função retributiva da pena deveria ser extinta. Mirabete (2010, p. 245) expressa, que a Escola da Defesa Social buscou “instituir um movimento de política criminal humanista fundado na ideia de que a sociedade apenas é defendida à medida que se proporciona a adaptação do condenado ao meio social”, nesse sentido asseverava Mark Ancel que a finalidade da pena deveria se limitar à defesa da sociedade e não deveria ser tida como ferramenta de castigo do delinquente (GOMES; MOLINA, 2010, p. 184-185).

A chamada Escola Técnico-Jurídica representou um movimento de renovação metodológica do positivismo para o tecnicismo jurídico e teve seus postulados expostos por Arturo Rocco. Merecendo ainda destaque personalidades como Eduardo Massari, Vincenzo Manzini, Giacomo Delitala. De acordo com esse movimento, ao estudar o direito penal, a escola positiva, utilizando-se do método empírico-indutivo, tendo o delinquente como objeto dos seus estudos, confundiu o Direito Penal com a criminologia e a Política Criminal, ora, o objeto do estudo do penalista devia ser, tão somente, o Direito Penal em vigor, apartando-se, deste modo, dos pontos de caráter filosófico e, empregando, com rigor científico, o método técnico-jurídico (COSTA, A. M., 2009; COSTA JR, P. J.; COSTA, F. J, 2010).

## 2.2 HISTÓRICO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

O histórico do Direito Penal, no Brasil, pode ser estudado em quatro períodos distintos, quais sejam, pré-colonial, colonial, imperial e republicano.

Tal estudo merece atenção especial, uma vez que possibilita, em nível de Brasil, um melhor conhecimento da sistemática do ordenamento jurídico-penal, como suas origens, bases filosóficas, influências sofridas, tendências que ostenta, objetivos almejados etc., além de permitir uma maior compreensão de fenômenos a

ele relacionados como o avanço da criminalidade e da violência, altos índices de impunidade, direito à segurança, a paz social, a ordem pública entre outros.

### **2.2.1 Período pré-colonial**

Antes de o Brasil ser descoberto e vir a se tornar colônia de Portugal, os nativos das terras brasileiras viviam de forma rudimentar, podendo ser comparado aos dos povos do período da idade da pedra lascada, em relação às regras jurídicas, assim como nas outras civilizações primitivas, predominava o período da vingança, exclusivamente a privada e a religiosa. Para elucidar o presente tópico, merece transcrição a seguinte passagem do artigo “Índios: o Brasil antes do descobrimento” de Antônio Carlos Olivieri (2005, p. 03):

A guerra era uma atividade epidêmica. Acontecia por razões materiais, como conquistar terras privilegiadas; morais e sentimentais, como a vingança da morte de parentes ou amigos por grupos adversários; ou ainda religiosas, vinculadas à antropofagia.

Destarte, percebe-se claramente o primarismo do “sistema” sócio-jurídico dos nativos brasileiros, razão pela qual se pode afirmar que não houve qualquer contribuição de suas práticas punitivas para a legislação penal do Brasil que se sucedeu após seu descobrimento (PIERANGELLI, 1980, p. 06).

### **2.2.2 Brasil colônia**

O Brasil colonial, período histórico compreendido entre o descobrimento, em 22 de abril de 1500, até a independência, em 07 de setembro de 1822, foi marcado pela vigência da legislação portuguesa nas terras brasileiras, as chamadas ordenações afonsinas, manuelinas e filipinas, respectivamente. (BRASIL, [201-a]).

O regime jurídico vigente em Portugal, no momento do descobrimento do Brasil, era o estatuído pelas Ordenações Afonsinas, compostas por cinco livros,

sendo que a matéria penal restava no quinto livro. (ORDENAÇÕES AFONSINAS, 1797).

Por essa razão, foi também este código, o primeiro a ser aplicado no território brasileiro, muito embora, não ter tido aplicação considerável do ponto de vista prático, uma vez que, em 1514, foram promulgadas as Ordenações Manuelinas que ab-rogaram aquelas, editadas, em 1514, por ordem de Dom Manuel I, e ficaram em vigor até 1603, quando foram substituídas pelas Ordenações Filipinas.

O Código Afonsino elaborado durante os reinados de João I, Dom Duarte e, concluído e promulgado, em 1446, no reinado de Dom Afonso V, tinha como objetivo iluminar a aplicação do Direito Canônico e Romano no Reino de Português. (SANTIAGO, [entre 2006 e 2013]).

Durante a vigência das Ordenações Manuelinas, o regime político-administrativo que predominou nas terras brasileiras foi o das capitâneas hereditárias, que teve início em 1534, só sendo extintas em 1759, pelas capitâneas gerais. D. João III achou por bem dividir as terras recém-descobertas entre a pequena nobreza portuguesa, em 15 lotes, onde os detentores tinham como deveres governar, colonizar, resguardar e desenvolver. (BRASIL, [201-a]).

Deste modo, percebe-se que, as Ordenações Manuelinas estavam em completa vigência, do ponto de vista formal, ao tempo das capitâneas hereditárias, porém, não tinham aplicabilidade, uma vez que os seus detentores eram quem estabeleciam as regras, ao seu arbítrio, entre elas, as penais.

As Ordenações Filipinas ao lado de outras leis extravagantes, por fim, constituíram o ordenamento jurídico em vigor, no Brasil, a partir de 1603, que foi sendo revogado paulatinamente.

Quando ocorreu o domínio da Espanha sobre Portugal formando a União Ibérica, o então Rei da Espanha, Felipe I de Portugal, determinou a compilação do novo código que restou concluído e sancionado ainda em seu reinado, em 1595, no entanto, só veio a ser efetivamente observado a partir de sua impressão, em 1603, com Felipe II de Portugal no poder.

O regime jurídico-penal apresentado no Livro V destas ordenações estava imerso em uma confusão axiológica, entre valores de cunho jurídico propriamente dito e outros de natureza moral e religiosa. Muitos eram os tipos de crimes, em razão da variedade de bens jurídicos protegidos, e, conseqüentemente, de criminosos.

Quanto às penas, elas partiam desde as de natureza pecuniária até as ríspidas e cruéis penas capitais, que, em alguns casos, poderiam ser antecedidas de torturas durante até 20 dias.

As Ordenações Filipinas passaram por inúmeras alterações ao longo de sua vigência, que perdurou por mais de dois séculos, razão pela qual consistiu no ordenamento jurídico que mais tempo vigorou no Brasil.

### **2.2.3 Brasil Imperial**

O Brasil imperial tem início, em 07 de setembro de 1822, quando se declara independente de Portugal, e durou até 1889, quando foi proclamada a República. (BRASIL, [201-b]).

No campo legislativo, inicialmente, Dom Pedro I, por meio da Lei n.º 20, de 20 de outubro de 1823, determinou a conservação das Ordenações Filipinas para que o império não ficasse destituído de ordenamento jurídico.

Em 25 de março de 1824, com a outorga da primeira Constituição do Brasil, foram estabelecidas, entre outras, normas de natureza penal onde se destacam os incisos VIII, XI, X, XI, XIX e XX e XXI do art. 179, os quais traziam regras penais do tipo: ninguém poderia ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na Lei e, ainda que com a culpa formada, ninguém poderia ser conduzido à prisão, ou nela conservado, estando já preso, se prestasse fiança idônea, nos casos, que a Lei admite; que com exceção dos casos de flagrante delito, a prisão não poderia ser executada, senão por ordem escrita da Autoridade legítima e se esta fosse arbitrária, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com a pena que a Lei determinar.

Estabelecia também, que ninguém seria sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na forma por ela prescrita; determinava a abolição dos açoites, da tortura, da marca de ferro quente, e todas as outras formas de penas cruéis; que nenhuma pena poderia passar da pessoa do criminoso e que não haveria confiscação de bens, nem a infâmia do réu se transmitiria aos seus parentes; por fim, que as cadeias fossem seguras, limpas, e bem arejadas, havendo

diversas casas para separação dos réus presos, conforme suas circunstâncias, e natureza dos seus crimes.

Desse modo, se apreende que a Carta Magna do Brasil Imperial implantou muitas inovações jurídicas, sobretudo no campo penal, no entanto, o império ainda carecia de um ordenamento jurídico que fosse harmônico com a constituição, já que as normas infraconstitucionais ainda eram aquelas advindas de Portugal, totalmente divergentes na nova ordem constitucional.

Então, tendo em vista as ideias liberais tão em voga, surgiu a necessidade de um Código Criminal, nesse sentido, a Constituição de 1824, mandava que fosse Organizado, o mais breve possível, um Código Civil e um Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça, e Equidade, o qual foi sancionado, em 16 de dezembro de 1830, por Dom Pedro I.

O novo código, do ponto de vista estrutural, era composto de 313 artigos, os quais estavam distribuídos em quatro partes, assim dispostas: Parte I - dos crimes e das penas, arts. 1.º ao 67; Parte II - dos crimes públicos, arts. 68 ao 178; Parte III - dos crimes particulares, arts. 179 ao 275; e, Parte IV - dos crimes policiais, arts. 276 ao 313. Já do ponto de vista jurídico-filosófico estava ancorado sobre as influências da Escola Clássica, principalmente nos princípios da responsabilidade moral e do livre arbítrio.

Quanto às penas, o Código Criminal Brasileiro (1830), foi guiado pelas ideias de Cesare Beccaria, Jonh Howard, Jeremy Bentham e Mello Freire, onde as penas previstas eram: a prisão simples, a prisão com trabalhos forçados (pena das galés), a prisão perpétua, o banimento, o degredo, o desterro, as multas, a suspensão de direitos e a pena capital, por morte na forca, para os crimes de insurreição de escravos, homicídio agravado e roubo com morte, que mais tarde viria a ser tacitamente revogada por Dom Pedro II, através do direito de clemência (COSTA, A. M., 2009, p. 277-288).

O Código Criminal de 1830 sofreu muitas alterações com o passar do tempo, principalmente depois da libertação dos escravos, em 1888, o que demandava uma reforma total da referida Lei (COSTA JR, P. J.; COSTA, F. J, 2010, p. 65)

## 2.2.4 Brasil Republicano

O Brasil republicano tem início, em 15 de novembro de 1889, com a proclamação da República dos Estados Unidos do Brasil, pelo Marechal Deodoro da Fonseca, e vigora até os dias atuais, podendo ser dividido em cinco fases, quais sejam, a República Velha, a Era Vargas, a República Populista, a Ditadura Militar e a Nova República. (BRASIL, [201-c]).

No decorrer do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, o Generalíssimo Manoel Deodoro da Fonseca, reconhecendo a urgente necessidade de reformar o regime penal, resolve instituir um novo Código Criminal.

Para elaborar esse novo Código Penal, Campos Sales, Ministro da Justiça, incumbiu o professor João Baptista Pereira, sendo o referido diploma, promulgado em 11 de outubro 1890, através do Decreto n.º 847, e sua plena execução no território brasileiro foi regulamentada por meio do Decreto 1.127, de 06 de dezembro de 1890.

O Código Penal possuía 412 artigos, os quais estavam distribuídos em quatro livros. No que concerne às penas, o Código previa a prisão celular, a reclusão, a prisão com trabalho obrigatório (pena das galés), a prisão disciplinar, pena de banimento, a interdição, suspensão e perda do emprego público, com ou sem habilitação para exercer outro, e a multa.

De acordo com as considerações do Decreto 1.127, de 06 de dezembro de 1890, o recém promulgado Código Penal, *in verbis*, teria:

[...] além de haver consolidado e modificado, de acordo com os princípios mais adeantados da sciencia e progressos do paiz, as disposições esparsas da anterior legislação criminal e suprido muitas lacunas do código promulgado em 1830, aboliu penas comndenadas pela opinião geral da Nação, estabeleceu outras mais brandas e proporcionais à culpa, bem assim regimen penitenciário mais adaptado à emenda e correcção dos delinqüentes;  
Que reconhecido haver a reforma penal bem consultados os interesses da justiça social e os deveres de humanidade [...]

Em que pese o discurso supratranscrito deixar a ideia de grande avanço na esfera penal com o novo Código Penal da República, de 1890, Álvaro Mayrink da Costa (2009, p. 280) apregoa que “[...] já nasceu velho, desatendendo à realidade

social de seu tempo”. Já em 12 de dezembro de 1890 surgia o Decreto 1.162, dando nova redação aos arts. 205 e 206 do Código (crimes contra a liberdade de trabalho).

Logo após a sua entrada em vigor, mais especificamente 3 anos depois, tendo em vista suas falhas e lacunas, alguns projetos foram apresentados com o intuito de reformá-lo, contudo por diversos motivos eles não lograram êxito.

Isto posto, infere-se, que havia um atraso legislativo em matéria penal, o que se tentou solucionar, como restou claro, através de reforma do Código Penal, enquanto a reforma não ocorria, incontáveis leis extravagantes vieram a modificá-lo, o que ocasionou a formação de um complexo e complicado ordenamento jurídico-penal, que carecia de organização, o que foi confiado a Vicente Piragibe, o qual formulou a Consolidação das Leis Penais, promulgada através do Decreto n.º 22.213, de 14 de dezembro de 1932, no governo de Getúlio Vargas, sob o título de “Código Penal Brasileiro, completado com as leis modificadoras em vigor”.

Anos mais tarde, o Ministro da Justiça, Francisco Luís da Silva Campos, foi encarregado de elaborar a nova Constituição e um novo Código Penal, que, para esta tarefa, incumbiu o Professor da Faculdade de Direito de São Paulo, Alcântara Machado, que apresentou um anteprojeto, em 15 de maio de 1938, da Parte Geral do Código Criminal Brasileiro, o qual passou pelo crivo de uma comissão revisora, que durante dois anos, realizou as modificações pertinentes e o apresentou, em 1940, um novo anteprojeto ao governo, promulgado em 07 de dezembro de 1940, pelo Decreto Lei n.º. 2.848, para entrar em vigor em 1º de janeiro de 1942 (COSTA, A. M., 2009; MIRABETE, 2010).

Em relação aos aspectos jurídico-filosóficos do novo Código Penal, ainda em pleno vigor nos dias atuais, revelou-se influenciado pelos ideais liberais, dotado de boa técnica legislativa, com redação clara e concisa, e estruturalmente harmônico, muito embora tenha sido elaborado durante o regime ditatorial de Vargas (COSTA JR, P. J.; COSTA, F. J, 2010, 65)., ainda nesse sentido, vale trazer a baila as palavras de Álvaro Mayrink da Costa (2009, p. 283), com base na exposição de motivos:

[...] não assume compromissos irretratáveis ou incondicionais, abolindo qualquer ortodoxia em relação às escolas ou correntes doutrinárias, inclinando-se por uma política de conciliação, compatibilizando os postulados clássicos com os princípios da Escola positiva.



