

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

BEATRIZ CRISTINA SOARES GONZAGA

**O DIREITO PENAL E AS DUAS FACES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE:
EXCESSOS E INSUFICIÊNCIAS POR PARTE DO ESTADO NA EXECUÇÃO DA PENA
E NA VALORAÇÃO DA PROVA**

São Paulo

2022

BEATRIZ CRISTINA SOARES GONZAGA

Trabalho de Graduação
Interdisciplinar apresentado como
requisito para obtenção do título de
Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

ORIENTADOR: PROF. MS. ANDRÉ BOIANI E AZEVEDO

São Paulo

2022

BEATRIZ CRISTINA SOARES GONZAGA

O DIREITO PENAL E AS DUAS FACES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE:
EXCESSOS E INSUFICIÊNCIAS POR PARTE DO ESTADO NA EXECUÇÃO DA PENA
E NA VALORAÇÃO DA PROVA

Trabalho de Graduação
Interdisciplinar apresentado como
requisito para obtenção do título de
Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Examinador: Prof. Ms. André Boiani e Azevedo

Examinadora: Prof.^a Dra. Ana Flávia Messa

Examinador: Prof. Dr. Marcelo Barone

Ao Autor da minha vida – Jesus Cristo - toda honra e toda glória, pois sem Ele sequer a minha existência seria possível.

AGRADECIMENTOS

Início estes agradecimentos referindo-me Àquele que me permitiu ingressar nesta faculdade tão honrosa e trilhar um caminho acadêmico brilhante ao lado de amigos enriquecedores e profissionais de excelência. Obrigada, Deus.

Faço um agradecimento muitíssimo especial também à minha família, pois ela foi fundamental durante essa trajetória, alegrando-se comigo em todos os momentos de felicidade e me abraçando nos momentos de tensão. Ela me deu todo o apoio material e emocional necessários.

Não poderia deixar de externar imensa gratidão às parceiras fiéis que a graduação me deu, Luíza Carvalho e Eduarda Alaminos, com quem pude contar em todos os momentos, dentro e fora da faculdade, e compartilhar as experiências e conhecimentos que esse curso tão maravilhoso me trouxe. Em nome delas prolongo este agradecimento a todos os meus demais amigos, que em tantos momentos tiveram de ser compreensíveis para suportar minha ausência em razão da minha dedicação quase que exclusiva à faculdade em determinados períodos.

Por fim, deixo o meu agradecimento ao corpo docente da Faculdade Presbiteriana Mackenzie, que com muito respeito e carinho me ajudou a formar uma base sólida de conhecimento, tanto para o mundo jurídico quanto para a vida adulta. Estendo também minha gratidão aos demais funcionários da Instituição, que contribuíram para que esses cinco anos fossem inesquecíveis.

Não fui eu que ordenei a você? Seja forte e corajoso! Não se apavore nem desanime, pois o Senhor, o seu Deus, estará com você por onde você andar.

Josué 1:9

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a atuação do Estado no que se refere à prestação da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais em face da sociedade, uma vez que a falta de equilíbrio no exercício desta proteção acaba por gerar extremos tanto positivos (excesso) quanto negativos (insuficiência). Diante desse cenário, o princípio da proporcionalidade surge como um instrumento de ponderação entre os extremos opostos e tem como escopo primordial equilibrar a oferta da tutela jurisdicional, norteando o Estado. Ciente desta problemática, o objetivo da presente pesquisa é apresentar o desdobramento do princípio da proporcionalidade e suas principais características, fazendo, inclusive, uma análise comparativa entre as suas faces no direito penal material e processual.

PALAVRAS-CHAVE: Proporcionalidade. Excesso. Insuficiência. Tutela Jurisdicional. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

This paper seeks to analyze the state's action regarding the provision of judicial protection of fundamental rights vis-à-vis society, since the lack of balance in the exercise of this protection ends up generating both positive (excess) and negative extremes (insufficiency). In this scenario, the principle of proportionality emerges as an instrument of wariness between opposite extremes and has as its primary scope to balance judicial protection, guiding the State. Aware of this problem, the objective of this research is to present the unfolding of the principle of proportionality and its main characteristics, including a comparative analysis between its faces in material and procedural criminal law.

KEYWORDS: Proportionality. Excess. Inadequacy. Judicial Protection. Fundamental Rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 O SIGNIFICADO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	12
1.1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E AS SUAS DUAS FACES	13
1.2 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL E A PROTEÇÃO DEFICIENTE.....	18
1.3 UMA ANÁLISE SOBRE A OBSERVÂNCIA E APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO	20
2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE QUANTO À EXECUÇÃO DA PENA.....	29
2.1 REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD) COMO EXPRESSÃO DO EXCESSO ESTATAL NA LEP	31
2.2 OS EXCESSOS NA EXECUÇÃO PENAL CAUSADOS PELA LEI 13.964/2019.....	35
2.3 ESTRATÉGIAS ESTATAIS PARA REPARAÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE	37
3 VALORAÇÃO DA PROVA NO CONTEXTO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	40
CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS.....	46

INTRODUÇÃO

Os princípios constitucionais são mandamentos norteadores para a razoável aplicação, interpretação e conhecimento do direito positivo, haja vista que valora ideais essenciais que fazem parte do núcleo duro do Estado Democrático de Direito, como por exemplo, o devido processo legal, que garante a retidão e a impessoalidade do processo.

Neste sentido, o presente artigo analisará em larga escala o princípio da proporcionalidade, que busca encontrar o equilíbrio entre as faces de sua dicotomia: o excesso e a insuficiência na prestação da tutela jurisdicional pelo Estado. Tal axioma está previsto implicitamente na Constituição Federal de 1988 e possui grande relevância para a aplicação justa e adequada dos preceitos e normas processuais penais aos casos concretos.

A observância do princípio em testilha por parte dos operadores do Direito - sobretudo por aquele que detém o poder decisório, quem seja, o juiz - é uma temática bastante postulada nos tribunais superiores, o que explica a busca por um direito penal garantista, que, de certo modo, traduza uma resposta penal do Estado que assegure a famigerada “segurança jurídica”. Isso porque há um anseio social pela garantia dos direitos fundamentais previstos na Carta Magna, independentemente do delito cometido, tendo em vista que a lei deve apregoar e proteger direitos de forma ampla, universal e generalizada, isto é, sem fazer acepção.

É por este motivo, tendo em vista a importância dos princípios constitucionais e do equilíbrio estatal no desempenho da sua função de punir, que no decorrer deste trabalho será demonstrada a imprescindibilidade da observância, aplicação, interpretação e conhecimento do princípio da proporcionalidade, pois a sua dispensa acarreta boicote expressivo à prestação da tutela jurisdicional à sociedade, dando margem, por exemplo, para a aplicação discricionária da lei e para a validação da arbitrariedade do poder de punir do Estado, ferindo outros preceitos essenciais do ordenamento jurídico, como o princípio do juiz natural, da ampla defesa, do contraditório e da individualização da pena com base em critérios subjetivos.

É seguindo esta linha de raciocínio que se encontra a explicação da busca incessante, e por vezes cega, do Estado em se apresentar como suficiente garantidor dos direitos básicos, suprimindo toda e qualquer possibilidade de alegação de uma proteção deficiente em relação a tais direitos. O que pode atestar essa afirmação de forma evidente é a sentença condenatória lastreada no clamor público, que é veementemente rechaçada pela Constituição Federal em seu art. 93, inciso IX, dispositivo que trata da necessidade de fundamentação das decisões.

A sentença que condena o réu às penas do crime de roubo, por exemplo, com base na indignação social, representa, antes de tudo, uma falha do Estado no que tange à segurança

pública. Posteriormente, este mesmo Estado que se mostrou insuficiente na prestação de um dever, tenta reparar o dano por meio de penas severas, com caráter retributivo e preventivo geral, só para efeitos de aparência.