No entanto, o ordenamento jurídico-penal brasileiro não ficou adstrito ao Código Penal de 1940, sendo complementado por leis penais extravagantes, entre elas: a) Lei de Contravenções Penais, de 1941; b) Código Penal Militar, de 1944; c) a revogada Lei de Imprensa, de 1953; e, d) pelas contravenções de caça, de pesca e florestais dos respectivos estatutos (COSTA JR, P. J.; COSTA, F. J, 2010, 65).

Mais tarde, o Governo de Jânio Quadros resolveu realizar uma reforma da legislação penal codificada em sua completude, para tanto, encarregou o Ministro Nélson Hungria, em 1961, para elaboração de um anteprojeto de Código Penal, o qual foi apresentado e submetido à sabatina de uma comissão revisora ministerial, que, depois das alterações necessárias, foi promulgado, pela junta militar, por intermédio do Decreto-Lei nº. 1.004, em 21 de outubro de 1969, para entrar em vigor em 1º de janeiro de 1970, no entanto, nunca entraria em vigor, já que o seu prazo de vacância foi prorrogado por sucessivas vezes, até ser revogado, quase dez anos depois, em 11 de outubro de 1978.

Assim sendo, o Código Penal de 1940 permanecia em vigor e assim continuou, passando por reformas profundas.

Em 27 de novembro de 1980, através da portaria n.º 1.043 uma comissão, encabeçada pelo professor da Universidade de Brasília, Francisco de Assis Toledo, responsável pela elaboração do anteprojeto de lei modificativo da parte geral do Código Penal, publicado em 18 de fevereiro de 1981, para receber sugestões. Sendo posteriormente levado à discussão no Congresso, aprovado e, finalmente, promulgado, em 11 de julho de 1984, por intermédio da Lei n.º 7.209, que implementou alterações significativas do sistema criminal brasileiro, consagrando normas até então desconhecidas pelo ordenamento jurídico-penal pátrio e excluindo outras, incongruentes, bem como, realizando modificações de mero aprimoramento redacional (COSTA, A. M., 2009; MIRABETE, 2010).

O Código Penal, atualmente, está organizado em duas grandes partes, a saber, parte geral e parte especial, as quais se encontram subdivididas da seguinte forma, Parte Geral, em oito títulos, dos arts. 1º ao 120 e a Parte Especial, em onze títulos, dos arts. 121 ao 361.

Nos anos ulteriores, muitas foram as leis promulgadas, de natureza penal, modificativas ou extravagantes, ou de índole mista, com a previsão de tipos penais.

Em arremate, é importante registrar que, atualmente, encontra-se em trâmite um processo de reforma do Código Penal que teve início em outubro de 2011. A

comissão especial de juristas instalada com tal desiderato apresentou, em 09 de julho do ano seguinte, um anteprojeto composto por 543 artigos. (BRASIL, 2012a).

A reforma ao Código Penal vigente revela-se a tempos necessária, como forma de adequá-lo às necessidades contemporâneas e harmonizá-lo aos preceitos constitucionais, já que a sociedade brasileira, desde 1940, passou por grandes ampliações em sua estrutura socioeconômica e política, merecendo, portanto, a devida atenção à proteção coletiva da sociedade e às complexas relações sociais, econômicas e políticas hodiernas.

### **3 CRIMINALIDADE E IMPUNIDADE NO BRASIL, O DIREITO À SEGURANÇA E O CONTROLE SOCIAL PENAL**

Já há muito tempo, a criminalidade e a impunidade no Brasil vêm se revelando serem problemas de grandes proporções e resultados calamitosos.

Ora, os noticiários de todo o Brasil mostram, dia após dia, a prática de crimes violentos e abomináveis, bem como, seguidos casos de desvios, fraudes e corrupção no âmbito da administração pública, sobretudo nos altos escalões do governo federal, tudo isso sentido na pele pela sociedade brasileira.

Para agravar a situação, alia-se a esse problema, um outro, qual seja, a questão da impunidade. A população tem uma consciência coletiva de que só são punidos no Brasil os pobres e marginalizados, enquanto que aqueles dotados de maior poder econômico e/ou influência política não sofrem consequência alguma, no mais das vezes, a exposição pública.

Acontece que a impunidade é tão maléfica, quiçá, mais que a própria ação criminoso, já que transmite a ideia (não falsa) de que a prática criminoso não traz consequências ou, além disso, de que cometer crimes vale a pena.

As pesquisas de instituições nacionais e de organismos internacionais revelam, em números, o mesmo quadro caótico.

O Direito Penal, ao seu turno, sempre se mostrou uma importante ferramenta no sentido de combater a criminalidade, preventiva e/ou repressivamente, tanto é que nunca foi proscrito por nenhuma sociedade que se conheça e também é inconcebível tal realização no atual estágio da sociedade, em especial a brasileira.

A sua aplicação deve ser sempre eficaz, eficiente e célere, no sentido de se evitar a impunidade, mostrando-se, assim, um instrumento de controle social penal do qual o Estado se lança mão, e deve cada vez mais o fazer, como forma de promover a segurança das pessoas, a proteção dos bens jurídicos sociais, coletivos e metaindividuais, a paz social e a ordem pública.

A seguir, será feito um sucinto apanhado acerca dos problemas da criminalidade e da impunidade no Brasil, em um segundo momento abordar-se-á o direito, constitucionalmente previsto, à segurança e, ao fim, versar-se-á sobre o Direito Penal enquanto um importante instrumento de controle social formal.

### 3.1 BREVE ABORDAGEM DO PANORAMA DA CRIMINALIDADE NO BRASIL E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Nas últimas décadas, em especial, nos últimos anos, paira sobre a sociedade brasileira, uma insuportável sensação de insegurança decorrente do visível crescimento da criminalidade, seja em detrimento de direitos individuais como a vida, a liberdade, a integridade física, o patrimônio, a dignidade sexual etc., seja contra direitos sociais, difusos e metaindividuais como o patrimônio público; as verbas destinadas à saúde, educação, segurança; a ordem financeira, econômica e tributária nacional; o meio ambiente; as relações de consumo entre outros.

A população é refém do medo. As pessoas são obrigadas a fazerem de suas casas verdadeiros fortes, dotados de altas muralhas, cercas elétricas, câmeras de videomonitoramento e guardas particulares; nas ruas, são forçadas a saírem sem qualquer objeto de valor que possa ser subtraído, além de ficarem, a todo instante, vigilantes com o receio de serem feitas vítimas da violência gratuita, aqueles que detêm melhores condições financeiras recorrem ao uso de carros blindados e à vigilância por guarda-costas.

Por outro lado, vêm corrupção, desvios de verbas públicas, fraudes em licitações, sonegações fiscais entre muitas outras práticas criminosas que consomem até o último centavo dos recursos públicos, além do que já é sonegado, devastando assim, a administração pública e suas instituições, o que acarreta sérios problemas, por exemplo, para o sistema de saúde e a segurança, causando mortes, lesões corporais e sofrimento, para a educação, fazendo com que as desigualdades sociais permaneçam em níveis inaceitáveis; impedindo a construção de infraestruturas essenciais; causando déficits na economia, que aumentam a pobreza, a marginalização e a exclusão social; desfalcando a arrecadação, o que requer aumento da carga tributária e, conseqüentemente, ocasiona um menor poder de compra e da qualidade de vida das pessoas etc., tudo isso gera a revolta popular que ameaça desestabilizar ainda mais a sociedade.

Os jornais e noticiários mostram, ao vivo e a cores, tudo isso acontecer. São incontáveis casos de homicídios, furtos, roubos, sequestros, estupros, nas suas mais variadas formas. Escândalos na administração pública, em todos os seus níveis, a exemplo, os mais conhecidos: o caso “lalau”, o escândalo dos correios, o

“mensalão”, o caso do banqueiro Daniel Dantas, o caso sanguessugas, o caso Renan Calheiros. Operações são deflagradas diuturnamente para dismantelar quadrilhas de todos os tipos como a satiagraha, a Valquíria, a caixa de pandora, a águas profundas entre outros incontáveis casos.

A quem diga que os jornais são sensacionalistas e o conteúdo noticiado não condiz com a realidade dos fatos, nos entanto, as pesquisas e estudos sobre criminalidade não deixam dúvidas, o problema cresce a cada dia e já está, há muito tempo, em níveis insuportáveis.

Em relação ao crime de homicídio, o estudo realizado pelo Instituto Sangarina (WASELFISZ, 2010, p.18) mostra que no período 1997-2007 todas as regiões, com exceção da Sudeste, evidenciaram crescimento no volume de homicídios. E em todas elas o ritmo de crescimento foi significativamente superior à média nacional de 17,8%.

As regiões Norte e Nordeste destacam-se em razão do elevado número de homicídios, Maranhão, Pará e Alagoas quase triplicaram e com a coparticipação de Piauí, Rio Grande do Norte e Sergipe levam as regiões a sustentarem desconfortáveis taxas de crescimento de 97,9% e 76,5% respectivamente.

A região Sul também mostra um expressivo aumento, a saber, 62,9%, no número de homicídios, devido ao incremento de 96,2% do Paraná.

Já no Centro-Oeste, os homicídios cresceram em ritmo menor: 33,8%, mas também acima da média nacional.

Na região Sudeste, por outro lado, encontramos um quadro um pouco diferenciado, numa ponta, Minas Gerais, onde os homicídios cresceram 213,9%, mais que triplicou o número de homicídios. No outro extremo, São Paulo, com quedas expressivas e sistemáticas a partir de 1999, onde o número absoluto de homicídios, em 2007, fica reduzido à metade do nível de 1997.

Corroborando tudo isso, a organização Nações Unidas no Brasil (ONUBR), lançou um comunicado, com base no primeiro “Estudo Global sobre Homicídios”, publicado em 06 de outubro de 2011, pelo Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crimes (UNODC), onde relata que há 22,7 homicídios para cada 100 mil habitantes no Brasil. Tal índice, na América, só seria inferior aos da Venezuela com 49 homicídios por 100 mil habitantes e da Colômbia com 33,4 homicídios por 100 mil habitantes. (NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL, 2011).

Levando em conta o ranking mundial, o Brasil ocupa o 26º lugar. A situação mais grave é a de Honduras com 82,1 mortes para 100 mil habitantes.

Segundo números absolutos, o Brasil registrou a maior quantidade de homicídios do mundo contabilizando inacreditáveis 43.909 vítimas em 2009, sendo seguido pela Índia com 40.752, mas deve-se ter em mente que a população do país asiático é cinco vezes maior. (NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL, 2011).

Concernente aos crimes de furto e roubo, mais populares entre os crimes contra o patrimônio, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE) publicou, em 15 de dezembro de 2010, em sua sala de imprensa, uma notícia, com fulcro no suplemento “Características da Vitimização e do Acesso à Justiça no Brasil” da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) 2009, o qual compreendeu, na área da vitimização, o período de 27/09/2008 a 26/09/2009, referindo-se a pessoas com 10 anos ou mais de idade. (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICAS, 2010).

Segundo a notícia, o estudo constatou que os referidos crimes atingiram 7,3% das pessoas que se encontravam dentro da média de idade de referência no período analisado, sendo 3,9% de vítimas de furto e 3,7% de roubo. As vítimas de tentativa ficaram na casa dos 5,4%. Assim sendo, o estudo em comento revela que das 162,8 milhões de pessoas, 11,9 milhões foram vítimas de furto ou roubo, onde o total de vítimas de furto foi de 6,4 milhões de pessoas e o de roubo 6,0 milhões. As vítimas de tentativa somaram 8,7 milhões.

No que atine à violência sexual, vale trazer à baila as informações da notícia publicada pelo Portal da saúde do Ministério da Saúde, em 22 de maio de 2012, conforme a qual foi notificado mais de 14.625 casos de violência doméstica, sexual, física e outras agressões, no ano de 2011. Conforme o levantamento do Ministério da Saúde, a violência sexual em crianças de 0 a 9 anos é o segundo tipo de violência mais característico nessa faixa etária, ficando pouco atrás apenas para as notificações de negligência e abandono. A violência sexual representa 35% das notificações, enquanto que a negligência e o abandono têm 36% dos registros. Ainda segundo a nota, dados preliminares mostram que a violência sexual também ocupa o segundo lugar na faixa etária de 10 a 14 anos, com 10,5% das notificações, ficando atrás apenas da violência física (13,3%) e o terceiro lugar, na faixa de 15 a 19 anos, com 5,2% das notificações atrás só da violência física (28,3%) e da psicológica (7,6%). (BRASIL, 2012b).

O tráfico, uma das formas de crime organizado, representa mais uma ameaça para a estabilidade e a segurança do Brasil e compromete seriamente seu desenvolvimento socioeconômico.

O tráfico de drogas, de pessoas e de armas são os “negócios” mais lucrativos, movimentando milhões de dólares no Brasil e estão intimamente ligados a vários outros crimes graves como corrupção, lavagem de dinheiro, homicídios, roubos, latrocínios, furtos, sequestros, exploração sexual, tráfico de órgãos, escravidão, e problemas sociais.

Segundo *post* de destaque no site da organização Nações Unidas no Brasil (ONUBR), uma campanha veiculada pela *United Nations Office on Drugs and Crime* (UNODC) dá conta de que o crime organizado se aproveita da venda de mercadorias ilegais onde quer que exista demanda e os seus lucros são estimados em 870 bilhões de dólares ao ano, o que equivale a 1,5% do PIB mundial. (NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL, 2012).

Segundo o Relatório de 2012 da Junta Internacional de Fiscalização de Entorpecentes (JIFE) o Brasil é um dos países com os maiores índices de violência decorrentes do tráfico de drogas. (NAÇÕES UNIDAS, 2013). O uso de drogas também está relacionado à epidemia de AIDS e outras doenças como hepatites B e C, prova disso foi a campanha lançada, em 1998, pelo Ministério da Saúde para prevenir o compartilhamento de agulhas e seringas e, conseqüentemente, reduzir a infecção pelo HIV entre usuários de drogas injetáveis (UDI), em 2004, por exemplo, o índice de incidência de AIDS nesse grupo era 115 vezes superiores ao de heterossexuais do sexo masculino não usuários de drogas injetáveis. (MARQUES, 2013).

Em relação ao tráfico de pessoas, o primeiro relatório de consolidação das informações existentes sobre o Tráfico de Pessoas no Brasil elaborado pela Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça (SNJ/MJ), em parceria com o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) revela que entre 2005 e 2011 a Polícia Federal (PF) registrou 157 inquéritos por tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual, enquanto que o Poder Judiciário teve 91 processos distribuídos, no mesmo período, ainda foram instaurados outros 514 inquéritos pela Polícia Federal, sendo 13 de tráfico interno de pessoas e 344 de tráfico com fins trabalho escravo. (BRASIL, 2013).

Conforme notícia do Jornal Estadão (2010), levantamentos do Instituto de Altos Estudos Internacionais de Genebra e pela organização não governamental (ONG) Viva Rio apontam que existem cerca de 17 milhões de armas de fogo em circulação no Brasil, das quais 57% são ilegais ou usadas sem o porte e grande parte dessas armas está nas mãos do crime organizado, que tem um arsenal de 5,2 milhões de armas, enquanto as polícias juntas tem apenas 2,1 milhões. Já o Mapa da Violência 2013 relata que as vítimas fatais de arma de fogo passam de 8.710 no ano de 1980 para 38.892 em 2010, representando um aumento de 346,5%. (WAISELFISZ, 2013, p. 09).

Ante o exposto, a população sofre com a sensação de insegurança e busca meios de se proteger o máximo possível, nesse sentido, importa mencionar, mais uma vez, a suprarreferida notícia do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (2010), na qual também se mostra uma avaliação da sensação de segurança com relação ao domicílio, ao bairro e à cidade.

A avaliação apontou que 78,6% da população se sentiam seguras no domicílio, no bairro o percentual foi de 67,1% e na cidade caiu para 52,8%, ou seja, 127,9 milhões, 109,2 milhões e 85,9 milhões de pessoas, respectivamente. A Região Norte demonstrou os menores percentuais, sendo no domicílio 71,6%, no bairro 59,8% e na cidade 48,2%.

Assim, percebe-se que no ano de 2009, 21,4% das pessoas não se sentiam seguras no domicílio em que residiam, 32,9% no bairro e 47,2% na cidade, ou seja, quase metade da população não se sente segura para transitar livremente pelas cidades e, grande parte, só sente protegida quando estão em suas residências, graças aos aparatos e dispositivos de segurança.

Ainda com base nessa avaliação, aproximadamente 60% dos domicílios apresentavam algum dispositivo de segurança, sendo esse percentual bem maior para os apartamentos, que foi de 90,3%, do que para as casas, que ficaram nos 55,9%. Isso significa que dos 58,6 milhões de domicílios particulares permanentes em 2009, 34,8 milhões usavam pelo menos um dispositivo de segurança, desde grades em portas e janelas até cerca eletrificada, alarme eletrônico, câmera de vídeo; segurança privada entre outros. (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICAS, 2010).



Outro grave problema no Brasil e um dos piores do mundo é a corrupção, de acordo com uma pesquisa anunciada pela *Transparency International*<sup>3</sup> (2012) o Brasil ocupa a 69ª posição no ranking dos países com maior índice de corrupção, empatado com a Macedônia e África do Sul, em um rol de um total de 176 países ou territórios, com isso, o Brasil ficou atrás de outros países como Gana, Israel, Namíbia e, na América do Sul, de Uruguai e Chile. Os melhores colocados foram Dinamarca, Finlândia e Nova Zelândia empatados em 1º lugar, enquanto os mais corruptos são Afeganistão, Coreia do Norte e Somália empatados na última colocação.

Ainda segundo a pesquisa, para reduzir os índices de corrupção, além de desenvolver medidas para controlar o desvio de verbas públicas, é preciso também o incremento de meios mais eficientes de investigação e, em sendo comprovada a prática criminosa, a punição rigorosa de todos os envolvidos, como a perda de mandatos e direitos políticos, repatriação do dinheiro roubado e a prisão dos responsáveis.

Conforme pesquisa da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP), publicada em 2011, no Brasil, a corrupção corrói aproximadamente R\$ 50 bilhões por ano, mais do que, comparativamente, o Produto Interno Bruto (PIB) da Bolívia que é de R\$ 45 bilhões. O valor equivale a 1,38% de toda a riqueza produzida no país (PIB), tal valor corresponde à verba que o governo federal gastou no Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) entre 2007 e 2010, com rodovias, ferrovias, aeroportos, portos, marinha mercante e hidrovias. (FERNANDES, 2011).

Em arremate, vale ainda mencionar as sonegações fiscais, o Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional (SINPROFAZ) realizou um estudo nesse sentido, por meio do qual revelou que o Brasil deixa de arrecadar R\$ 415 bilhões por ano, tal valor sonegado corresponde a 10% do Produto Interno Bruto (PIB) do país e é superior a tudo que foi arrecadado em 2011 de Imposto de Renda (R\$ 278,3 bilhões) e apenas 10% inferior ao que foi arrecadado de tributos sobre Folhas e Salários (R\$ 376,8 bilhões). Só pra se ter uma noção, o valor sonegado nos primeiros cinco meses do corrente ano soma cerca de R\$ 135 bilhões, valor que permitiria construir 120.750km de estradas asfaltadas, em agosto esse valor poderá

---

<sup>3</sup> Órgão internacional que realiza levantamentos para verificar os índices de transparência dos governos.

ultrapasar a casa dos R\$ 265 bilhões (SINDICATO NACIONAL DOS PROCURADORES DA FAZENDA NACIONAL, 2013).

Visto este breve panorama da criminalidade no Brasil pode-se coligir que suas consequências são gravíssimas, para não dizer catastróficas. A palavra segurança soa como um eco distante e, embora seja um direito previsto constitucionalmente, as pessoas se sentem desprotegidas e desamparadas pelo Estado. Variados bens jurídicos são ameaçados e violados comprometendo, seriamente, a ordem pública, a paz social e, em derradeiro caso, a própria sociedade brasileira.

### 3.2 O ALTO NÍVEL DE IMPUNIDADE NO BRASIL, CAUSAS E REFLEXOS

A criminalidade não é o único problema, ao lado dela, a impunidade reina no Brasil e aflige a sociedade brasileira.

As sensações que tomam conta da maioria das pessoas são de que: os crimes não são devidamente investigados; a justiça como um todo é demasiadamente morosa; as inúmeras garantias legais impedem a condenação de criminosos; e, quando ocorre condenação, as penas são brandas e não mantêm os criminosos por tempo suficiente no cárcere. Em outras palavras, a população sente que os criminosos não são punidos e quando são não é da forma merecida, ficando assim a mensagem de que o cometimento de crimes causa sanções toleráveis, por isso, não coíbe o crime.

Deploravelmente, o ordenamento jurídico brasileiro foi arranjado, de forma proposital ou não, beneficiando em demasia o criminoso e, conseqüentemente, favorecendo a criminalidade, já que prioriza os interesses do criminoso em sacrifício da segurança e paz social.

Começando pela Constituição Federal, ela não possui qualquer dispositivo de proteção à vítima de crimes e sua família, nem de assistência às testemunhas, por outro lado, contempla várias garantias penais em relação ao criminoso, não que não devessem existir, mas deveria haver também guarida para a vítima e a sociedade ao menos na mesma medida.

Em seguida vem o Código Penal e o Código de Processo Penal, os quais não contemplam da maneira devida ferramentas ágeis e eficazes no combate à criminalidade e as poucas leis extravagantes que tentam mudar esse quadro, são criticadas e tachadas como responsáveis pelo retrocesso do ordenamento jurídico ou como violadora de direitos e garantias individuais por uma parcela dos juristas, a exemplo da Lei n.º 9.034/95 que dispõe acerca da utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

A título de exemplificação vale fazer referência ao art. 83 do Código Penal, o qual prevê o instituto da liberdade condicional, segundo o qual o juiz poderá conceder a liberdade ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que, cumprida mais de um terço da pena (se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes) ou cumprida mais da metade (se o condenado for reincidente em crime doloso), observados outros simples requisitos, ou seja, cumprida 33,3% ou, na pior das hipóteses, 50,0% da pena, o preso pode ganhar a liberdade.

Conseqüentemente, vem a Lei n.º 7.210/84 (Lei de Execuções Penais de 1984), a qual, igualmente ao Código Penal, ilude a sociedade com dispositivos que promovem um rápido regresso dos criminosos ao seio social, só a título de exemplo, o art. 112 garante aos criminosos que cumprida apenas 1/6 (um sexto) da pena de reclusão, já possa progredir do regime fechado para o regime semiaberto e cumprida mais 1/6, deste regime para o aberto, ou seja, estará em liberdade quase que total. Não que tal benefício legal deva ser abolido, não é isso que se pretende, no entanto, dever-se-ia levar em conta critério mais consistentes de amparo à sociedade.

Pra não falar do seu art. 112, que por força da Lei nº 10.792/2003, sofreu uma profunda mudança, tendo em vista que, pela nova redação, já não se contempla a realização do exame criminológico quando da concessão da progressão de regime adotando-se igual procedimento para o livramento condicional, o indulto e a comutação de penas, em razão disso, os presidiários obtêm benefícios prisionais e ao se verem livres acabam cometendo novos delitos, alguns com requintes de extrema crueldade, o que demonstra que a referida lei não se preocupa se o egresso está preparado para retornar ao convívio social e ter uma convivência normal com os demais membros da comunidade, ou seja, não leva em conta a segurança das pessoas e o dever do Estado de proteção da sociedade.

Na sequência, seguem as outras várias leis criadas para “resolver” o problema da superlotação dos presídios no país, onde mecanismos são implementados para colocar em liberdade parte dos detentos, os quais voltam à sociedade e, na grande maioria dos casos, voltam a delinquir. Ora, o problema de superlotação dos estabelecimentos prisionais, ao que parece, é mais estrutural e administrativo do que legislativo.

Por fim, digno de nota ainda são as várias leis editadas com dispositivos camuflados, que não fossem os órgãos realmente comprometidos com a proteção da sociedade e a constitucionalidade das leis, estariam a agravar ainda mais o quadro caótico de impunidade no país, a exemplo, da Lei nº. 10.741/03 (Estatuto do Idoso) que contemplou, no art. 94, a previsão de que todos os crimes previstos na referida Lei, quando a pena máxima, abstratamente cominada, não excedesse a 04 anos, aplicar-se-ia o procedimento da Lei n.º 9.099/95, com isso, tentou-se tornar crimes como “deixar de prestar assistência ao idoso com resultado morte”; “abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres”; “expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado, com resultado de lesão corporal de natureza grave”; “apropriar-se de ou desviar bens, proventos, pensão ou qualquer outro rendimento do idoso, dando-lhes aplicação diversa da de sua finalidade”, em crimes de menor potencial ofensivo, o que resultaria com o exaurimento da persecução penal com uma mera transação penal, em sede de Juizado Especial Criminal<sup>4</sup>.

Claro que o problema da impunidade é resultado de uma pluralidade de fatores e não pode ser atribuído exclusivamente às leis penais, o Globo, por exemplo, noticiou, em 24 de setembro de 2011, que o Brasil soluciona, em média, apenas 5% a 10% dos homicídios, enquanto a França, 80%; e a Inglaterra chega a uma taxa de solução de homicídios de 90%. Os motivos para isso seria a perícia, que trabalha com déficit de pessoal e de material, só pra se ter uma ideia, a Associação Brasileira de Criminalística (ABC) estima em 30 mil peritos o déficit

---

<sup>4</sup> Nesse sentido vide a ADI 3.096-5 – STF. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3096&processo=3096>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

pessoal no país e, aliado a isso, o país não possui uma lei federal que regulamente o modelo ou estrutura mínima para perícia nos estados. (O GLOBO, 2011).

No entanto, uma legislação penal mais forte, coerente e que, para além das garantias negativas, também se preocupe com a segurança da vítima e das testemunhas, com a proteção da sociedade e com o reestabelecimento da paz e ordem social poderiam representar um grande passo em direção da solução do problema da impunidade no Brasil.

### 3.3 DIREITO (INDIVIDUAL E SOCIAL) À SEGURANÇA

De acordo com a Constituição Federal e os Tratados Internacionais de que o Brasil é signatário, todas as pessoas têm direito à segurança, ou seja, devem ter o direito à tranquilidade, direito a viverem em estado de paz e de serem livres de medos e ameaças permanentes.

Tal direito é de fundamental importância, ao passo que leva à proteção e gozo integral de outros direitos, como por exemplo, a vida, a liberdade, a integridade física e psicológica, a intimidade, o patrimônio entre outros.

A Constituição Federal dispõe sobre o direito à segurança, entre outros dispositivos, nos artigos 5º e 6º, no entanto, o termo “segurança” detém pluralidade de significados, conforme a localização e o modo como é expresso no texto constitucional.

O art. 5º, *caput*, da Constituição Federal dispõe que é garantido aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à **segurança** e à propriedade (grifei).

Já o art. 6º, *caput*, da Constituição Federal assevera que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a **segurança**, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (grifei).

Por sua vez, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário desde 1968, apregoa em seu artigo 3 que toda pessoa tem direito a vida, a liberdade e a segurança pessoal.

Assim sendo vê-se que os dispositivos supracitados rezam que todos que compõem a sociedade são titulares da proteção do Estado contra ameaças ou violações a seus direitos, ou seja, possuem direito à segurança, previsto constitucionalmente, ora num rol de direitos individuais, ora num rol de direitos sociais, e na Declaração Universal dos Direitos Humanos ao lado de direitos importantíssimos como a vida e a liberdade, o que significa que demanda uma atenção especial.

Percebe-se assim que o direito à segurança abrange duplo significado, quais sejam, garantia individual (art. 5º da CF/88) e direito social (art. 6º da CF/88).

No entanto, tal direito é encarado, único e exclusivamente, como se fosse uma garantia individual de proteção dos direitos individuais de arbitrárias violações por parte do Estado e seus agentes, nos moldes do art. 5º (e seus incisos), da Constituição Federal, esquece-se, porém, da segurança do cidadão, que tem direito a gozar de outros direitos e a exercer suas atividades sem perturbação por parte de terceiros, ou seja, da proteção dos membros do corpo social das violações por parte dos delinquentes, na forma do art. 6º também da Carta Magna.

Então, para que o direito à segurança seja efetivado em sua inteireza deve ser levado em conta seu duplo viés, como protetor do cidadão e da sociedade como um todo, de qualquer ameaça ou violação a direitos, seja por parte do Estado, seja por parte das outras pessoas, no entanto, tal peculiaridade não é encarada com a devida atenção, como direito à proteção eficaz, eficiente e direcionada contra qualquer foco de ameaça ou lesão a bens jurídicos que deve ser.

Nesse sentido, Valter Foleto Santin (2004, p. 80) ensina que:

O Estado deve tomar medidas ativas, prestações positivas, para garantir e concretizar a ordem pública e proteção à incolumidade da pessoa e o seu patrimônio, numa obrigação de fazer, para a realização do bem-estar social, finalidade cobrada no Estado Democrático de Direito.