Outro exemplo que coloca em xeque a eficiência estatal no que diz respeito à prestação do seu ofício é a morosidade da máquina pública, haja vista que essa problemática acaba por descredibilizar instrumentos que são importantes para a formação do juízo de culpa em relação ao acusado, tal como a prova de reconhecimento pessoal. Quanto maior o lapso temporal entre a ocorrência do fato delituoso e a produção desta prova, maior a probabilidade de falha da memória humana e menor a possibilidade de um reconhecimento fidedigno, o que, certamente, induz a erro o judiciário, levando a condenações enganosas, sobretudo nos casos em que tal prova é supervalorizada e tida como base para a decisão do mérito.

Assim, de forma sucinta, no próximo capítulo será reforçada a importância e o significado dos princípios constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro, a seguir enveredando a temática para um princípio específico, qual seja, o princípio da proporcionalidade e as suas duas faces, bem como sua importância e aplicabilidade. Em seguida, de forma mais focada, analisaremos a execução penal à luz do referido princípio. Por fim, será feita uma significativa explanação dos casos em que determinadas provas são supervalorizadas, representando o sistema da prova tarifada -resquício do processo penal inquisitório- bem como serão analisadas as consequências da valoração da prova no moroso contexto da tutela jurisdicional oferecida pelo Estado. Ao final, uma conclusão será elaborada a fim de sintetizar a pesquisa realizada.

1 O SIGNIFICADO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A palavra “princípio” possui diversos sentidos, os quais variam de acordo com o contexto em que estão inseridos, mas o termo em si está sempre condicionado a um mesmo significado, qual seja, acepção de início, começo. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio, na Constituição Federal, “exprime a noção de mandamento nuclear de um sistema”.¹ O jurista Bonavides também segue a mesma linha de pensamento.² Para ele, princípios consistem na “chave de interpretação dos textos constitucionais”, não tendo apenas uma função de organização, estrutura e competência, mas de eficiente proteção e garantia dos direitos individuais e coletivos.

Cunha, por sua vez, alerta que princípio “não significa o que está em primeiro lugar, mas aquilo que é colocado em primeiro lugar, que merece estar em primeiro lugar”,³ o que demonstra a importância da sua essência valorativa, uma vez que algo que é posto como primordial revela exitosa relevância.

Nesta senda, cumpre salientar que o sentido de princípio se expressa de várias maneiras e Cunha trata de algumas delas em sua obra. Neste sentido, o princípio pode adotar cinco sentidos diferentes, quais sejam, i) fundamento, ii) causa, iii) ideia, iv) finalidade e v) forma.

No que tange o primeiro:

Fundamento é o que está no fundo, aquilo que suporta a coisa [...] O fundamento de um edifício (seus alicerces) é o que lhes dá suporte, aquilo sem o que ele derruiria. As coisas começam a se construir, ou a existir, a partir de seus fundamentos. Nesse sentido, todo fundamento é um princípio.⁴

Considerando que todo fundamento é um princípio, é possível inferir que todo princípio é objeto material apto para formar a base sólida de embasamentos e argumentações, ou seja, princípio é também um fundamento.

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 54.

² BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. apud STRECK, Maria Luiza Schafer. **O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. 2008. 161 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2008.

³ CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book. p. 9.

⁴ *Ibidem*. p. 13.

De outro giro, princípio no sentido de causa, de acordo com Cunha,⁵ explica-se pelo fato de que existem cenários compostos por elementos que não necessitam de uma sustentação fixa, ou melhor, uma base concreta, para que se possa entender a sua existência, pois são mutáveis, como também há situações em que se encontram dificuldade para identificar o real motivo da existência daquele objeto, simplesmente porque não há um histórico de explicações e quando alguém se apresenta diante dele, ele já existia, não sendo possível identificar seus fundamentos, isto é, a sua gênese. Logo, no caso em que se mostra inviável reconhecer a base de apoio e quando não há fundamento passível de identificação, o sentido de princípio toma como indumentária o significado de causa, sendo, portanto, toda causa, um princípio.

Seguindo nesta linha, em terceiro lugar cumpre salientar que ideia também corresponde a um dos sentidos de princípio, tendo em vista que toda causa surge a partir de uma ideia. São as chamadas

[...] causas ideadas que não se encontram previamente na realidade material, mas foram ali colocadas pelos homens. As coisas construídas pelo homem existem a partir das ideias que, antes de que existissem, se fez delas. Nesse sentido de enunciado modelar, toda ideia é um princípio.⁶

No que se refere ao sentido de finalidade, para Cunha, todos os sentidos já explorados acima são causas finais, isto é, representam o objetivo que se pretende alcançar com elas e é a partir deste propósito finalístico que se projetam os fundamentos, por exemplo – sentido de princípio supracitado. Deste modo, toda finalidade é, também, um princípio.⁷

Por fim, no que concerne ao último sentido de princípio, a forma, trazido pelo autor em sua obra,⁸ a forma é um dos principais critérios para atestar a validade de alguns atos jurídicos, pois os reveste de caracteres indispensáveis exigidos pela norma legal. Sendo assim, toda forma é um princípio.

1.1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E AS SUAS DUAS FACES

Historicamente, o princípio da proporcionalidade nasceu na seara do Direito Administrativo como um freio ao poder de polícia estatal, com o escopo de garantir a liberdade individual em face dos interesses do Estado absolutista monárquico, bem como para servir de

⁵ CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book.

⁶ Ibidem. p. 13.

⁷ CUNHA, op. cit.

⁸ Ibidem.

“controle de poder, devido a total incompatibilidade entre a monarquia absoluta e os anseios burgueses, que buscavam uma nova sociedade com garantias individuais e econômicas, principalmente”.⁹ Alguns autores asseguram que o princípio em testilha se põe no Direito Penal por intermédio da obra *Dos Delitos e das Penas*, de Cesare Beccaria, que traz em sua narrativa uma ideia de proporcionalidade da pena justa entre a conduta e o crime.¹⁰ Segundo Beccaria, “se uma pena igual é destinada a dois delitos que ofendem desigualmente a sociedade, os homens não encontrarão um obstáculo forte o suficiente para não cometer um delito maior, se dele resultar uma vantagem maior.”¹¹

Hoje há diversos apontamentos sobre a gênese do princípio da proporcionalidade. Bonavides aposta como essência o princípio da igualdade.¹² Já Tavares, o princípio do devido processo legal, no sentido de previsão legal das garantias jurídicas.¹³ Por outro lado, no âmbito internacional, pelo fato de as cláusulas gerais inseridas em tratados e declarações oferecerem resguardo à proporcionalidade, Ramos tira como conclusão que existem três fundamentos implícitos reconhecidos pela Corte Europeia de Direitos Humanos que fundamentam a origem do princípio da proporcionalidade: “as hipóteses previstas de restrições aos direitos humanos baseadas no interesse público, as necessárias a uma sociedade democrática e aquelas derivadas de outros direitos contidos na Convenção Europeia de Direitos Humanos”.¹⁴

Neste mesmo diapasão cumpre salientar que apesar dos variados apontamentos supracitados, a proporcionalidade pode ser vista como uma régua que pondera valores e princípios conflitantes. Neste sentido, Rothenburg defende que enquanto os princípios, como normas legais, possuem função cogente, a proporcionalidade funciona como “regra de interpretação e de aplicação do direito.”¹⁵(grifo nosso). O autor ainda acrescenta que “a

⁹ BARROS, Suzana Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília jurídica, 1996, p. 33-34. apud STRECK, Maria Luiza Schafer. **O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. 2008. 161 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2008. p. 53.

¹⁰ CAROLLO, João Carlos Correa de Oliveira. **O princípio nemo tenetur se deterege e sua necessária conformação ao princípio da proporcionalidade**: um mecanismo imprescindível para obtenção do garantismo penal integral. 2012. 174 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <https://portal.estacio.br/media/3101/joao-carollo-2012.pdf>. Acesso em: 14 out. 2022.

¹¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 53.

¹² BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. apud ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2014.

¹³ TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. apud ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2014.

¹⁴ RAMOS, André de Carvalho. Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. apud ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2014.