Assim sendo, o direito à segurança, como uma espécie dos direitos sociais, gera para o particular um direito público subjetivo de recebimento dos serviços que possibilitem o seu amparo em desfavor do criminoso, através da prevenção da ocorrência de ilícitos penais, evitando que as pessoas que compõem o corpo social sofram ingerências em seus direitos por parte de outrem e, por outro lado, da repressão de toda ação ou omissão que venha a violar a ordem jurídica, através dos mais variados meios, sobretudo, das leis penais.

Saliente-se, no entanto, que o direito à segurança não constitui o fim de todos os conflitos, ameaças e violações aos direitos das pessoas e da sociedade, não é isso, mas deve significar, concretizando o comando constitucional, a garantia da existência de uma legislação e de instituições que busquem, eficientemente, prevenir tais eventos, operando de maneira equilibrada em relação ao cerceamento dos direitos dos criminosos, mas também energicamente no que concerne à proteção da sociedade e de seus membros, ou seja, de maneira justa, consubstanciada no reconhecimento e respeito a todos os direitos e aos direitos de todos, não só do criminoso.

### 3.4 IMPORTÂNCIA DO DIREITO PENAL ENQUANTO INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL FORMAL

Como visto alhures, o homem sempre viveu em meio coletivo, relacionando-se com outros indivíduos, seja na própria família, seja na comunidade em que está inserido, no entanto, nem sempre esse relacionamento é pacífico e ordeiro. Conflitos, ameaças e violações a direitos, em que pese não serem normais, são fatos comuns, que ocorrem em todas as sociedades, mas que em níveis elevados podem acarretar sérios danos à estabilidade do corpo coletivo.

Para prevenir tais eventos, todas as civilizações criam normas que determinam o que é certo e errado, impondo uma sanção àqueles que as desobedecem, que se comportam da maneira não aceita, imprópria e indesejada e oferecendo estímulos para a prática daquelas condutas que são benéficas.

Partindo dessas proposições, a prática de condutas desviantes deve ser desestimulada, bem como, aquelas que são desejadas merecem estímulos para que se repitam.

As normas legais, portanto, existem para proteger as pessoas e permitir que a sociedade funcione e se desenvolva de forma harmoniosa e frutífera.

Assim sendo, a própria sociedade e o Estado desenvolveram mecanismos e punições para desanimar o sujeito em relação à prática de comportamentos indesejados e prejudiciais ao convívio social harmônico ou, por outro ângulo, para fazer com que ele comporte-se segundo os ditames sociais.

Nesse sentido, Lélío Braga Calhau (2011, p. 45) apregoa que:

Desde tenra idade sofremos influência da socialização. Somos educados por nossos pais a agir de uma forma ou de outra. A mídia, o meio escolar e outros grupos colaboram com essa aprendizagem das regras sociais. De forma lenta e gradual vamos aprendendo as regras que a comunidade espera que sigamos. Paulatinamente, em grande número de situações, essas normas vão sendo internalizadas.

Deste modo, vê-se que, a todos os indivíduos, desde o nascimento, são impostas regras de convivência, primeiramente no seio familiar, depois pela escola, pelos meios de comunicação, pela comunidade e assim por diante, como forma de condicioná-los a certos tipos de comportamentos, desejáveis, segundo as expectativas da coletividade e indispensáveis à harmonia do corpo social.

A seguir tratar-se-á acerca do controle social, sobretudo em relação ao controle social formal exercido pelo Direito Penal, por meio do Estado e suas instituições, destacando sua importância para a segurança dos indivíduos, pela proteção de bens jurídicos importantes, pela paz social, pela ordem pública, pela convivência harmônica das pessoas etc.

### **3.4.1 Controle Social**

Lélío Braga Calhau (2011, p. 46) afirma que o Controle Social constitui um tema central da sociologia, tendo o termo aparecido pelas primeiras vezes, em estudos sociológicos do final do século XIX, sendo uma expressão de difícil definição que pode levar a um grande número de conceituações.

Vale citar algumas definições doutrinárias de Controle Social, umas mais amplas outras mais restritas, como forma de melhor elucidar o presente assunto e possibilitar uma melhor compreensão de sua natureza. Senão vejamos.

Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes (2013) ensinam que o Controle Social “compreende o conjunto de instituições, estratégias e sanções (legais e/ou sociais), cuja função é promover e garantir a submissão do indivíduo aos modelos e normas sociais”.



Karl Mannheim (1971, p. 178) define Controle Social, de forma mais circunscrita, como sendo um “conjunto de métodos pelos quais a sociedade influencia o comportamento humano, tendo em vista manter determinada ordem”.

Sérgio Salomão Shecaira (2004, p. 56) leciona que o Controle Social é “o conjunto de mecanismos e sanções sociais que pretendem submeter o indivíduo aos modelos e normas comunitários”.

Destarte, com base nas definições supracitadas, pode-se dizer que o Controle Social trata-se de uma estrutura composta de táticas, ferramentas, incentivos e reprimendas, de natureza social ou legal, que tem por escopo fazer com que os indivíduos adotem determinados padrões comportamentais, seja agindo de forma desejada, seja abstendo-se de agir de maneira malquista.

O Controle Social pode ser dividido em formal e informal.

O Controle Social informal se trata do controle praticado no cotidiano, sendo praticada de várias formas como um riso de deboche, uma mera censura ou uma simples crítica, que são sanções leves e discretas, ou pode chegar a causar o afugentamento por parte das pessoas do convívio do indivíduo, como amigos, familiares, colegas de trabalho, etc. e a reprovação ou banimento das instituições a que está ligado, como escola, igreja, trabalho entre outros, que são sanções mais drásticas.

Já o Controle Social formal é aquele desempenhado pelo Estado, pelos seus vários órgãos, ou pela sociedade civil organizada, em observância aos ditames legais, que pode, da mesma forma, ser mais sutil, como por exemplo, o policiamento ostensivo da polícia militar ou uma fiscalização da vigilância sanitária, ou mais grave, a aplicação de uma multa ou a realização de uma prisão em flagrante.

Nesse diapasão, percebe-se que se diferem controle social formal e informal, conforme o modo de atuar e as sanções que estabelecem, existindo certa gradação entre os tipos de Controle Social, sendo que no informal, em regra, as pessoas têm a faculdade de respeitarem, ou não, os preceitos sociais, desde que suportem o desprezo e a exclusão social, já o formal, por outro lado, é de observância obrigatória, mostrando-se bem mais invasivo em seu *modus operandi*, dotado de coatividade e mais severo nas sanções.

Nessa linha de entendimento, infere-se que o controle social é composto por vários sistemas normativos, como os costumes, a ética, o Direito positivo etc.; exercido por diferentes entes, órgãos ou instituições, como a família, a igreja, a

Justiça etc. e seus agentes, quais sejam, os pais, o padre, autoridades entre outros; é executado por meio de múltiplas estratégias de atuação ou respostas, quer através da repressão, da prevenção, da ressocialização etc.; e, acarreta diferentes modalidades de consequências, que podem ser de natureza positiva, como prêmios, ascensões, boa reputação etc., ou de cunho negativo, que são as sanções: estigmas morais, exclusão, reparação do dano, sanção pecuniária, privação de liberdade, restrição de direitos etc.; bem como, em relação aos destinatários, pode ser difuso, em relação à comunidade como um todo, ou concentrado, sendo dirigido a pessoas ou grupos particulares, como estratos sociais desfavorecidos, estratos sociais privilegiados, criminoso potencial, vítima potencial etc. (BIANCHINI e GOMES, 2013).

### **3.4.2 Controle Social Penal e sua importância**

Determinadas condutas, por vezes, são tão indesejadas e graves, que extrapolam os limites da atuação dos outros subsistemas do Controle Social e, por serem demasiadamente prejudiciais ao convívio e à ordem social devem ser combatidos por meio de instrumentos mais contundentes, as leis penais.

Em outras palavras, existe um grupo de condutas malquistas socialmente, entre elas, aquelas definidas como infrações penais. São os mais detestados comportamentos, são os que ferem os bens jurídicos alheios, aniquilam a paz, estabelecem a desordem e o caos social, podendo, em última análise, dar cabo à própria sociedade.

Álvaro Mayrink da Costa (2009, p. 366) leciona, nessa ordem de entendimento, que:

O Direito, cuja função é a tutela dos interesses humanos, valora os fatos singulares na medida dos interesses da tutela e através do estabelecimento da consequência jurídica coloca um imperativo de conduta correspondente à valoração feita.

Mediante o imperativo, especificado pela sanção, o Direito exprime a valoração de um fato como contrário a um dos interesses que retém a tutela, e tende, como uma coação psicológica, a evitar a comissão; [...].

Dessa forma, é diante da falha dos outros meios de controle social, informal ou formal não penal, e da necessidade de combater tais comportamentos supramencionados, de maneira mais enérgica, que surgem as leis penais com suas sanções e, por conseguinte, o Direito Penal.

As leis penais (substantivas e adjetivas) estabelecem princípios e regras jurídicas como forma de proteger os direitos das pessoas que compõem o corpo social, quer por meio do estabelecimento de garantias, quer tipificando infrações penais e cominando as sanções correspondentes, bem como para manter a estabilidade e harmonia da sociedade, esta última, a chamada função genérica do Direito Penal.

Mais uma vez, são bem vindas as palavras de Álvaro Mayrink da Costa (2009, p. 365), quando reza que, tradicionalmente, a norma penal desempenha uma transcendente função político-jurídico, porque possui a função de regular a vida social da sociedade.

Nesse mesmo sentido, Aníbal Bruno (1967, p. 21) apregoa que a função do Direito Penal é “assegurar as condições de existência e continuidade da organização social”.

Assim, delinea-se o chamado Controle Social Penal, o Controle Social eminentemente formal, que se manifesta por meio das leis penais, exercido pelas Polícias, pelo Ministério Público, pelo Judiciário, pelo Sistema Penitenciário etc. e só são levado a efeito, após o sistema de controle social informal e formal (não penal), falharem.

Na mesma ordem de ideias, Lélío Braga Calhau (2011, p. 48) vem nos dizer que:

Dentro do sistema formal de controle social nós encontramos o sistema da Justiça ou Justiça Criminal, formado pelo Poder Judiciário, Ministério Público, Polícias e Administração Penitenciária, os quais exercem um papel muito expressivo na condução do controle social formal, imposto pelo Poder Público.

Em que pese o Direito Penal seja visto por muitos como um “mal necessário”, mostra-se, antes, como importante ferramenta de Controle Social, promotora e protetora dos Direitos Humanos.

Isso porque, um Direito Penal extremamente liberal, que prevê exclusivamente garantias penais em favor do criminoso frente ao Estado, que se

distancia em demasia do castigo e intimidação pelo uso da pena, comunga com a impunidade e o avanço da criminalidade.

Ora, não fosse a norma penal (e a pena) com sua índole retributiva, preventiva (especial e geral), além da ressocializadora, bens jurídicos como a vida, a integridade física, a saúde, a liberdade, a dignidade sexual, o patrimônio, a probidade na administração pública etc. ficariam seriamente comprometidos, ou melhor, é impensável, no atual estágio social da humanidade, uma sociedade sem Direito Penal.

Alerte-se que não se quer aqui defender a legitimidade da interferência do Direito Penal em todos os conflitos sociais, para qualquer violação de direitos, não é isso, o que se pretende é destacar a importância inerente ao Direito Penal, enquanto instrumento de Controle Social Formal, responsável em grande parte pela segurança das pessoas, pela proteção de bens jurídicos importantes, pela paz social, pela ordem pública, pela convivência harmônica das pessoas etc.

Nesse espeque, mais uma vez vale trazer à baila as palavras de Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes (2013), quando asseveram que:

A pesada máquina estatal da Justiça criminal deve ser reservada para os conflitos mais agudos (ataques concretos, graves e intoleráveis a bens jurídicos relevantes) que requeiram um forte “tratamento cirúrgico”.

Para conflitos de menor entidade podem e devem ser utilizados instrumentos mais ágeis e socialmente menos gravosos, já que o Direito penal é a *ultima ratio*, ou seja, é o último instrumento que deve ter incidência para sancionar o fato desviado, atuando somente de forma subsidiária.

Assim sendo, percebe-se que o Direito Penal, como parte integrante de um todo chamado Direito, tratando-se de uma importante ferramenta de Controle Social, utilizada pelo Estado, através do sistema da justiça, para garantir que a sociedade continue a existir e possa desenvolver-se de forma saudável, com paz, ordem, segurança etc., que embora não possa ser usado de forma indiscriminada, também não pode ser tido como “um mal vizinho com o qual, indesejavelmente, tem-se que conviver”, mas sim, como mais um importante instrumento para a harmonia social.

#### **4 DO NECESSÁRIO EQUILÍBRIO ENTRE OS SUBPRINCÍPIOS DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE E DA PROIBIÇÃO DE EXCESSOS, NO DIREITO PENAL BRASILEIRO, À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE CONFORME A CONSTITUIÇÃO**

No decorrer do Período Humanitário do Direito Penal, em meados da segunda metade do século XVIII, surge o Princípio da Proporcionalidade, atrelado à ideia de limitação dos excessos praticados pelo Estado absolutista e da limitação de seu *jus puniendi*, era a influência do iluminismo na legislação penal.

O Direito Penal seguiu seu desenvolvimento adotando esse modelo de abordagem dos direitos fundamentais e influenciando as legislações de várias nações, entre elas, o Brasil, sobretudo após a ditadura militar, infiltrando a Constituição Federal de 1988 de garantias individuais negativas, enquanto os direitos fundamentais de outras dimensões foram abordados de forma superficial.

Acontece que as sociedades passaram por profundas transformações, em todos os aspectos e com o Brasil não foi diferente, no entanto, a legislação penal continuou sendo construída seguindo paradigmas dos séculos passados, sob a influência de um período ditatorial já não mais presente.

Como será mostrado adiante, o Direito Penal brasileiro merece uma releitura, com base na assertiva de que o Princípio da Proporcionalidade é a consubstanciação de dois subprincípios, não só o subprincípio da Proibição de Excessos, mas também o subprincípio da Proibição da Proteção Deficiente.

Nesse sentido, o que se sugere é que o Estado brasileiro, Democrático (e Social) de Direito, deve promover e garantir, principalmente através dos poderes legislativo e judiciário, os direitos fundamentais de todas as dimensões, em especial, reconhecendo o duplice viés do Princípio da Proporcionalidade, qual seja, de um lado delimitando a atuação estatal (*Übermassverbot*) e de outro impondo deveres ao Estado de proteção (*Untermassverbot*), em relação aos seus cidadãos.