¹⁵ ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios constitucionais. 2. tir. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. apud ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2014.

proporcionalidade apenas diz como devemos proceder quando houver conflito entre determinados direitos. Trata-se, pois, de um critério, uma régua, uma ferramenta”.¹⁶

Deste modo, em se tratando este princípio de um medidor capaz de ponderar a intervenção estatal em face de determinado direito fundamental, por exemplo, a fim de sopesar ideais, fica clara a sua imprescindibilidade no que tange ao interesse social. Ainda, é importante destacar as ramificações decorrentes do princípio em questão, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Dessarte, em relação à adequação, também conhecida como princípio da idoneidade ou conformidade, entende-se que adequado não é apenas o meio cujo emprego obtém o fim desejado, mas também quando, mediante a utilização deste meio, torna-se possível lograr o resultado desejado contribuindo para a efetivação deste fim. Transportando tal ideal para o direito penal, deve-se notar, *prima facie*, qual será o bem jurídico tutelado pela norma penal questionada. A partir desta análise, é possível avaliar a conduta do legislador, ou seja, se ele incorreu em excesso evidente quando da definição mínima e máxima da pena ou não.¹⁷

Em se tratando da necessidade ou princípio da exigibilidade, também chamado como intervenção mínima do estado, há que se falar em indicação da medida menos gravosa, dentre as mais eficazes e disponíveis para o objetivo desejado.

Daniel Sarmento, inspirado por Canotilho, anota que o subprincípio da necessidade deve englobar

- a) a necessidade material, pois o meio deve ser o mais ‘poupado’ possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a exigibilidade espacial, que aponta para a necessidade de limitar o âmbito a intervenção; c) a exigibilidade temporal, que pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva pelo poder público; d) a exigibilidade pessoal que significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas, cujos interesses devem ser sacrificados.¹⁸

¹⁶ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2014. p. 106.

¹⁷ FELDENS, Luciano. A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. apud CAROLLO, João Carlos Correa de Oliveira. **O princípio nemo tenetur se deterege e sua necessária conformação ao princípio da proporcionalidade**: um mecanismo imprescindível para obtenção do garantismo penal integral. 2012. 174 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <https://portal.estacio.br/media/3101/joao-carollo-2012.pdf>. Acesso em: 14 out. 2022.

¹⁸ SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 89. apud CAROLLO, João Carlos Correa de Oliveira. **O princípio nemo tenetur se deterege e sua necessária conformação ao princípio da proporcionalidade**: um mecanismo imprescindível para obtenção do garantismo penal integral. 2012. 174 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <https://portal.estacio.br/media/3101/joao-carollo-2012.pdf>. Acesso em: 14 out. 2022.

De outro giro, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito busca atingir, segundo Wilson Antônio Steinmetz¹⁹, um grau de “justa medida”, objetivando o “equilíbrio da intervenção estatal em determinado direito fundamental”.²⁰

Em suma, a partir desta análise das subdivisões, infere-se que

a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas.²¹

É o que também explica Humberto Ávila:

o postulado da proporcionalidade não se confunde com a ideia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).²²

Verificados alguns aspectos do princípio da proporcionalidade no tocante à origem e as suas subdivisões, é possível neste momento ingressar na análise de suas duas vertentes - opostas e extremas, diga-se de passagem -, quais sejam, o princípio da proporcionalidade pró-indivíduo e o princípio da proporcionalidade pró-Estado.

¹⁹ STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 154. apud. ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2014. p. 101.

²⁰ RAMOS, André Carvalho. Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 171. apud. ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2014. p. 102.

²¹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros. apud SENRA, Carolina Maria Gurgel. Princípio da proibição da insuficiência: o dever do estado de proteção mínima aos direitos sociais fundamentais. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 81, p. 127-153, set. 2021. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2360635/Carolina+Maria+Gurgel+Senra.pdf>. Acesso em: 14 out. 2022.

²² ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 174. apud ROSÁRIO, Jéssica Caçula. **Da restrição dos direitos fundamentais frente ao princípio da proibição da proteção deficiente do estado no combate ao crime organizado**. 2013. 85 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade de Direito de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2013.

A primeira vertente do princípio da proporcionalidade está relacionada à proibição do excesso - que também pode ser visto como uma interpretação do Direito Penal com aspecto liberal-iluminista -, devendo o Estado limitar o seu direito de punir visando a manutenção das garantias individuais dos cidadãos. De outra banda, a segunda vertente diz respeito ao princípio da proporcionalidade pró- Estado, que concebe a proibição da proteção deficiente, isto é, o dever imperativo do Estado no que concerne à prestação da tutela jurisdicional de forma comissiva e eficaz.

Em paralelo a essa análise da dupla função do princípio da proporcionalidade está a dicotomia funcional inerente ao histórico de elaboração da Constituição Federal de 1988, que é a base legal deste princípio, uma vez que seu texto normativo impõe limite à atuação do Estado e, por outro lado, o dever de tutela para o Estado em relação aos seus cidadãos.

Neste sentido, discorre Lenio Streck:

Repita-se: 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 (art. 5º Caput da Constituição do Brasil).²³

Contudo, o que muito se observa, na realidade, é a hipervalorização do princípio da proporcionalidade em seu viés pró-indivíduo por alguns operadores do direito que se embasam num garantismo imoderado, sem um filtro crítico. Um exemplo prático que pode ilustrar a afirmação é a defesa com afinco em favor da liberdade do réu em toda e qualquer situação, como se este fosse um direito absoluto.

No entanto, essa linha defensiva carente de razoabilidade tende a nocautear o interesse coletivo no que diz respeito, por exemplo, à garantia de um processo justo e legal, conduzido em observância ao devido processo, nos casos em que o réu solto ameaça às testemunhas do processo, colocando em xeque a instrução processual.

Essa corrente excessivamente garantista é infundada, uma vez que, em que pese nenhum cidadão poder ser privado de sua liberdade por atos arbitrários do Estado, isto é, sem

²³ STRECK, Lenio Luiz, **O princípio da proibição de proteção deficiente (untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista clássico**. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/criminal/doutrina>. Acesso em: 22 maio 2022.

observância de suas garantias fundamentais constitucionais, não há que se falar, de forma razoável, na eleição do direito à liberdade como absoluto. Diante desse tipo de situação, o Estado, como titular do direito de punir, deve oferecer uma resposta à sociedade pautada no princípio do livre convencimento motivado, encoberto de uma análise equilibrada do conjunto probatório, figurando como agente protetor eficiente dos direitos fundamentais, fazendo jus ao princípio da proporcionalidade pró-Estado.

Sarlet, ao falar sobre a proibição da proteção deficiente na esfera penal, assim expõe:

[...] 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 nesse sentido que como contraponto à assim designada proibição de excesso expressiva doutrina e inclusive jurisprudência têm 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*).²⁴

Em suma, o que se propõe é uma aplicação razoável do direito com vistas a assegurar um devido processo legal permeado pela funcionalidade dos direitos fundamentais, utilizando-se da proibição tanto do excesso quanto da proteção deficiente tendo por base o princípio da proporcionalidade como instrumento final para a ponderação de interesses nos casos concretos.

1.2 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL E A PROTEÇÃO DEFICIENTE

O princípio da proteção integral, previsto no art. 227 da CRFB, quando superficialmente analisado e tomado fora de contexto pode ser interpretado como um excesso do estado na proteção de um direito - face oposta da proteção deficiente -, justamente pela sua nomenclatura que expressa uma ideia de tutela transbordante, além dos limites, o que não é verdade, tendo em vista que ele visa a proteção de agentes vulneráveis, quais sejam, a criança e o adolescente.

Deste modo, o princípio da proteção integral, em abstrato, em vez de ser lido como sendo representativo de uma das faces do princípio da proporcionalidade, pode ser justificado pelo próprio princípio da proporcionalidade, que representa equilíbrio, haja vista que ele denota

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 10, p. 303-354, 2006. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2134/655>. Acesso em: 14 set. 2022.

o Estado, a família e a sociedade²⁵ como garantidores de direitos de pessoas indefesas, de modo a protegê-las das mazelas sociais e de abusos e perigos externos da vida cotidiana durante a sua fase de amadurecimento.

De acordo com Nucci, “a proteção integral é princípio da dignidade da pessoa humana (art.1.º, III, CF) levado ao extremo quando confrontado com idêntico cenário em relação aos adultos”,²⁶ o que demonstra a elevada importância da dignificação da vida dos infantes e jovens, de modo a superar entraves encontrados na legislação ordinária que deturpam o gozo de bens e direitos destes sujeitos.

Entretanto, a ausência, sobretudo, de políticas públicas e de uma atualização da legislação que alberga os direitos da criança e do adolescente faz com que os direitos positivados não sejam de fato exercidos, nocauteando o objetivo primeiro, qual seja, o da real proteção, visto que a existência de uma norma por si só não é suficiente para que ela seja efetiva.

Neste sentido, Nucci assevera:

[...] a maximização da proteção precisa ser eficaz, vale dizer, consolidada na realidade da vida – e não somente prevista em dispositivos abstratos. Assim não sendo, deixa-se de visualizar a proteção integral para se constatar uma proteção parcial, como outra qualquer, desrespeitando-se o princípio ora comentado e, acima de tudo, a Constituição e a lei ordinária.²⁷

Desta maneira, o princípio da proteção integral, que pode ser visto como um excesso do Estado se não contemplado em um contexto adequado, acaba, na prática, por recair sobre a face do princípio da proporcionalidade que denota a proteção insuficiente.

O Ministro Gilmar Mendes, relator do Habeas Corpus nº 104.410 do Rio Grande do Sul, ao preferir acórdão em 06.03.2012 citou Bundesverfassungsgericht, que se pronunciou a respeito da proibição de proteção deficiente e do princípio da proporcionalidade, esclarecendo que:

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

²⁵ “A proteção, com prioridade absoluta, não é mais obrigação exclusiva da família e do Estado: é um dever social. As crianças e os adolescentes devem ser protegidos em razão de serem pessoas em condição peculiar de desenvolvimento”. PEREIRA, Tânia da Silva. O “melhor interesse da criança”. p. 14. apud NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da criança e do adolescente - comentado**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. E-book. p. 25. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992798/>. Acesso em: 19 out. 2022.

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da criança e do adolescente - comentado**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. E-book. p. 25. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992798/>. Acesso em: 19 out. 2022.

²⁷ Ibidem.

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 [...].²⁸

Logo, fica clara a ideia de que é necessário interpretar o princípio da proteção integral como uma intenção razoável do Estado em, junto da sociedade e da família, assegurar resguardo à criança e ao adolescente, mas que ainda são necessárias medidas públicas que dêem efetividade a este ideal. Dessarte, frisa-se a ideia de que o princípio da proteção integral não se confunde com a face do princípio da proporcionalidade que denota o excesso estatal.

1.3 UMA ANÁLISE SOBRE A OBSERVÂNCIA E APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Segundo Guilherme de Souza Nucci, “a proporcionalidade indica a harmonia e boa regulação de um sistema, abrangendo, em Direito Penal, particularmente, o campo das penas”.²⁹ O que o autor quer dizer é que o princípio em questão, na seara penal, tem como objetivo primeiro o equilíbrio entre a sanção a ser imposta ao réu e a extensão da lesão ou do dano causado, que representam a gravidade do delito em concreto.

Neste sentido, afirma ainda:

[...] devam as penas ser individualizadas, ao mesmo tempo em que necessitam ser proporcionalmente aplicadas, conforme a gravidade da infração penal cometida.³⁰ Por isso, há uma meta revelada em direção a dois objetivos: a)

²⁸ BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 104.410. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 06 de março de 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 27 mar. 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>. Acesso em: 23 set. 2022.

²⁹ “Em sentido amplo, na ótica de Willis Santiago Guerra Filho, o ‘princípio da proporcionalidade em sentido estrito determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente a melhor possível. Isso significa, acima de tudo, que não se fira o ‘conteúdo essencial’ (wesensgehalt) de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana – consagrada explicitamente como fundamento de nosso Estado Democrático, logo após a cidadania, no primeiro artigo da Constituição de 1988 -, bem como que, mesmo em havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens” GUERRA FILHO, Willis Santiago. Dignidade humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais. apud NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2015. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6296-8/>. Acesso em: 19 out. 2022.

³⁰ “A pena é tanto mais grave quanto mais precioso for o bem. A tabela das penalidades é a medida do valor dos bens sociais”. JHERING, Rudolf von. A evolução do direito. Lisboa: José Bastos e Cia. p. 383. apud NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. São Paulo: Grupo GEN,

preservar a harmonia entre a cominação de penas e os modelos de condutas proibidas; b) fundamentar o equilíbrio entre a aplicação das penas e os concretos modos de realização do crime.

O primeiro objetivo deve ser seguido pelo legislador, quando cria um novo tipo incriminador ou quando pretende alterar a espécie, forma ou quantidade de sanção penal. O segundo, voltando-se ao juiz, indica-lhe a razoável proporção entre o peso da sanção e o dano provocado pela infração penal.³¹

O estudo do postulado da proporcionalidade permite a análise conjunta de outros princípios, como por exemplo, o princípio da intervenção mínima do Estado nos crimes de exígua ofensividade - em que se recomenda a aplicação do princípio da insignificância, se presentes os requisitos estabelecidos pela jurisprudência, excluindo a tipicidade material da conduta -, bem como o da individualização da pena, que permite a aplicação de uma sanção específica dentre todas aquelas previstas na Constituição da República Federativa - a saber: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; e d) prestação social alternativa; suspensão ou interdição de direitos (art. 5.º, XLVI) - para o acusado inserido naquele cenário composto por circunstâncias únicas. Ademais, a individualização também respalda a exasperação da pena mínima quando a infração penal apresenta um grau de reprovabilidade aquém do esperado por aquele tipo penal,³² bem como também se justifica nos casos em que a reprimenda permanece no mínimo legal em razão da inexistência das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.³³

Cesare Beccaria justifica individualização da pena com o argumento de que se uma mesma sanção é aplicada a dois delitos que ofendem desigualmente a sociedade, o homem médio não encontrará um motivo enérgico o suficiente para não cometer um delito maior, se dele resultar uma vantagem, seja econômica ou pessoal, maior.³⁴

O autor foi muito assertivo na sua ponderação, tendo em vista que a máxima por ele explanada demonstra uma lógica racional, vez que, diante de uma situação com duas opções, é

2015. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6296-8/>. Acesso em: 19 out. 2022.

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2015. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6296-8/>. Acesso em: 19 out. 2022.

³² Ibidem.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 122.469. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 16 de setembro de 2014. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 16 set. 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081242>. Acesso em: 23 set. 2022. apud NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais Penais**. 4. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2015. E-book. p. 288. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6296-8/>. Acesso em: 19 out. 2022.

³⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 51-53.

natural a preferência humana àquilo que, aparentemente, lhe trará mais benefícios, sobretudo se as consequências dessa decisão forem iguais.

Logo, se as penas do crime de roubo e latrocínio fossem as mesmas, por exemplo, e se o cidadão tivesse frente a um cenário em que ele tivesse que decidir entre cometer o crime de latrocínio ou o delito de roubo para auferir vantagem econômica, provavelmente agiria de forma totalmente indiferente quanto ao bem jurídico vida e cometeria o crime de latrocínio, o qual lhe asseguraria com maior certeza a subtração.

Feita a análise da importância do respeito ao princípio da proporcionalidade, passemos a tratar sobre a aplicação dele na legislação brasileira.

É sabido que ao longo do tempo ocorreram inúmeras alterações legislativas tanto no Código Penal quanto em leis especiais que acabaram por desprestigiar o princípio da proporcionalidade, uma vez que algumas dessas modificações acarretaram na perda da harmonia entre o crime e a pena a ele cominada, bem como na tipificação de condutas inócuas.³⁵

A título de exemplo, vale citar a Lei n. 8.072/90 que dobrou de 3 para 6 anos a pena mínima do crime de estupro, previsto no art. 213 do Código Penal, tornando tal sanção coincidente com a reprimenda base do delito de homicídio simples, taxado no art. 121 do mesmo diploma. Sabendo da extrema gravidade do delito de estupro, que tem como escopo a proteção dos bens jurídicos liberdade e dignidade sexual, é justificável tal exasperação. Entretanto, por outro lado, em prol do princípio da proporcionalidade, faz-se necessário o aumento da sanção mínima do delito de homicídio, que tutela a vida. Isso porque a vida humana é revestida de maior relevância.³⁶

Ainda em afronta ao princípio da proporcionalidade, a Lei n. 9.605/98, em seu artigo 49, atribuiu ao crime de maus-tratos a plantas ornamentais a pena de detenção de 3 meses a 1 ano ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Em contrapartida, a pena da infração penal de maus-tratos a seres humanos, sobretudo aos vulneráveis, prevista no art. 136 do Código Penal, possui pena de detenção de 2 meses a 1 ano ou multa.