A segurança das pessoas, a paz social e a ordem pública, assim como as garantias individuais negativas, são importantes para a manutenção e o desenvolvimento harmônico da sociedade, principalmente em tempos de avanço da criminalidade e aumento da impunidade, outrora tratados; tentar-se-á demonstrar,

pois, que o subprincípio da Proibição da Proteção Deficiente carece de maior atenção pelos legisladores, estudiosos e aplicadores do Direito Penal no Brasil.

#### 4.1 O CARÁTER PREDOMINANTE LIBERAL DO DIREITO PENAL BRASILEIRO E A NECESSIDADE DE SUA RELEITURA À LUZ DA REALIDADE ATUAL

O Direito Penal (substantivo e adjetivo) liberal é fruto do período Humanitário e de sua abordagem pelos clássicos no século XVIII sob a inspiração do Iluminismo.

O arquétipo de Direito Penal defendido era o de limitação máxima do *jus puniendi* estatal, tendo como foco a tutela dos direitos individuais frente às arbitrariedades do estado absolutista, através de garantias negativas.

O modelo liberal de Direito Penal era abundantemente adequado à época, uma vez que o Estado administrava a justiça penal de maneira arbitrária e valia-se de penas de caráter cruel e violento, bem como de muitos outros artifícios bárbaros e desumanos, como forma de conservar o sistema social, político, econômico e religioso vigente.

Os ideais liberais foram responsáveis pela implementação de uma vasta reforma no campo jurídico-penal, no sentido de humanizar a legislação penal, e fizeram recair seus influxos sobre a legislação penal de diversas nações.

Tais axiomas individuais ainda são de fundamental importância, uma vez que garantem a segurança das pessoas e a proteção de muitos bens jurídicos fundamentais de possíveis violações por parte do Estado e seus agentes.

No entanto, fosse o Estado, na segunda metade do século XVIII e primeira metade do século XIX, fosse o “único” inimigo dos direitos dos cidadãos e do desenvolvimento da sociedade, hodiernamente não mais o é, isso por que, a partir de meados do século XX, sobretudo após a segunda guerra mundial, a humanidade começou a sofrer profundas mudanças, como avanços tecnológicos, novas conformações de sociedade, transformação de valores e pensamentos, novos e mais complexos problemas sociais entre outras.

Em tal diapasão, sempre vem bem a calhar os ensinamentos de Lenio Luiz Streck (2007b, p. 06), o qual afirma que:

Desse estado da arte, é possível depreender que a *matriz liberal-iluminista*, com uma orientação epistemológica privilegiadora de uma lógica de apreensão e subsunção da realidade em abstrações redutoras, *encontra-se em dificuldades para legitimar o saber produzido a partir de suas bases filosóficas frente à nova complexidade criada pelas manifestações delinqüenciais hodiernas.* (grifos do autor).

Assim sendo, o mundo globalizado trouxe consigo novas ameaças e riscos sociais, o que demanda uma mudança no pensamento da sociedade e exige que o Direito Penal acompanhe a dinâmica social e seu novo feitio.

As influências das ideias do Período Humanitário e do ideário individualista clássico ainda estão bem presentes nos dias atuais e permeiam o Direito Penal brasileiro, manifestando-se, principalmente, na Constituição Federal de 1988, que fora promulgada após um longo regime de ditadura militar que acometeu o país, e em grande parte da legislação infraconstitucional pós 1988.

Em outras palavras, devido a ditadura militar, que governou o país de 1º de abril de 1964 até 15 de março de 1985, precedendo assim, a promulgação da Constituição Federal, no Brasil, as normas constitucionais estabeleceram uma linha de regramento tendo em vista relações jurídicas onde de um lado se tem um Estado totalitário e do outro os cidadãos em busca das liberdades individuais.

Elegeu, assim, o legislador constituinte originário, predominantemente, normas constitucionais predispostas a proibir excessos do Estado, as quais consubstanciam-se por meio de liberdades públicas negativas.

Prova disso, por exemplo, são as muitas garantias individuais, constitucionalmente previstas, no art. 5º e seus incisos, a exemplo: a) inc. XXXIX: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; b) inc. XL: a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; c) inc. XLV: nenhuma pena passará da pessoa do condenado [...]; d) inc. LXI: ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente [...]; e) inc. LXII: a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada; f) inc. LXIII: o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; g) inc. LXIV: o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial; h) inc. LXV: a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; e, i) inc. LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade

provisória, com ou sem fiança; etc., as quais traduzem a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil e do ordenamento jurídico pátrio, bem como a inviolabilidade do direito à segurança (art. 5º da CF/88) enquanto verdadeira garantia individual.

Evidência também do caráter predominantemente liberal da Constituição Federal de 1988 é a ausência de dispositivos de proteção à vítima de crimes e sua família, ou de assistência às testemunhas, bem como a previsão do direito à segurança (art. 6º da CF/88) como uma mera norma programática e de eficácia limitada, deixando assim à sociedade certa forma desamparada.

Demonstrando claramente o espectro liberal do Direito Penal brasileiro Gisele Cittadino (1999, p. 14) corrobora dizendo que:

O pensamento jurídico brasileiro é marcadamente positivista e comprometido com a defesa de um sistema de direitos voltado para a garantia da autonomia privada dos cidadãos. Uma cultura jurídica positivista e privatista atravessa não apenas os trabalhos de autores vinculados à área do direito privado, mas também caracteriza a produção teórica de muitos dos nossos publicistas. Em todos estes autores a defesa do sistema de direitos se associa prioritariamente aos direitos civis e políticos e menos à implementação dos direitos econômicos e sociais, inclusive pelo fato de que defendem uma concepção menos participativa do que representativa da democracia. Em outras palavras, a cultura jurídica brasileira está majoritariamente comprometida com um liberalismo do *modus vivendi*.

Porém, muito embora a Carta Magna contemple de forma predominante as garantias individuais negativas, portanto, mais nitidamente, isso não quer dizer que não se possa extrair dela que, os direitos fundamentais positivos, de tutela de outros direitos de violação por parte de terceiros, merecem tratamento especial, no sentido de promover e garantir a segurança das pessoas, a paz social e a ordem pública.

Nessa senda, faz-se oportuno citar Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 12-13) para quem:

[...] a discussão em torno das funções e limites do direito penal num Estado Democrático de Direito passa inquestionavelmente por uma reavaliação da concepção de bem jurídico e o seu devido redimensionamento à luz da nossa realidade (fática e normativa) constitucional (que é a de uma Constituição comprometida com valores de cunho transindividual e com a realização da justiça social, convém lembrar), o que, por sua vez, nos remete à problemática dos deveres de proteção do Estado na esfera dos direitos fundamentais e aos contornos possíveis de uma teoria garantista (e, portanto, afinada com as exigências da proporcionalidade) do Estado, da Constituição e do Direito Penal.



Acontece que a sociedade brasileira, embora tardiamente, também experimentou os avanços tecnológicos e as transformações sociais pelos quais o mundo passou, o que acarretou, conseqüentemente, o surgimento de novos problemas e a mutação de alguns já existentes, ou seja, o quadro social, político e econômico atual é diverso do que se afigurava décadas atrás no Brasil, assim, o Direito Penal deve acompanhar tal dinâmica, enquanto disciplina social que o é.

Ora. Significasse o Estado Brasileiro sob o regime militar, o algoz do cidadão e de seus direitos, hoje em dia, a criminalidade e a impunidade são as principais ameaças à sociedade, pondo em risco o próprio Estado Democrático (e Social) de Direito brasileiro.

Nos últimos vinte e cinco anos, houve uma profunda mudança de paradigmas no Brasil, passando, de um Estado ditatorial para um Estado Democrático (e Social) de Direito, o qual tem como orientação os direitos fundamentais como um todo, constantes na Constituição Federal de 1988, os quais exercem função dúplice dentro desse novo modelo de Estado, a saber, ao tempo que delimitam a atuação estatal também impõe deveres ao Estado de proteção em relação aos seus cidadãos e à sociedade.

Atualmente os Estados Democráticos de Direito, comumente, não intervêm nas liberdades individuais e, ao revés dos Estados totalitários, ostentam a importante função de preservá-los contra a turbação e violação de terceiros.

A doutrina de Lenio Luiz Streck (2007b, p. 17-18) assegura que:

[...] já não se pode falar, nesta altura, de um Estado com tarefas de guardião de “liberdades negativas”, pela simples razão – e nisto consistiu a superação da crise provocada pelo liberalismo – de que o Estado passou a ter a função de proteger a sociedade nesse duplo viés: *não mais apenas a clássica função de proteção contra o arbítrio, mas, também a obrigatoriedade de concretizar os direitos prestacionais e, ao lado destes, a obrigação de proteger os indivíduos contra agressões provenientes de comportamentos delitivos, razão pela qual a segurança passa a fazer parte dos direitos fundamentais.* (grifos do autor).

Então, o Direito Penal brasileiro, ao que tudo indica, merece ser revisto, à luz da própria Constituição Federal e da realidade social, política e econômica atual, passando a ser encarado não só como fonte de garantias das liberdades individuais, mas também, deve-se levar em consideração a proteção das pessoas das violações por parte da criminalidade. Em outras palavras, o Direito Penal brasileiro faz jus, cada vez mais, a um desenvolvido no sentido de tutelar conjunturas que antes não

se mostravam presentes com tanta nitidez, mas que hoje se apresentam como carecedoras do amparo do Direito Penal.

Em sintonia com essa trilha de pensamento, Lenio Luiz Streck (2007a, p. 06) cujos ensinamentos são sempre bem vindos, afirma que “não há dúvida, pois, que as baterias do direito penal” dentro do contexto atual, qual seja, de um Estado Democrático de Direito “devem ser direcionadas para o combate dos crimes que impedem a concretização dos direitos fundamentais nas suas diversas dimensões”.

Consequentemente, é recomendável que a máxima de um Direito Penal como *ultima ratio* seja ponderada, no sentido de se dar lugar a um Direito Penal que tutela, suficientemente, os interesses da sociedade e protege, efetivamente, os bens jurídicos, tanto os individuais como os coletivos, os sociais e os metaindividuais, garantindo assim, segurança pessoal, paz social e ordem pública.

#### 4.2. BREVE ANÁLISE DO PAPEL DOS PRINCÍPIOS NA ORDEM JURÍDICA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM MATÉRIA PENAL

Inicialmente, os princípios manifestavam-se enquanto meras orientações, consistiam em meras advertências ou pedidos de natureza política ou moral, mas com o decorrer dos tempos e a evolução do Direito, tornaram-se comandos que apresentam juridicidade, ou seja, foram reconhecidos como normas com eficácia jurídica e aplicabilidade direta e efetiva, o quais sempre devem ser levados em conta por qualquer agente que se debruce sobre o Direito. (ROTHENBURG, 2003, p.13).

Nesse sentido, Robert Alexy (1997, p. 83), esclarece que os princípios, à semelhança das regras, são espécies do gênero normas jurídicas e apresentam caráter deontológico, ou seja, dizem aquilo que deve ser e manifestam-se na forma de expressões deônticas básicas de mandado, permissão e proibição, fundamentando juízos concretos de dever ser.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p.747-748) define princípio como sendo:

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e

inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

O referenciado autor, mais adiante, assegura ainda que a violação a um princípio é muito mais grave do que a transgressão a outra norma qualquer, isso porque concebe uma dissidência em face de todo o sistema jurídico, nas palavras do próprio autor, “representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”, assim sendo, revela-se a forma mais grave de ilegalidade ou de inconstitucionalidade já que ofende mais que uma regra em especial, ultraja todo o ordenamento jurídico. (MELLO, 2000, p.748).

Assim sendo, os Princípios se revelam de primordial importância, uma vez que constituem a essência de todo o sistema jurídico, servido de base para a construção das leis e imprescindível para sua interpretação e aplicação.

Nessa ordem de ideias, o Princípio da Proporcionalidade, que detém inegável valor dentro do ordenamento jurídico de qualquer Estado que prime pela promoção e garantia dos direitos fundamentais, merece ser trazido à baila.

O Princípio da Proporcionalidade vem ao mundo jurídico, primeiramente, na esfera do Direito Administrativo, atuando como um dispositivo de frenagem da atuação do poder de polícia do Estado e se desenvolveu no sentido de garantir a liberdade individual das pessoas frente aos interesses da administração estatal, ou seja, do poder do monarca em detrimento dos seus súditos, em meados dos séculos XVII e XVIII, no berço do Estado absolutista (BARROS, 2003, p. 37).

Na seara penal, o Princípio da Proporcionalidade surge no transcorrer do Período Humanitário, em meados da segunda metade do século XVIII, tendo como marco as ideias de Cesare Beccaria evidenciadas em sua obra “Dos delitos e das penas” (1764), onde defende um critério de proporcionalidade das penas em relação aos delitos.

A *posteriori*, com a Escola Clássica, o Princípio da Proporcionalidade se expande atrelado à ideia de barrar os excessos praticados pelo Estado absolutista e de limitação de seu *jus puniendi*, em relação aos indivíduos.

Assim sendo, percebe-se que o Princípio da Proporcionalidade surge umbilicalmente ligado à ideia de limitação do poder de intervenção do Estado em relação ao indivíduo, tido como proibição de excessos.

Acontece que tal maneira de se enxergar o Princípio da Proporcionalidade, em pleno Estado Democrático (e Social) de Direito, continua sendo levada a efeito e, por vezes, levada á últimas consequências.

Nesse sentido, Lenio Luiz Streck (2007b, p. 13) assevera que existe um “modelo clássico de garantismo negativo, que nada mais do que uma leitura unilateral do princípio da proporcionalidade, como se este fosse apenas voltado à proteção contra os excessos (abusos do Estado)”.

Inocência Mártires Coelho (2003, p. 25-26), ao abordar a doutrina do jurista e filósofo do direito Karl Larenz, elucida, seguindo tal viés, que o Princípio da Proporcionalidade é:

[...] utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das *restrições* de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios –, o princípio da *proporcionalidade* [...] consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive no âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Acontece que, nos séculos que se seguiram, o referido princípio, dentro do direito germânico, tendo em vista a passagem da condição de Estados totalitários para Democráticos de Direito e a conseqüente mudança de paradigmas, se desenvolveu e assumiu feição condizente com a realidade social, econômica e política atual.

De tal modo que Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 26) articula que o Princípio da Proporcionalidade, “para além da sua habitual compreensão como proibição de excesso, abrange outras possibilidades, cuja ponderada aplicação, inclusive na esfera jurídico-penal, revela um amplo leque de alternativas”.