Sendo a pena não apenas um instrumento com caráter retributivo, mas uma expressão do poder de punir do Estado, que revela implicitamente a importância que é dada a cada bem jurídico, significa, no exemplo supracitado, que os maus-tratos a uma criança têm menos relevância jurídica do que os maus-tratos a uma samambaia.

³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2015. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6296-8/>. Acesso em: 19 out. 2022.

³⁶ Ibidem.

Neste diapasão, em defesa ao princípio da proporcionalidade: “é preciso ressaltar a lembrança de Willis Santiago Guerra Filho: ‘o homem livre não deve ser punido por um delito menor, senão na medida desse delito, e por um grave delito ele deve ser punido de acordo com a gravidade do delito’[...]”³⁷

Não fosse suficiente, frisa-se que a Suprema Corte e o Superior Tribunal de Justiça pacificaram o entendimento de que o adimplemento do débito tributário, a qualquer tempo, até mesmo após o advento da sentença penal condenatória transitada em julgado, é causa extintiva da punibilidade.³⁸

Este entendimento³⁹ está pautado no princípio da legalidade, uma vez que a lei do Parcelamento Especial de Débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social (PAES), não dispôs sobre marco temporal como elemento condicionante à extinção da punibilidade.⁴⁰

De outra banda, tomando como exemplo o crime de peculato culposo para fins de análise comparativa, há que se falar em extinção da punibilidade apenas se a reparação do dano se der antes da sentença irrecorrível, conforme preconiza o art. 312, §3º do Código Penal.

É certo que os delitos apresentados possuem bens jurídicos díspares, uma vez que o crime tributário tutela a integridade do erário e o crime de peculato culposo visa à proteção da função pública. O primeiro é praticado por particular e o segundo, por funcionário público. Contudo, o tratamento diferenciado no que tange à extinção da punibilidade se mostra desarrazoado, tendo em vista que para que haja incidência desta benesse para autor do crime de

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2015. E-book. p. 313. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6296-8/>. Acesso em: 19 out. 2022.

³⁸ PONTIERI, Alexandre. A jurisprudência atual do STF e do STJ sobre a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo. **Migalhas**, São Paulo, 18 fev. 2020. Migalhas de Peso. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/320602/a-jurisprudencia-atual-do-stf-e-do-stj-sobre-a-extincao-da-punibilidade-pelo-pagamento-do-tributo>. Acesso em: 11 out. 2022.

STJ. Pagamento a qualquer tempo extingue punibilidade do crime tributário. **STJ**, 27 set. 2017. Decisão. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-09-27_08-31_Pagamento-a-qualquer-tempo-extingue-punibilidade-do-crime-tributario.aspx. Acesso em: 11 out. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. STJ: Pagamento a qualquer tempo extingue punibilidade do crime tributário. **MSJ**, 6 out. 2017. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/10/06/stj-pagamento-qualquer-tempo-extingue-punibilidade-crime-tributario/>. Acesso em: 11 out. 2022.

³⁹ PONTIERI, Alexandre. A jurisprudência atual do STF e do STJ sobre a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo. **Migalhas**, São Paulo, 18 fev. 2020. Migalhas de Peso. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/320602/a-jurisprudencia-atual-do-stf-e-do-stj-sobre-a-extincao-da-punibilidade-pelo-pagamento-do-tributo>. Acesso em: 11 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 450. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 18 de novembro de 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 10 fev. 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2548046>. Acesso em: 12 set. 2022.

⁴⁰ § 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

peculato culposo é necessária a reparação do dano antes do trânsito em julgado da sentença. Já no crime tributário, de acordo com os tribunais superiores, o réu goza dessa virtude despenalizadora sem critério temporal, visto que a legislação não a condiciona a um prazo específico, podendo a quitação do débito ocorrer antes ou depois da denúncia, bem como após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Com efeito, é desproporcional justificar essa diferença em razão do sujeito ativo de cada crime, pois embora a reprovabilidade da má conduta em face do estado praticada por funcionário público seja maior, no frigidus dos ovos o sujeito passivo é o mesmo: o Estado.

É cristalino o interesse do Estado Fiscal em receber o tributo a qualquer tempo, mas por outro lado, mostra-se desproporcional a incidência da extinção da punibilidade sobre o agente contribuinte a qualquer tempo, isto é, independentemente do lapso temporal transcorrido entre a constituição do débito e a sua quitação, pois o particular foi displicente ao deixar de cumprir com a sua obrigação cidadã no tempo correto, promovendo, inclusive, consequências sociais e econômicas.

No Habeas Corpus Nº 362.478 - SP (2016/0182386-0), o Ministro Jorge Mussi, da Quinta Turma do STJ, expressou que no seu entendimento a intenção do legislador ordinário responsável pela lei do PAES foi ampliar as possibilidades de arrecadação do erário, deixando transparecer que, uma vez em dia com o fisco, o Estado não teria mais interesse em atribuir ao particular uma pena corporal em razão da sonegação, independentemente do lapso temporal transcorrido. Seguindo esta linha de raciocínio, seria totalmente possível estender tal premissa análise ao crime de peculato culposo, visto que procedendo à reparação do dano, não há mais interesse em atribuir uma pena corporal ao agente delituoso.⁴¹

Esse apontamento demonstra de forma clara e inequívoca as duas vertentes do princípio da proporcionalidade: a sua insuficiência e o seu excesso. A primeira se apresenta quando o Estado possibilita a extinção da punibilidade do contribuinte quando da quitação do débito tributário sem estabelecer um critério temporal para tal desobrigação, pois isso denota despreocupação com a incolumidade do erário, que é o bem jurídico do crime tributário. Com efeito, a ausência de um marco temporal para desfrutar da medida em testilha abre precedentes para o particular quitar a dívida quando lhe convier, deixando o erário público à mercê da discricionariedade financeira do devedor.

⁴¹ CUNHA, Rogério Sanches. STJ: Pagamento a qualquer tempo extingue punibilidade do crime tributário. **MSJ**, 6 out. 2017. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/10/06/stj-pagamento-qualquer-tempo-extingue-punibilidade-crime-tributario/>. Acesso em: 11 out. 2022.

Já a outra face do princípio em comento se caracteriza pela análise comparativa à face da insuficiência, pois se a um crime cometido contra o Poder Público se oferece a possibilidade de extinção da punibilidade a qualquer momento, como no caso de crime tributário - inclusive nos casos em que a conduta é cometida com dolo -, é desproporcional que no cometimento de outro crime, como peculato culposo - no qual inexistente intenção de cometer o delito -, não se dê o mesmo tratamento.

Dessarte, os exemplos supramencionados justificam a imprescindibilidade de uma lógica racional e razoável quando das mudanças legislativas e formação de jurisprudência, sob pena de boicote expressivo ao princípio da proporcionalidade, que equilibra e garante o devido processo legal.

No exemplo supracitado, apesar da crítica feita sobre a inobservância do princípio da proporcionalidade, o STF e o STJ utilizaram o princípio da legalidade como base estrutural para a formação do seu entendimento, o que é plenamente justificável. A seguir será explanado o entendimento jurisprudencial no que tange ao crime de tráfico de drogas, com base no próprio princípio da proporcionalidade e com vistas a garantir decisões judiciais prudentes.

Por meio de decisão definitiva nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS,⁴² o STF declarou inconstitucional a vedação expressa no artigo 33, §4º da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas) no que concerne à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pautando-se, sobretudo, na imprescindibilidade da garantia à individualização da pena, que é

⁴² HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. [...] Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. [...] 5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente. (editado pela autora).

um direito fundamental previsto no art. 5º, XLVI, da CRFB, bem como na separação de Poderes, haja vista que ao impor o tipo de pena que o juiz deve aplicar a todos aqueles que infringem o art. 33, *caput* e §º da Lei de Drogas o Poder Legislativo ultrapassa o limiar da função de cada poder.

Neste sentido também entende o STJ:

Reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do HC 97.256/RS, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, entendo ser razoável a adequação do regime prisional, de acordo com os parâmetros estabelecidos no Código Penal, a fim de que sejam observados os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena.⁴³

Deste modo, seguindo os rigores que possibilitam a referida substituição, previstos nos artigos 44 e ss. do Código Penal, é possível que num crime de tráfico a pena corporal seja convertida em pena privativa de direito.⁴⁴

Ainda com o propósito de assegurar um direito penal com viés garantista, por meio do HC n. 111.840/ES o STF declarou inconstitucional o art. 2º, §1º da 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), o qual estipulava que a pena a ser executada em razão do cometimento de crimes hediondos e equiparados a hediondo deveria ser, necessariamente, cumprida de forma integral em regime fechado.

A Suprema Corte foi diligente na condução de tal entendimento, haja vista que o mencionado dispositivo violava a mesma garantia constitucional fundamental citada no exemplo anterior, qual seja, a individualização da pena.

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1357882. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 28 de maio de 2013. Diário da Justiça. Brasília, 28 maio 2013. apud NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2015. E-book. p. 296. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6296-8/>. Acesso em: 19 out. 2022.

⁴⁴ Apelação. Tráfico de drogas e desobediência. Sentença condenatória. Recurso da defesa. [...] 2. Materialidade do crime de tráfico de drogas demonstrada pela apreensão dos entorpecentes, bem como pelo resultado do exame químico-toxicológico. [...] 4. Dosimetria. 4.1. Do crime de tráfico de drogas. Pena-base fixada acima do mínimo legal diante da natureza de parte dos entorpecentes. Quantidade das drogas apreendidas que, por si só, não permite a exasperação. Afastamento das circunstâncias judiciais. Súmula n. 231 do STJ. Primariedade e ausência de elementos a apontar a dedicação do réu à prática criminosa ou de seu envolvimento com organização criminosa. Manutenção da figura do tráfico privilegiado com redução no patamar máximo. [...] 5. Estabelecimento em sentença do regime semiaberto para o tráfico de drogas e do regime aberto para a desobediência em sentença. Acusado primário. Ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Quantum de pena que permite a fixação do regime inicial menos gravoso. Fixação do regime prisional aberto com a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. 6. Recurso conhecido. [...] parcial provimento no mérito (editado pela autora). SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 1501277-28.2020.8.26.0599. Relator: Marcos Alexandre Coelho Zilli. São Paulo, SP, 19 de setembro de 2022. **Diário da Justiça Eletrônico**. São Paulo, 19 set. 2022.

Consoante a esta jurisprudência está o STJ, que editou a Súmula nº 440⁴⁵ reverberando a necessidade de fundamentação concreta para a fixação de regime mais gravoso, visto que a gravidade abstrata por si só não se faz suficiente. Neste sentido também dispôs o STF nas Súmulas nºs 718 e 719, respectivamente:

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.
A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Logo, para a fixação do regime prisional para cumprimento de pena de crime hediondo, assim como ocorre em outros delitos, deve ser observado o disposto nos artigos 33 e 59, ambos do Código Penal.

Com efeito, cabe também realizar uma análise crítica sobre a observância do princípio da proporcionalidade no cerne das decisões judiciais, tendo em vista que tal postulado além de estar relacionado à harmonia entre a pena e a extensão do dano causado, no processo penal, ele também parte da premissa de que há uma prevalência do direito à liberdade em detrimento do direito de acusar,⁴⁶ isto é, a prisão se apresenta como *ultima ratio*, não podendo, portanto, ser a regra ou primeira medida a ser tomada no processo, sob pena de violação ao princípio em testilha e também ao da intervenção mínima do Estado.

O próprio Código de Processo Penal prevê medidas cautelares alternativas à prisão a serem aplicadas ao acusado no curso do processo, com vistas a garantir a sua liberdade durante a tramitação do feito, objetivando, pois, que a restrição da liberdade, se necessária, ocorra apenas após a sentença transitada em julgado, o que homenageia, também, o princípio da presunção de inocência.

Ademais, no direito penal não cabe a máxima do direito administrativo “supremacia de interesse público sobre o individual”, pois neste ramo prevalece o *in dubio pro reo* o qual preconiza que a dúvida milita em favor do réu e não da sociedade. Logo, o interesse daquele que está *sob judice*, via de regra, se sobressai.

Posto isso, inequívoca é a necessidade de o juiz ter em seu filtro decisório a prudência no que diz respeito à liberdade como *prima facie* e à proporcionalidade como bússola no

⁴⁵ Súmula nº 440 do STJ: “Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.”

⁴⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 99.

decorrer do *descisum*, bem como na dosimetria da pena quando da finalização da sentença ou acórdão.⁴⁷

De maneira acertada, o legislador constituinte dispôs no art. 93, IX da CRFB sobre a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, o que garante robustez ao princípio do livre convencimento motivado do juiz e que, por sua vez, faz-se primordial para a garantia da retidão do devido processo legal.

Feitas tais considerações, é possível inferir que o princípio da proporcionalidade é uma régua importante no ordenamento jurídico, posto que ele norteia a parametrização da ponderação de direitos conflitantes num caso concreto. Se observado, a probabilidade de um resultado assertivo é de praticamente cem por cento. Por outro lado, se inobservado, abre-se precedente para arbitrariedades e negligências que podem arruinar preceitos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

⁴⁷ APELAÇÃO. Roubo majorado. Recursos defensivos. [...] Mérito. Absolvição por insuficiência probatória. Aplicação do princípio do *in dubio pro reo*. [...] Dosimetria. Pena-base fixada acima do piso em razão das circunstâncias e consequências do crime. Privação da liberdade da vítima que já foi considerada no reconhecimento da causa de aumento de pena. Redução da pena-base de rigor. Causas de aumento de pena corretamente reconhecidas. Possibilidade de redução do aumento aplicado em observância ao princípio da proporcionalidade. Penas redimensionadas. Regime inicial bem fixado. [...] (editado pela autora). SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 0006894-62.2015.8.26.0229. Relator: Leme Garcia. São Paulo, SP, 25 de julho de 2022. **Diário da Justiça Eletrônico**. São Paulo, 25 jul. 2022.

2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE QUANTO À EXECUÇÃO DA PENA

Neste capítulo será analisada a condição estabelecida pelo Código Penal para o cumprimento da reprimenda imposta em sentença penal no que diz respeito ao estabelecimento penal. Com efeito, em que pese a quantidade de pena não ser o único critério para a fixação do regime prisional, ele é o principal, conforme se extrai do art. 33 do Código Penal, o qual define que: o condenado à pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado (§ 2º, a); o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá, desde o início, cumpri-la em regime semiaberto (§ 2º, b) e o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime aberto (§ 2º, c).

Conforme preconiza o art. 33, §1º e alíneas do Código Penal, considera-se regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média. O regime semiaberto, por sua vez, prevê a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, enquanto o regime aberto prevê a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Assim como a quantidade de pena estabelecida em cada tipo penal representa, via de regra, a relevância que o Estado atribui ao respectivo bem jurídico, o regime prisional acaba, também, por seguir a mesma diretriz, justamente por ser uma consequência deste preceito secundário, entretanto, o que determina, de fato, o regime em que a sanção será cumprida é a quantidade de pena estabelecida, bem como as circunstâncias judiciais e a primariedade ou não do acusado.

Ademais, o juiz deve, necessariamente, fundamentar a fixação do regime, pois, como já foi abordado anteriormente, há entendimento jurisprudencial sumulado no sentido de que a gravidade abstrata do crime não basta para a fixação de regime mais gravoso, sendo que, em caso de imposição de regime mais severo do que o que a lei permitir, deve haver motivação idônea.