Em outra oportunidade, Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 03) afirma que:

[...] a noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente, [...], a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.

Nesse espeque, a análise do Princípio da Proporcionalidade deixa de ser realizada tão somente pelo seu aspecto de limitador de excessos do Estado (subprincípio da Proibição de Excessos), passando também a ter em vista sua segunda feição, qual seja, o imperativo de proteção dos indivíduos e seus direitos em relação a terceiros (subprincípio da Proibição de Excessos).

O Princípio da Proporcionalidade, em assim sendo, deve funcionar como ferramenta de dupla função, quais sejam, de aparar arestas e, concomitantemente, preencher cavas, isto é, condenando tudo aquilo que em direito esteja aquém ou além, devendo ser observado tanto quando da elaboração de normas constitucionais e infraconstitucionais, como quando da interpretação e aplicação das mesmas.

#### 4.3 OS SUBPRINCÍPIOS DA PROIBIÇÃO, DE EXCESSOS E DA PROTEÇÃO DEFICIENTE E O NECESSÁRIO EQUILÍBRIO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Como resta claro, os subprincípios da Proibição da Proteção Deficiente e da Proibição de Excessos são faces de uma mesma moeda, qual seja, o Princípio da Proporcionalidade.

Lenio Luiz Streck (2008, p. 06) discorre acerca dos dois subprincípios na Alemanha, asseverando que lá existe uma clara distinção entre os dois modos de proteção dos direitos fundamentais, traduzidos nos termos germânicos *Übermassverbot* e *Untermassverbot*, sendo o primeiro, o Princípio da Proibição de Excesso, o qual funciona como proibição de intervenções do Estado em na esfera da vida e dos direitos das pessoas, o segundo, ao seu turno, é o Princípio da Proibição da Proteção Deficiente (ou Insuficiente) que atua como garantia contra as omissões do Estado em relação ao dever proteção, ou seja, “será inconstitucional se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção”.

Nessa linha de intelecção, esses dois subprincípios merecem destaque, pois segundo um critério de equilíbrio, devem coexistirem e harmonizarem-se, direcionando a construção e a aplicação da legislação penal, sem que um se sobreponha ao outro, de forma a garantir um direito penal justo e uma justiça penal que garanta direitos.

### 4.3.1 O subprincípio da Proibição de Excessos

A noção de proibição de excessos, surge em meados dos séculos XVII e XVIII, como Princípio da Proporcionalidade, para fazer frente às arbitrariedades do Estado absolutista e suas leis formalmente válidas, mas desprovidas de fundamentos axiológicos legítimos.

No campo penal, fez-se presente, mais especificamente, no decorrer do período Humanitário, por volta da segunda metade do século XVIII, sendo incrementada pela abordagem do Direito Penal por Cesare Beccaria e pela Escola Clássica, sob a inspiração do Iluminismo.

Então, ergue-se o subprincípio da Proibição de Excessos, atrelado à idéia de limitação do poder do Estado em relação à administração das leis penais e da execução das penas, com o fito de garantir as liberdades individuais das pessoas frente as ingerências do Estado.

Nessa ordem de idéias faz-se mister citar Lenio Luiz Streck (2007b, p. 11), para quem:

[...] é evidente que a perspectiva liberal-clássica, própria do Estado em formação [...] fundava-se na contraposição Estado-Sociedade, sendo a função da lei meramente ordenadora (o que não é proibido é permitido), a partir da tarefa-função de defender o débil cidadão contra a “maldade” do Leviatã. Afinal, a revolução francesa – berço do Estado Liberal – representava o triunfo do privado. A burguesia destronara o velho regime exatamente para recuperar o poder político do qual abrira mão para o fortalecimento do seu poder econômico, no nascedouro do Estado Moderno-Absolutista.

O subprincípio da Proibição de Excessos nasce, desta feita, com o escopo de fazer oposição à indevida intervenção pelo Estado na esfera da vida privada do cidadão, tendo valores como o individualismo e a mínima intervenção estatal na vida dos indivíduos como fundamentos.

Nessa ordem de entendimento, cabe fazer referencia a Gilmar Mendes (2009), o qual assegura que:

A clássica concepção de matriz liberal-burguesa dos direitos fundamentais informa que tais direitos constituem, em primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade. Esta concepção de direitos fundamentais – apesar de ser pacífico na doutrina o reconhecimento de diversas outras – ainda continua ocupando um lugar de destaque na aplicação dos direitos fundamentais.

Esta concepção, sobretudo, objetiva a limitação do poder estatal a fim de assegurar ao indivíduo uma esfera de liberdade. Para tanto, outorga ao indivíduo um direito subjetivo que permite evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal.

Assim, em apertada síntese, o subprincípio da Proibição de Excessos, ainda tão em voga atualmente, manifesta-se enquanto proteção do cidadão e da sociedade de modo geral contra os arbítrios estatais, por meio de garantias negativas, os chamados de “direitos de defesa” nas palavras de Gilmar Mendes.

Em outros termos, consiste na noção de que o Estado deve invadir o mínimo possível a esfera privada da vida e das relações das pessoas, o que se mostra possível, principalmente, por intermédio da limitação do *jus puniendi* do Estado; parte-se da ideia de que a edição de mais leis penais, ainda que para proteger certos bens jurídicos, e o aumento de sua severidade em relação a determinadas condutas, bem como a criação de ferramentas processuais penais mais ágeis e desburocratizadas, vão de encontro à máxima do Direito Penal mínimo, logo, violam os direitos e garantias fundamentais e a dignidade da pessoa humana, pois aumentam os limites de abrangência do Direito Penal, o que é indesejado.

#### **4.3.2 O Subprincípio da Proibição da Proteção Deficiente**

O reconhecimento do subprincípio da Proibição da Proteção Deficiente dá-se, na Alemanha, em meio a uma polêmica que girava em torno do dever de proteção do Estado e seus limites, através das leis penais, por causa de uma Lei de 1975 descriminalizou a prática abortiva.

Por força das discussões, o dever de proteção (*Schutzpflicht*) passou a ser percebido como a outra faceta do Princípio da Proporcionalidade como garante dos direitos fundamentais de todas as dimensões, ou seja, os direitos fundamentais, sob o aspecto negativo, protegem a liberdade individual das pessoas frente ao Estado, já o dever de proteção (do Estado) é um direito fundamental (do cidadão), propõe-se à proteção das pessoas contra riscos advindos de terceiros, alheios ao Estado (STRECK, 2008, p. 06).

O emprego do subprincípio da Proibição da Proteção Deficiente

(*Untermassverbot*) dá-se, concretamente, no decorrer do segundo julgamento da descriminalização do aborto, oportunidade em que o *Deutsch Bundesverfassungsgericht* se pronunciou com o teor parcialmente citado a seguir:

O Estado, para cumprir com o seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que permitam alcançar – atendendo à contraposição de bens jurídicos – uma proteção adequada, e como tal, efetiva (*Untermassverbot*). [...]

É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência [...].

Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis. [...]. (ALEMANHA, BverfGE 88, 203 - *Schwangerschaftsabbruch II*, 1993).

Nesse sentido, percebe-se que o subprincípio da Proibição da Proteção Deficiente propugna por uma proteção adequada, suficiente e eficiente dos bens jurídicos, o que resta consagrado na Constituição de maneira genérica, sendo dever do Estado, através do poder legislativo, editar leis que definam minuciosamente tal desiderato, e do poder judiciário aplicá-las tendo em vista o dever de proteção, ainda que para isso, tenha que enfrentar uma confrontação de bens jurídicos, em não havendo a proteção devida, estará configurada uma flagrante violação do mandamento constitucional.

Luiz Flávio Gomes (2008, p. 01) apregoa, nessa corrente intelectual, que em razão do subprincípio da Proibição da Proteção Deficiente, o Estado não pode, e conseqüentemente a lei, proporcionar uma tutela insuficiente em relação aos direitos fundamentais, isto é, por força desse subprincípio existe para o Estado (Estado-legislador e Estado-juiz, principalmente) um dever de proteção, não podendo, portanto, abdicar dos mecanismos de tutela, entre os quais estão presentes os de caráter penal, para garantir a proteção suficiente de um direito fundamental.

Seguindo tal linha de raciocínio, vê-se que o poder legislativo encontra-se, por força da constituição, vinculado pelo subprincípio da Proibição da Proteção Deficiente, de modo que os níveis de proteção, traduzidos pelas medidas estabelecidas pelo legislador, devem ser suficientes para assegurar um padrão adequado e eficaz de proteção exigido pela própria constituição. (SARLET, 2005).



No que diz respeito à violação do subprincípio da Proibição da Proteção Deficiente, percebe-se que se dá, mais frequentemente, através de uma omissão, total ou parcial, do poder público, em relação ao cumprimento de um imperativo constitucional, na seara penal, o imperativo de dever de proteção, no entanto, pode ainda manifestar-se de outras formas, a exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal, o que não se trata de omissão, mas de uma ação que deixa bens jurídicos sem tutela alguma, ou a despenalização de crimes fazendo com que a tutela do bem jurídico seja insuficiente. (SARLET, 2005).

Nesse diapasão, revela-se adequada a seguinte anotação de Gilmar Mendes (1999):

A concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos legitima a idéia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (*direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*).

[...]

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger esses direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros.

Essa interpretação do *Bundesverfassungsgericht* empresta, sem dúvida, uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de "adversário" (*Gegner*) para uma função de guardião desses direitos (*Grundrechtsfreund oder Grundrechtsgarant*).

Depreende-se de tais apontamentos, que a percepção dos direitos fundamentais como princípios objetivos é que corrobora com a percepção do Estado com dever de duplo viés, a saber, de levar em conta os direitos dos indivíduos em face das investidas do Poder Público e, ao mesmo tempo, de garantir os direitos fundamentais das agressões provenientes de terceiros, assim, partindo de tal entendimento levado a efeito pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, o Estado deixa de ser considerado um inimigo dos direitos fundamentais e passa a ser protetor, como deve ser em um Estado Democrático (e Social) de Direito.

Assim sendo, o subprincípio da Proibição da Proteção Deficiente manifesta-se no sentido de que o Estado tem o dever de dirigir sua atuação em direção à proteção dos bens jurídicos da forma mais efetiva possível, o que aparentemente revela-se plausível, por exemplo, através de políticas criminais condizentes com a

realidade socioeconômica e cultural do país, edição de leis que combata toda e qualquer conduta socialmente danosa, partindo daquelas de maior grau de organização e aptidão lesiva, como a corrupção nos mais altos cargos da administração pública e o homicídio, com o máximo rigor possível, peleje contra a reiteração criminosa, bem como crie ferramentas processuais que permitam uma satisfatória solução dos crimes, de forma a se evitar a ostensiva deficiência de proteção dos direitos fundamentais, que, conseqüentemente, favorece ao avanço da criminalidade e ao aumento da impunidade.

#### **4.3.3 Do (des)equilíbrio no Direito Penal brasileiro entre os subprincípios da Proibição de Excessos e da Proibição da Proteção Deficiente**

Como visto alhures, o Princípio da Proporcionalidade é um instituto de faceta dúplice, quais sejam, o subprincípio da Proibição de Excessos e o subprincípio da Proibição da Proteção Deficiente.

Partindo desse ponto de vista, os dois subprincípios, ora mencionados, devem funcionar dentro de um sistema harmônico de freios e contrapesos<sup>5</sup>, representando, o equilíbrio<sup>6</sup> entre eles, o apogeu do Princípio da Proporcionalidade, algo almejado.

Se um deles for superinflacionado, inevitavelmente, ocorrerá uma desestabilização no princípio referido, descaracterizando-o, e, em matéria penal, tal descaracterização pode trazer conseqüências gravíssimas.

Isso porque, se a noção de excesso for demasiadamente engrandecida, pode se chegar ao absurdo de se considerar, toda e qualquer atuação estatal no

---

<sup>5</sup> Montesquieu, refletindo sobre o abuso do poder real, concluiu que somente o poder freia o poder no chamado sistema de freios e contrapesos em seu livro "O espírito das Leis, de 1748". A partir dessa lógica pode-se fazer uma relação analógica com o princípio da proporcionalidade e seus dois subprincípios antagônicos e harmônicos entre si.

<sup>6</sup> A Doutrina do meio-termo do filósofo grego Aristóteles faz parte da ética do sistema aristotélico, segundo a qual o estado considerado ideal está no meio termo, nem além, nem aquém, ou seja, todos os excessos são considerados vícios, por exemplo, o excesso de coragem é a temeridade, já a falta de coragem é a covardia. Ambas são consideradas vícios. É preciso buscar o equilíbrio, que é a virtude, ou seja, a coragem propriamente dita.

sentido de prevenir, dissuadir, coibir ou reprimir crimes, como arbitrariedade estatal, caracterizando uma proteção deficiente.

Nesse sentir, não pode o subprincípio da Proibição de Excessos ser levada às derradeiras consequências, pois com isso emerge a possibilidade de se instaurar um cenário em de cerceamento do poder-dever do Estado de promover e garantir a proteção de bens jurídicos, das pessoas e da própria sociedade.

Apesar de a Carta Magna brasileira ter caráter eminentemente liberal, trouxe em seu art. 5º, mais precisamente, nos incs. LXIII e LXIV, transcritos *ipsis litteris* a seguir, normas penais visando evitar, ainda que timidamente, a proteção deficiente:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

Quis assim, o legislador originário, dar tratamento mais severo àqueles crimes que detém alto grau de organização e poder lesivo, como é o caso dos crimes hediondos e equiparados, como também àqueles que oferecem risco à ordem constitucional e ao Estado Democrático.

Da mesma forma, contemplou também, ainda que de forma genérica, no art. 6º da Constituição Federal de 1988, o direito à segurança como direito social, demonstrando, que a proteção das pessoas e seus bens jurídicos também merecem atenção por parte do legislador infraconstitucional.

Por outro lado, se o subprincípio da Proibição da Proteção Deficiente suplantasse o subprincípio da Proibição de Excessos, que representa o fenômeno contrário, as consequências seriam igualmente graves, pois correr-se-ia o risco da manifestação de um Estado autoritário, cujas leis impõem restrições aos direitos e garantias individuais de forma intransigente e as autoridades praticam suas atividades de maneira discricionária, caracterizar-se-ia, pois, um excesso.

Para impedir justamente isso é que a Constituição da República Federativa do Brasil contempla, em diversas passagens, o subprincípio da Proibição de Excessos na esfera penal, por meio de garantias individuais negativas, como as previstas no art. 5º, inc. LXVII, o qual veda determinados tipos de penas, a saber: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de

caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e, e) cruéis; ou ainda, as previstas nos incisos XXXIX, XL, XLV, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI, já transcritos acima.

Nesse sentido, são bem vindos os ensinamentos de Lenio Luiz Streck (2007b, p. 13), revelando a dupla missão do Direito Penal:

“[...] o direito penal serve simultaneamente para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime. Protege, portanto, o indivíduo de uma repressão desmesurada do Estado, mas protege igualmente a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo. Estes são os dois componentes do direito penal: o correspondente ao Estado de Direito e protetor da liberdade individual, e o correspondente ao Estado Social e preservador do interesse social mesmo à custa da liberdade do indivíduo”.

Fica evidente, assim, a necessidade de se observar, em matéria penal, tanto do subprincípio da Proibição de Excessos como o da Proibição da Proteção Deficiente, ou seja, o Direito Penal deve servir de protetor das liberdades individuais (contra excessos) e de protetor do interesse social (evitando a proteção insuficiente).

Nessa esteira de ideias, Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 24-25) apregoa que:

[...] para a efetivação de seu dever de proteção, o Estado – por meio de um dos seus órgãos ou agentes - pode acabar por afetar de modo desproporcional um direito fundamental (inclusive o direito de quem esteja sendo acusado da violação de direitos fundamentais de terceiros). Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais que, nesta perspectiva, atuam como direitos de defesa, no sentido de proibições de intervenção (portanto, de direitos subjetivos em sentido negativo, se assim preferirmos). O princípio da proporcionalidade atua, neste plano (o da proibição de excesso), como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais [...].

Por outro lado, o Estado - também na esfera penal - poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É neste sentido que – como contraponto à assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*).

Deste modo, colige-se que o Estado, dentro da seara dos direitos fundamentais deve levar em consideração o seu duplo dever, a saber, de defesa e de proteção, sob pena de inconstitucionalidade, pois ao tempo que é, por mandamento constitucional, guardião dos direitos fundamentais de violações por

parte do próprio Estado, também o é em relação a transgressões advindas de terceiros, que comprometem toda a sociedade.

Os subprincípios, ora trabalhados, no dizer de Lenio Luiz Streck (2007a, p. 25), se identificam com o garantismo penal positivo e negativo. O referido autor, de forma genérica, trata da problemática, da prevalência do subprincípio da Proibição de Excessos em detrimento do subprincípio da Proibição da Proteção Deficiente:

[...] é preciso ampliar a perspectiva do direito penal da Constituição na perspectiva de uma política integral de proteção dos direitos, o que significa entender o garantismo não somente no sentido negativo como limite do sistema punitivo (proteção contra o Estado), mas, sim, também como garantismo positivo o que, no dizer de Baratta, aponta para a resposta às necessidades de assegurar a todos os direitos, inclusive os de prestação por parte do Estado (direitos econômicos, sociais e culturais), e não apenas aqueles que podem ser denominados de direitos de prestação de proteção, em particular contra agressões provenientes de comportamentos delitivos de determinadas pessoas.

Mostra-se, pois, incabível transpor os limites do Princípio da Proporcionalidade, quer em um sentido, quer em outro, ou seja, qualquer extremo é indesejado, assim, não se pode, pois, nem proporcionar garantias ao cidadão contra excessos do Estado, exageradamente, e deixando-o desprotegido em relação às agressões aos seus bens jurídicos por parte de outros particulares (garantismo negativo extremado), nem promover a segurança do indivíduo e a ordem pública e, para tanto, sacrificar os direitos e garantias individuais das pessoas, ao arrepio do princípio da dignidade da pessoa humana (garantismo positivo extremado).

Desta forma, revela-se pertinente a preocupação com o desequilíbrio entre os subprincípios da Proibição de Excessos e da Proibição da Proteção Deficiente, em razão da forte tendência, tanto do poder legislativo como do poder judiciário, de se atribuir preeminência àquele subprincípio (da Proibição de Excessos) em relação a este (o subprincípio da Proibição da Proteção Deficiente).

Ora. Não se pode, sob a alegação de promover o Direito Penal mínimo, torná-lo insuficiente no que diz respeito à proteção de uma vasta gama de direitos fundamentais, como por exemplo, o direito social à segurança das pessoas contra violações aos seus bens jurídicos, ou como os direitos metaindividuais, a exemplo da paz social e da ordem pública de serem turbados em detrimento de toda a sociedade, pois, em ocorrendo isso, se evidencia justamente o que o modelo de direito garantista, tão defendido desvirtuadamente por muitos, repudia, a saber, os extremos, compreensões extremadas do Direito Penal.

Fazem-se oportunas, nesse ponto, as considerações de Lenio Luiz Streck (2007a, p. 05), *in verbis*:

Aliás, parcela expressiva do segmento que abriga os penalistas brasileiros de orientação crítica fazem essa leitura do garantismo tão-somente pelo viés negativo. Com efeito, a partir do papel assumido pelo Estado e pelo direito no Estado Democrático de Direito, o direito penal deve (sempre) ser examinado também a partir de um *garantismo positivo*, isto é, devemos nos indagar acerca do dever de proteção de determinados bens fundamentais através do direito penal.

Percebe-se que o referenciado autor faz uma crítica aberta à maioria dos penalistas brasileiros, em razão da forma como encaram o Direito Penal, apenas à luz do subprincípio da Proibição de Excessos, usando como pano de fundo o garantismo, no entanto, quando assim o fazem, deturpam a doutrina de Luigi Ferrajoli, já que no contexto de um Estado Democrático de Direito, o Direito Penal carece também de exame através do subprincípio da Proibição da Proteção Deficiente, já que não existe tão somente um garantismo negativo, há ainda um garantismo positivo.

Novamente importa citar Lenio Luiz Streck (2007a, p. 05) para quem a convergência ideológica, que afeta grande parte dos juristas brasileiros, deve-se às influências do liberalismo clássico, pois, em matéria penal, valem-se, tão somente, do subprincípio da Proibição de Excessos, como se o cidadão, ainda que violador da ordem jurídica fosse fraco e desprotegido, sendo a missão única do Direito Penal, protegê-lo do Estado que tem essência opressora e tirana:

O que tem ocorrido de concreto nesse aspecto e dado margem ao aquecimento do debate entre penalistas de apego exacerbado ao liberalismo e os que buscam a guarida penal de bens supra-individuais, é que estes buscam introjetar na concepção de bem jurídico penal a *idéia de que uma série de valores constitucionais de feição coletiva necessitam de proteção penal*, enquanto aqueles (apegados às concepções do liberalismo clássico), resistem a tanto, obstaculizando a extensão da função de proteção penal aos bens de interesse da comunidade, sob o argumento de que tal concepção implicaria uma “indesejada ampliação das barreiras do direito penal”. De certo modo, continuam a pensar o direito a partir da idéia segundo a qual haveria uma contradição insolúvel entre Estado e Sociedade ou entre Estado e indivíduo. Para eles, o Estado é necessariamente mau, opressor, e o direito (penal) teria a função de “proteger” o indivíduo dessa opressão. Por isso, em pleno século XXI e sob os auspícios do Estado Democrático de Direito – no interior do qual o Estado e o Direito assumem (um)a função transformadora – continuam a falar na mítica figura do *Leviatã*, reprimando – para mim de forma equivocada – antiga problemática que contrapõe o Estado (mau) à (boa) sociedade (sic).

Em outra oportunidade, na mesma linha de intelecção, assegura, em arremate, que “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!” (STRECK, 2007b, p. 13).

Continuando a discussão acerca da preocupação acerca da prevalência do subprincípio da Proibição de Excessos sobre o da Proibição da Proteção Deficiente, agora se referindo claramente ao poder legislativo, Lenio Luiz Streck (2007a, p. 05) assevera:

[...], parto da premissa – e não há nenhuma novidade em dizer isto – de que a Constituição brasileira de 1988 apresenta uma direção diretiva para o Estado. Logo, em assim sendo, continuo a insistir (e acreditar) que *todas as normas da Constituição têm eficácia*, e as assim denominadas normas “programáticas” – como as que estabelecem a busca da igualdade, a redução da pobreza, a proteção da dignidade, etc. – *comandam a atividade do legislador* (inclusive e logicamente, do legislador penal), buscando alcançar o objetivo do constituinte. Esse comando (ordem de legislar) traz implícita – por exemplo, no campo do direito penal – a necessária hierarquização que deve ser feita na distribuição dos crimes e das penas, razão pela qual *o estabelecimento de crimes, penas e descriminalizações não pode ser um ato absolutamente discricionário, voluntarista ou produto de cabalas*. Em outras palavras, não há liberdade absoluta de conformação legislativa nem mesmo em matéria penal, ainda que a lei venha a descriminalizar condutas consideradas ofensivas a bens fundamentais.

Nesse sentido, se de um lado há a proibição de excesso (*Übermassverbot*), de outro há a proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Ou seja, *o direito penal não pode ser tratado como se existisse apenas uma espécie de garantismo negativo, a partir da garantia de proibição de excesso*.

Deste modo, a abordagem do Direito Penal, só por um espectro, revela-se há tempos superada, pois, hodiernamente, no estágio de complexidade que a sociedade contemporânea apresenta, se faz imprescindível que a construção e a aplicação jurídico-normativa penal não permaneça atrelada apenas a certa máxima ou determinado princípio, como *in casu* a proteção do indivíduo frente ao Estado, com fundamento no subprincípio da Proibição de Excessos, ao revés, faz-se mister que, com base na realidade socioeconômica e cultural, em especial, no retrato da criminalidade e da impunidade que reinam juntas sobre a sociedade brasileira, que se eleja valores, princípios e regras que realmente permitam o estabelecimento de um Direito Penal promotor de uma sociedade livre e pacífica, o subprincípio da Proibição da Proteção Deficiente, por exemplo, se mostra adequado a trazer o

imprescindível ponto de sensatez ao Direito Penal, o ansiado equilíbrio entre os dois referidos subprincípios.

Lenio Luiz Streck (2007b, p. 02), nesse diapasão, fazendo alusão a Zagrebelski, apregoa que:

A complexidade do mundo contemporâneo expõe a possibilidade e a necessidade de os indivíduos aspirarem não a um reduzido grupo de valores ou princípios, com uma homogeneidade de características e funções, mas, de outra forma, *a um rol axiológico e principiológico variado que possibilite a conformação normativa da vida social e coletiva do tempo presente*. Assim sendo, não deve haver a prevalência de um só valor ou de um grupo de valores que uma determinada tradição dogmática tenha tratado de conferir um alto grau de verossimilhança. *É desejável que haja uma flexibilidade na escala hierárquica de valores constitucionalizados, mediante soluções históricas e contextualizadas que permitam o desenvolvimento dos princípios constitucionais e garantam a homogeneidade do projeto de sociedade, Estado e Direito positivado.*

É justamente nessa acepção que se propõe uma (re)visão crítica em relação à análise do Direito Penal apenas através do prisma penal garantista negativo, com supedâneo exclusivamente no subprincípio da Proibição de Excessos.

O que se sugere é que o subprincípio da Proibição de Excessos não pode ser levado à derradeira consequência, sob pena de se subtrair do Direito Penal o balanceamento de sua dupla função e, assim, ao invés de se ter um Direito Penal suficientemente protetor, segundo o que exige o Estado Democrático (e Social) de Direito brasileiro, ser estabelecido (ou continuar estabelecido) um sistema jurídico-penal insuficiente quanto à proteção dos bens jurídicos indispensáveis à uma vida digna e um convívio social pacífico e ordeiro - como deve ser -, o que demonstra a imperatividade da observância do Direito Penal também pela perspectiva do subprincípio da Proibição da Proteção Deficiente para que tal quadro de desequilíbrio não seja levado adiante.

Percorrendo nessa senda, Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 24) defende que na seara do Direito Penal (tanto para o direito penal material, quanto para o processo penal) resulta inquestionável a vinculação entre os deveres de proteção, isto é, a função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela, e a teoria da proteção dos bens jurídicos fundamentais, como elemento legitimador da intervenção do Estado nesta seara, assim como a cogente e correlata aplicação do princípio da proporcionalidade e de sua interpretação conforme a Constituição.

Destarte, recomenda-se uma construção, abordagem e conseqüente aplicação do Direito Penal, considerando a dupla perspectiva do Princípio da



Proporcionalidade, ou seja, proibindo excessos, mas também, proibindo a proteção deficiente, tudo à luz de um novo enfoque da Constituição Federal, de forma a se ver efetivado os direitos fundamentais de todas as dimensões, dentro do Estado Democrático (e Social) de Direito que é o Brasil.

## 5 CONCLUSÃO

Observou-se ao longo do presente estudo que a ideia de proporcionalidade, em matéria penal, surge atrelada apenas à noção de proibição de excessos, como resposta às arbitrariedades do Estado absolutista e remonta ao Período Humanitário, em meados da segunda metade do século XVIII, devido às contribuições de Cesare Beccaria e da Escola Clássica, sob a influência do iluminismo.

Viu-se que esse pensamento se consubstanciou principalmente através da máxima de limitação do *jus puniendi* estatal, através da previsão de garantias negativas, com o objetivo de forçar o Estado a respeitar os direitos fundamentais, em especial, aqueles de primeira dimensão, como as liberdades individuais.

Pôde-se perceber que tais princípios, próprios do liberalismo clássico, influenciaram determinantemente a legislação penal de várias nações, não só à época, uma vez que prosseguiu repercutindo seus efeitos ao longo dos séculos. No Brasil, em razão do regime militar que governou o país entre 1964 e 1985, a Constituição Federal de 1988 recepcionou esses valores, buscando conferir defesa aos direitos fundamentais frente a um Estado redemocratizado muito recentemente.

Sendo assim, o legislador constituinte procurou privilegiar as garantias individuais, relacionando de maneira extensiva, princípios como o da legalidade, da anterioridade da lei penal, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da personalidade das penas, da humanidade das penas etc. pra falar só de alguns, entre tantos outros princípios que desempenham fundamental importância na seara penal, processual penal e das execuções penais pra ser mais específico; estes direitos fundamentais revelam o subprincípio da Proibição de Excessos.

Mostrou-se, no entanto, que após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil experimentou muitas transformações sociais, econômicas e políticas, de modo que apresenta uma nova conformação.

Restou demonstrado, com base no estudo que foi desenvolvido, que vige no Brasil, atualmente, um cenário de Estado Democrático (e Social) de Direito, o qual não intervém, como regra, discricionariamente, nas liberdades individuais, como nos Estados totalitários, mas, ao contrário, assume importante função de garantidor e promotor dos direitos fundamentais como um todo.