Assim arremata Alexis Couto de Brito:

O que não se admite é que impressões pessoais do juiz acerca do delito sejam o bastante para a determinação do regime fechado, sem que elementos objetivos e subjetivos sobre o fato e o agente o justifiquem. Argumentos sobre a gravidade do delito, o clima de violência ou a confiança na Justiça não

podem ser suficientes para a aplicação do regime fechado em condenações inferiores a oito anos.⁴⁸

De certa forma, o legislador buscou estipular o estabelecimento penal de cada regime prisional pautando-se no princípio da proporcionalidade, vez que a execução da pena daqueles crimes apenados com reprimendas mais altas, superiores a 8 anos, está condicionada às prisões mais severas, de segurança média ou máxima, enquanto aqueles apenados com uma reprimenda mais branda, igual ou inferior a 4 anos, terá sua execução realizada em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Entretanto, vale ressaltar que apesar de o legislador ter se utilizado da razoabilidade para a escolha dos estabelecimentos penais de acordo com os regimes, uma das faces do princípio da proporcionalidade acaba por se sobressair no quesito da execução da pena, qual seja, a da proteção insuficiente. Essa faceta se afigura sob diversas formas, como por aspectos sociais, políticos e econômicos. Nesta oportunidade, a análise será feita apenas sobre a celeuma do art. 95 da Lei de Execução Penal (LEP), que estabelece que “em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado [...]”, quando na verdade a realidade dispõe de outro cenário, qual seja, o da insuficiência de estabelecimento penal para cumprimento do regime aberto, diante do número de presos inseridos em tal situação.

Com vistas a reparar a inefetividade da materialização do direito que o apenado tem de cumprir a pena no albergado, o STF editou a Súmula Vinculante 56, que preconiza que a ausência de estabelecimento prisional adequado para cumprimento de pena não autoriza a manutenção do apenado em regime mais gravoso. Tal Súmula estabelece diretrizes a serem observadas pelos Magistrados das Varas de Execução Penal,⁴⁹ incluindo a possibilidade de deferimento de prisão domiciliar.⁵⁰ Neste sentido também caminha o STJ:

é cabível, excepcionalmente, a concessão de regime domiciliar aos apenados do regime aberto, quando constatada a ausência das condições necessárias ao cumprimento da pena, vale dizer, superlotação, precariedade do

⁴⁸ BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. p. 195. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596960/>. Acesso em: 19 out. 2022.

⁴⁹ “a inexistência de estabelecimento prisional que atenda aos requisitos da Lei de Execução Penal para o cumprimento da pena no regime fixado na sentença, excepcionalmente, permite o recolhimento do condenado ao regime de prisão domiciliar previsto no art. 117 daquele diploma legal, cujo rol não é taxativo” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 113.334. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 26 de novembro de 2013. **Diário da Justiça**. Brasília, 18 fev. 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5474595>. Acesso em: 12 set. 2022.

⁵⁰ AVENA, Norberto. **Execução penal**. 6. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2019. E-book. p. 170. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987411/>. Acesso em: 19 out. 2022.

estabelecimento, falta de vagas ou de estabelecimento compatível, até que sejam sanadas as omissões.⁵¹

Sendo assim, mais uma vez fica clara a ideia de que a existência de disposição legal que preveja e assegure direitos é importante, mas que, sozinha, sem o amparo do Estado para prestação material, não é suficiente.

2.1 REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD) COMO EXPRESSÃO DO EXCESSO ESTATAL NA LEP

Em contraponto ao que foi abordado no item anterior, em que o Estado- legislador utilizou-se do princípio da proporcionalidade para definir os regimes de cumprimento de pena, neste subtítulo será realizada uma análise crítica sobre o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), que representa uma das dificuldades do Estado em colocar em prática o seu *jus puniendi* sem ferir as garantias individuais do encarcerado.

Por meio da Resolução n. 26, em 2001 a Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo instituiu no estado o Regime Disciplinar Diferenciado, conhecido também como RDD, o qual surgiu como uma necessidade administrativa de combater o desenfreado crescimento do poder de organização e de estrutura física e material das facções criminosas nos grandes e médios presídios de São Paulo.⁵² A referida resolução passou a vigorar primeiro na Penitenciária de Presidente Bernardes, de segurança máxima.

Com efeito, a fim de legitimar o RDD e utilizar suas disposições como meio de resposta ao crime organizado, a Lei n. 10.792/2003 incluiu esse instituto na Lei de Execução Penal (LEP), condicionando a sua aplicação às seguintes hipóteses:

- a) prática de fato previsto como crime doloso que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas (art. 52);
- b) presos que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (art. 52, § 1º, I);
- c) presos sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, associação criminosa ou milícia privada (art. 52, § 1º, II).⁵³

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 288.026. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, DF, 23 de setembro de 2014. Diário da Justiça. Brasília, 09 out. 2014. apud AVENA, Norberto.

Execução penal. 6. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2019. E-book. p. 170. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987411/>. Acesso em: 19 out. 2022.

⁵² MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal.** São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. p. 31. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620834/>. Acesso em: 19 out. 2022.

⁵³ BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal.** São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. p. 96. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596960/>. Acesso em: 19 out. 2022.

Não raro, observa-se que as legislações são dotadas de inúmeras lacunas, as quais acabam por ser preenchidas por outras fontes do direito, como por exemplo a doutrina e a jurisprudência. Contudo, nesse caso, tal déficit causa uma legítima inquietação, tendo em vista que se trata de um regime de exceção que deveria ter sido disposto de forma pormenorizada a fim de não abrir margem para aplicação arbitrária e discricionária com base em conclusões subjetivas.

A título de exemplo, no art. 52, §1º, I, o legislador não definiu os parâmetros de “alto risco” para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, de modo que o fato do preso ou do condenado, seja ele nacional ou estrangeiro, ter envolvimento com organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, não justifica tal periculosidade, pois isso constitui fundamento distinto, regulado no inciso II do mesmo dispositivo.⁵⁴

Destarte, fica a cargo da autoridade administrativa, quando se tratar de isolamento preventivo e do juiz da execução penal, nos casos de inclusão preventiva,⁵⁵ decidir sobre a alta periculosidade ou não do preso, no caso concreto, a partir de critérios que a própria lei não estabeleceu.

Em segundo plano, cabe salientar que tão logo a Resolução n. 26 foi editada, suscitou-se a discussão no que diz respeito a sua constitucionalidade. Muitos juristas defenderam a inconstitucionalidade dessa norma com a justificativa de que “tratando-se de **falta grave** a matéria está afeta, exclusivamente, à lei ordinária, ademais é a Lei de Execução Penal quem cuida de regulamentá-la.”⁵⁶(grifo nosso).

Essa justificativa pode ser explicada pelo artigo 52, *caput*, da LEP, que preconiza que “o preso provisório ou definitivo, nacional ou estrangeiro, que praticar **falta grave** consistente em fato previsto como crime doloso, desde que tal conduta ocasione subversão da ordem ou disciplina internas”⁵⁷ [estará sujeito ao RDD]. (grifo nosso).

No entanto, tal celeuma está superada, visto que a Suprema Corte e o Superior Tribunal de Justiça já pacificaram o entendimento de que a referida Resolução é constitucional.⁵⁸ Ademais, o Tribunal de Justiça, consoante a este entendimento, pautou-se no artigo 24, inciso

⁵⁴ MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. p. 33. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620834/>. Acesso em: 19 out. 2022.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ Ibidem. p. 31.

⁵⁷ Ibidem. p. 32.

⁵⁸ BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. p. 97. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596960/>. Acesso em: 19 out. 2022.

I, da CRFB, arguindo que os Estados-Membros possuem autorização constitucional para legislar sobre o Direito Penitenciário.⁵⁹

Por fim, esclarecida a questão da constitucionalidade do RDD, é importante frisar as suas características, visto que em seguida serão apresentadas as críticas em face do referido regime à luz da proporcionalidade.