Nesse sentido, no segundo capítulo foram demonstradas certas problemáticas que dizem respeito ao Direito Penal brasileiro, a exemplo do aumento da criminalidade, do avanço dos índices de impunidade, da forte sensação de insegurança que domina a população brasileira, como forma de revelar que se há 25 anos, o Estado era a maior ameaça aos direitos fundamentais, atualmente, tal quadro não se mostra presente, no entanto, outros problemas, como os supracitados, se manifestam extremamente hostis a estes direitos. Sob esse prisma, foi ressaltado o direito social à segurança (art. 6º da CF/88) como direito fundamental que merece tratamento especial e, em seguida, foi apresentado o Direito Penal como um importante instrumento de controle social formal (controle social penal).

Seguindo essa linha conclusiva, no terceiro capítulo, viu-se que o Direito Penal, em um Estado Democrático (e Social) de Direito, deve pautar-se segundo um critério de equilíbrio, o qual é propiciado pelo Princípio da Proporcionalidade, desde que seja considerado em sua inteireza, tendo em vista suas duas facetas, a saber, o subprincípio da Proibição de Excessos e o subprincípio da Proibição de Proteção Deficiente.

Assim sendo, se por um lado, o Direito Penal reflete o dever do Estado de defender o indivíduo perante a atuação do Estado, por meio da imposição de garantias negativas, como forma de conferir segurança aos direitos individuais (Proibição de Excessos); deve, por outro lado, levar em consideração o subprincípio da Proibição da Proteção Deficiente, que constitui um verdadeiro dever de proteção do Estado, em favor do indivíduo, contra as violações aos seus bens jurídicos por parte de terceiros (imperativo de tutela).

Pôde-se coligir, assim, que diante da imprescindível garantia e proteção aos direitos fundamentais de todas as dimensões, faz-se necessário que exista a observância, em matéria penal, do Princípio da Proporcionalidade em toda a sua amplitude, tanto quando do trabalho do poder legiferante, como quando da interpretação e aplicação das leis.

Portanto, o Direito Penal brasileiro deve ser revisto, à luz da Constituição Federal, levando em consideração a realidade social, econômica e política atual, bem como, as problemáticas que enfrenta o país; passando a ser encarado, tendo em vista o panorama em que está inserido, qual seja, de um Estado Democrático (e Social) de Direito, deste modo, deve-se ter em mente a segurança das pessoas e a

proteção de seus bens jurídicos, das violações por parte da criminalidade, e, em consequente análise, a garantia da paz social e da ordem pública, de modo que seja, cada vez mais, desenvolvido no sentido de tutelar conjunturas que antes não se mostravam presentes com tanta nitidez, mas que hoje se apresentam como carecedoras do amparo do Direito Penal.

Em arremate, ficou manifestado que o Direito Penal é uma importante ferramenta de promoção e garantia de direitos fundamentais e não supressor; ante a nova função que assume, qual seja, de instrumento de transformação social visa, antes de mais nada, assegurar uma sociedade harmônica, pacífica e ordeira, em que o cidadão tem proteção, por parte do Estado, a todos os seus direitos fundamentais e não apenas a parcela deles, tudo com supedâneo no Princípio da Proporcionalidade e na sua interpretação conforme a Constituição Federal de 1988.

## REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BverfGE 88, 203 - Schwangerschaftsabbruch II**. 1993. Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv088203.html#Opinion>>. Acesso em: 28 ago. 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimp. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra, 1992.

AURÉLIO, Daniel Rodrigues. **O animal político**. Revista Filosofia. Editora Escala, 2010. Disponível em: <<http://filosofia.uol.com.br/filosofia/ideologia-sabedoria/23/o-animal-politico-para-aristoteles-o-homem-e-um-178984-1.asp>>. Acesso em: 02 jul. 2013.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BECCARIA, Cesar. **Dos delitos e das penas**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. **Controle Social e Direito Penal**. Atualidades do Direito. 13 fev. 2013. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/alicebianchini/2013/02/13/controle-social-e-direito-penal-2/>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

BRASIL. **Código Criminal de 1830**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm)>. Acesso em: 14 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. **Constituição Política do Império do Brasil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm)>. Acesso em 14 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto n.º 1.127, de 06 de dezembro de 1890.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/infdoc/novoconteudo/legislacao/republica/leisoce rizadas/leis1890decretos01a31-dez.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto n.º 22.213, de 14 de dezembro de 1932.** Código Penal Brasileiro, completado com as leis modificadoras em vigor. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=42869>>. Acesso em: 17 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto n.º 847, de 11 de outubro de 1890.** Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <[http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=847&tipo\\_norma=DEC&data=18901011&link=s](http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=847&tipo_norma=DEC&data=18901011&link=s)>. Acesso em: 16 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. **Decretos do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil.** Décimo segundo fascículo, de 1 a 31 de dezembro de 1890. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891, p.3.991. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/infdoc/novoconteudo/legislacao/republica/leisoce rizadas/leis1890decretos01a31-dez.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984.** Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 10.741, de 01 de outubro de 2003.** Estatuto do Idoso. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. **Primeiro relatório consolida dados sobre Tráfico de Pessoas no Brasil.** Brasília, DF, 29 abr. 2013. Disponível em:

<[\\_\\_\\_\\_\\_. Ministério da Saúde. Portal da saúde. \*\*Abuso sexual é o segundo maior tipo de violência\*\*. Brasília, DF, 22 maio 2012b. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/noticia/5242/162/abuso-sexual-e-o-segundo%3Cbr%3E-maior-tipo-de-violencia.html>>. Acesso em: 28 jul. 2013.](http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={02FA3701-A87E-4435-BA6D-1990C97194FE}&BrowserType=NN&LangID=pt-br&params=itemID%3D{972FBB58-F426-4450-A8D4-1F4264D8A039}%3B&UIPartUID={2218FAF9-5230-431C-A9E3-E780D3E67DFE}>. Acesso em: 02 ago. 2013.</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

\_\_\_\_\_. Portal de Estado. Revista de História da biblioteca nacional. **Períodos Históricos: colônia**. Brasília, DF, [201-a]. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/sobre/o-brasil/periodos-historicos>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. Portal de Estado. Revista de história da biblioteca nacional. **Períodos históricos: império**. Brasília, DF, [201-b]. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/sobre/o-brasil/periodos-historicos/imperio>>. Acesso em: 12 de jul. 2013.

\_\_\_\_\_. Portal de Estado. Revista de história da biblioteca nacional. **Períodos históricos: república**. Brasília, DF, [201-c]. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/sobre/o-brasil/periodos-historicos/brasil-republica>>. Acesso em: 12 de jul. 2013.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado, Nº 236/12**. Brasília, DF, 2012a. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=106404](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404)>. Acesso em: 18 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.096-5**. Relatora: Min. Carmem Lúcia. DJ. 03 set. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3096&processo=3096>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. Parte Geral. T. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CALHAU, Lélío Braga. **Resumo de criminologia**. 6. ed. Niterói: Editora Impetus, 2011.

CALHAU, Lélío Braga. **Resumo de criminologia**. 6. ed. Niterói: Editora Impetus, 2011.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. Parte Geral. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas (São Paulo): LZN, 2002. v. 1.

CHADE, Jamil. Crime organizado tem mais que o dobro das armas da polícia no Brasil. **O Estadão**, São Paulo, 19 out. 2010. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,crime-organizado-tem-mais-que-o-dobro-das-armas-da-policia-no-brasil,626571,0.htm>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Métodos e princípios da interpretação constitucional**. Instituto Brasiliense de Direito Público, ISSN 1981 3759, v. 1. n. 3. 2003. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/46/23>>. Acesso em: 05 abr. 2013.

COSTA JR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. **Curso de Direito Penal**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal**. Parte Geral. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. v. 1.

DUARTE, Alessandra; BENEVIDES, Carolina. Brasil é negligente com perícia e impunidade; como resultado, apenas 10% dos homicídios são elucidados. **O Globo**. 24 set. 2011. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/politica/brasil-negligente-com-pericia-impunidade-como-resultado-apenas-10-dos-homicidios-sao-elucidados-2694252#ixzz2cx1pIKL3>>. Acesso em: 06 jul. 2013.

DUTRA, Luiz Henrique de Araújo. **Claude Bernard e o determinismo mental**. Revista natureza humana. [online], 2003, v. 5, n. 2. p. 351-391 (ISSN 1517-2430). Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1517-24302003000200003&script=sci\\_arttext](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1517-24302003000200003&script=sci_arttext)>. Acesso em: 05 jul. 2013.

FERNANDES, Renato Corona. **Índice de percepção da corrupção**. Federação das Indústrias do Estado de São Paulo. Departamento de Competitividade e Tecnologia, ago. 2011. Disponível em: <[www.fiesp.com.br/arquivo-download/?id=1928](http://www.fiesp.com.br/arquivo-download/?id=1928) >. Acesso em: 05 ago. 2013.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Século XXI: minidicionário da língua portuguesa**. 5. ed. Rio de Janeiro: nova fronteira, 2001.



FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime**. Tradução de Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1998.

GARÓFALO, Rafael. Arquivo histórico do Senado da república da Itália. Disponível em:  
<<http://notes9.senato.it/Web/senregno.NSF/643aea4d2800e476c12574e50043faad/938a0b49bd33a3a64125646f005c0807?OpenDocument>>. Acesso em: 07 jul. 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Proibição de Proteção Deficiente**. 16 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: Acesso em: 06 de abr. de 2013.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos de. **Criminologia**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICAS. **47,2% das pessoas não se sentem seguras na cidade em que moram**. 15 dez. 2010. Disponível em: <<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&busca=1&idnoticia=1786>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

LAPLACE, P. S., **A philosophical essay on probalities**. New York: Dover publications, 1951. *Apud*. LAURENTI, Carolina. **Determinismo, Probabilidade e Análise do Comportamento**. Universidade Estadual de Maringá. Temas em psicologia, 2008, v. 16, n. 2. p. 171-183 (ISSN 1413-389x). Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_pdf&pid=S1413-389X2008000200003&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_pdf&pid=S1413-389X2008000200003&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt)>. Acesso em: 07 jul. 2013.

MANNHEIM, Karl. **Sociologia Sistemática: uma introdução ao estudo de sociologia**. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1971.

MARQUES, Fernanda. **Estudo analisa tendências da epidemia de AIDS no Brasil**. Instituto de Comunicação e Informação Científica e Tecnológica em Saúde (Icict/Fiocruz). 29 ago. 2013. Disponível em:  
<<http://www.fiocruz.br/ccs/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=2616&query=simple&search%5Fby%5Fauthorname=all&search%5Fby%5Ffield=tax&search%5Fby%5Fheadline=false&search%5Fby%5Fkeywords=any&search%5Fby%5Fpriority=all&search%5Fby%5Fsection=all&search%5Fby%5Fstate=all&search%5Ftext%5Foptions=all&sid=9&site=ccs&text=tend%EAncias+da+epidemia+de+Aids>>. Acesso em: 01 ago. 2013.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Brasília: Revista Jurídica Virtual, v. 2, n. 13. jun. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_14/direitos\\_fund.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **Brasil é o terceiro país com mais homicídios na América do Sul**. 06 out. 2011. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/estudo-do-unodc-mostra-que-partes-das-americas-e-da-africa-registram-os-maiores-indices-de-homicidios/>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. **Crime organizado transnacional gera 870 bilhões de dólares por ano, alerta campanha do UNODC**. 16 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/crime-organizado-transnacional-gera-870-bilhoes-de-dolares-por-ano-alerta-campanha-do-unodc/>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

NAÇÕES UNIDAS. **Report of the International Narcotics Control Board for 2012**. New York, 2013. Disponível em: <[http://www.antidrogas.com.br/conteudo\\_unodc/AR\\_2012\\_E.pdf](http://www.antidrogas.com.br/conteudo_unodc/AR_2012_E.pdf)>. Acesso em: 29 jul. 2013.

NISKIER, Arnaldo. **Hormônios e agressividade**. Correio Braziliense, 2010. Disponível em: <<http://www.academia.org.br/abl/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=10480&sid=705>>. Acesso em: 07 jul 2013.

OLIVIERI, Antonio Carlos. **Índios: O Brasil antes do descobrimento**. Pedagogia & Comunicação. 31 jul. 2005. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia-brasil/indios-o-brasil-antes-do-descobrimto.htm>>. Acesso em: 12 jul. 2013.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <[http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_direitoshumanos.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php)>. Acesso em 25 jul. 2013.

ORDENAÇÕES AFONSINAS: Livro V. Reprodução *fac-símile* da edição feita na Real Imprensa da Universidade de Coimbra, em 1797. Fundação Calouste Gulbenkian, Coimbra, 1985. Disponível em: <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>>. Acesso em: 13 de jul. 2013.

OSÉIAS. In: **A BÍBLIA**: Tradução de João Ferreira de Almeida. Brasília-DF: Sociedade bíblica do Brasil, 1992.

PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. Bauru: Jalovi, 1980.

REVISTA AREÓPAGO JURÍDICO. **Código de Hamurabi**. abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/Edicao6/c%C3%B3digo%20de%20hamurabi.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2013.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

SANTIAGO, Emerson. **Ordenações Afonsinas**. InfoEscola, [entre 2006 e 2013]. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/direito/ordenacoes-afonsinas/>>. Acesso em: 13 de jul. 2013.

SANTIN, Valter Foleto. **Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência**. 12 jul. 2005. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=53](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=53)>. Acesso em: 04 de abr. de 2013.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SINDICATO NACIONAL DOS PROCURADORES DA FAZENDA NACIONAL. **SINPROFAZ lança Sonômetro**. 05 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.sinprofaz.org.br/s/noticias/sinprofaz-lanca-sonogometro>>. Acesso em: 05 ago. 2013.

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**. 17 set. 2007a. 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: 02 de abril de 2013.

\_\_\_\_\_. **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?”**. 11 jul .2008. 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: 02 de abril de 2013.

\_\_\_\_\_. **O Princípio da Proibição de Proteção Deficiente (Untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico**. 19 nov. 2007b. 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: 02 de abril de 2013.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Corruption Perceptions Index 2012**. 2012. Disponível em: < <http://www.transparency.org/cpi2012/results> >. Acesso em: 05 ago. 2013.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2010: Anatomia dos homicídios no Brasil**. São Paulo: Instituto Sangari, 2010. Disponível em:  
<<http://mapadaviolencia.org.br/mapa2010.php>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. **Mapa da Violência 2013: Mortes matadas por arma de fogo**. Centro Brasileiro de Estudos Latino-americanos, 2013. Disponível em:  
<[http://mapadaviolencia.org.br/mapa2013\\_armas.php](http://mapadaviolencia.org.br/mapa2013_armas.php)>. Acesso em: 25 jul. 2013.