Conforme disciplinado, o RDD — Regime Disciplinar Diferenciado — possui as seguintes características: 1) duração máxima de até dois anos, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie; 2) recolhimento em cela individual; 3) visitas quinzenais, de duas pessoas por vez, a serem realizadas em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos por pessoa da família ou, no caso de terceiro, autorizado judicialmente, com duração de duas horas; 4) o preso terá direito à saída da cela por duas horas diárias para banho de sol, em grupos de até quatro presos, desde que não haja contato com presos do mesmo grupo criminoso; 5) entrevistas sempre monitoradas, exceto aquelas com seu defensor, em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, salvo expressa autorização judicial em contrário; 6) fiscalização do conteúdo da correspondência; 7) participação em audiências judiciais preferencialmente por videoconferência, garantindo-se a participação do defensor no mesmo ambiente do preso.⁶⁰ (grifo nosso).

Dessarte, insta salientar que este instituto carrega consigo diversos fatores que prejudicam significativamente a capacidade de desenvolvimento pessoal do encarcerado, bem como o próprio fim retributivo da pena, uma vez que o homem, sendo um ser social, nasce condicionado a viver em comunidade e quando afastado por muito tempo dos seus semelhantes, acaba por desaprender a respeitar limites importantes que permeiam as relações interpessoais, agindo, portanto, com extinto de animal selvagem que ficou trancado em uma jaula ao voltar ao convívio com os seus pares. Esse é o resultado de uma adaptação forçada ao exercício místico da solidão.⁶¹

Tal tipo de comportamento, que é despertado no interior daquele que sofre um massacre do Estado como resposta do poder de punir, justifica-se pela lógica natural de vingança da natureza humana. Assim explica Ríos Martín: “[...] vingança é exatamente como se revela um castigo tão exageradamente desproporcional diante da severidade com a qual se

⁵⁹ MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. p. 31. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620834/>. Acesso em: 19 out. 2022.

⁶⁰ Ibidem. p. 92.

⁶¹ BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. p. 97. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596960/>. Acesso em: 19 out. 2022.

trata o preso. A consequência é a destruição da pessoa, que se sente tratada como um animal, trancado em uma jaula”.⁶²

Neste diapasão, do ponto de vista da psicologia, sendo o homem um ser gregário que dispõe da maleabilidade de adaptação ao meio em que vive e ao mesmo tempo do sentimento de pertencimento ao grupo social do qual faz parte, é visivelmente desproporcional, inadequada e ineficiente a medida de isolamento celular de modo integral.⁶³ Deste entendimento partilha o doutrinador Alexis Couto de Brito: “[...]Se uma pessoa deixa de receber quase que todo o estímulo do exterior, contará somente com sua própria produção interna até o ponto em que começará a alucinar e delirar.”⁶⁴ Destarte, infere-se que a consequência desse Regime para o preso é demasiadamente gravosa e danosa no quesito psicológico, vez que o isolamento do modo como se dá neste caso é capaz de deprimir e incitar a chamada “psicose carcerária”.^{65 66}

Assim prevê Roberto Lyra que:

[...] em vez de esperado arrependimento, sobrevém, em regra, o desespero ou a insensibilidade. O argumento de que o isolamento contínuo serve melhor à individualização, aliás falso, pela simples razão de que se procura adaptar o sentenciado por meios sociais, não à prisão e à solidão, mas à liberdade e à convivência, não pode se acolhido.⁶⁷

Consoante a esta percepção assertiva, está Ríos Matín, que aduz que a tortura psicológica proporcionada pelo isolamento, segundo princípios da Psicologia, produzem mais ódio, rancor, violência, agressividade, inquietude, incerteza, irritabilidade, desespero, sentimentos de perda, impotência, tristeza, agonia, amargura, ressentimento, raiva, ansiedade, desconfiança, introversão, temor, asco, pânico e desejos de vingança [...]⁶⁸

⁶² BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. p. 97. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596960/>. Acesso em: 19 out. 2022.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ A psicose carcerária é decorrente da privação da liberdade do indivíduo submetido a estabelecimentos carcerários que não dispõem, em sua grande maioria, de condições adequadas de espaço, iluminação e alimentação

BING. **Psicose carcerária**. 12 out. 2022. Disponível em:

<https://www.bing.com/search?q=psicose+carceraria&cvid=575acd0c07e047b1afa4f0d5ee8dd2ef&aqs=edge.69i57j0l2.2859j0j1&pplt=297&FORM=ANNTA1&PC=ACTS>. Acesso em: 12 out. 2022.

⁶⁶ BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. p. 97. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596960/>. Acesso em: 19 out. 2022.

⁶⁷ LYRA, Roberto. Comentários ao Código de processo penal. Rio de Janeiro: Forense, 1945. apud. BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. p. 97. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596960/>. Acesso em: 19 out. 2022.

⁶⁸ MARTÍN, Julián Carlos Ríos et al. *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2016. p. 223. apud. BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. p. 97. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596960/>. Acesso em: 19 out. 2022.

Deste modo, a adoção deste regime acaba por desenfrear a seguinte discussão: o que é mais arriscado para a sociedade? O perigo que as facções criminosas causam aos preceitos do Estado Democrático de Direito, como liberdade, segurança e paz, ou as políticas criadas para combatê-las?, tendo em vista que dentro do cárcere o RDD propicia medidas drásticas que acabam por incitar uma violência ainda maior em pessoas que depois de um tempo passarão a conviver em sociedade.⁶⁹

Dessarte, fica clara a proteção insuficiente no quesito legislativo, tendo em vista que a regulamentação do Regime, quanto a possibilidade de sua aplicação, possui falhas que ensejam um exame discricionário e subjetivo do operador do direito.

De outro giro, há que se falar em excesso estatal quanto ao modo de execução deste Regime, que aprisiona, além do corpo, a mente do encarcerado de forma a subvertê-lo ao ódio, fazendo-o regredir quanto à capacidade de ressocialização e ciência da reprovabilidade da sua conduta criminosa, haja vista que ele se presta exclusivamente a uma “adição ilegítima ao fim retributivo da pena”,⁷⁰ já que ela “não expia a culpa e nem oferece meios para um correto exame de personalidade”.⁷¹

2.2 OS EXCESSOS NA EXECUÇÃO PENAL CAUSADOS PELA LEI 13.964/2019

A Lei 13.964/2019 trouxe significativas modificações para o ordenamento jurídico brasileiro na seara penal, sendo muitas delas desproporcionais no que tange a manutenção dos direitos fundamentais. Assim, dando continuidade ao que foi exposto no subtítulo anterior, abordaremos primeiro algumas das mudanças implementadas ao RDD, que inclusive figuram o referido excesso estatal.

A primeira mudança que vale comentar é o tempo de duração inicial do Regime, que antes era de até 360 dias e atualmente é de até 2 anos. Essa alteração claramente demonstra uma motivação equivocada do legislador, vez que o isolamento, como se dá no RDD, com o mínimo de contato com qualquer outra pessoa e com poucas visitas dos familiares causa efeito contrário ao objetivo da pena.

Deste modo, o fato de o Poder Legislativo aumentar o lapso temporal da duração inicial do RDD como forma de repressão estatal e como tentativa de oferecer uma resposta

⁶⁹ BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. p. 98. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596960/>. Acesso em: 19 out. 2022.

⁷⁰ Ibidem. p. 97

⁷¹ Ibidem.

punitiva efetiva comprova que há muito o que evoluir no quesito políticas públicas e humanidade, pois este tipo de comportamento do legislativo se amolda mais ao propósito interligado à essência do castigo do que ao propósito de infiltrar a importância da mudança de comportamento àquele que infringiu a lei, resgatando-o da vida criminosa.

Ademais, outra reforma implementada à LEP pela referida lei é a ausência de limite para as prorrogações do RDD, ou seja, atualmente há a possibilidade de repetição da referida medida por nova falta grave cometida inúmeras vezes, possibilitando, inclusive, o cumprimento integral da pena em RDD. Esta mudança, portanto, denuncia cabalmente o excesso do Estado quanto ao seu direito de punir, uma vez que abre precedentes para o RDD se tornar um regime de cumprimento de pena de fato, mesmo não o sendo de direito, o que é extremamente problemático tendo em vista a crueldade que assola este Regime.

Com efeito, outro instituto da LEP que também personifica o excesso do Estado na execução da pena a partir das mudanças implementadas pela Lei 13.964/2019 é a vedação ao livramento condicional para o condenado por crime hediondo com resultado morte (art. 112 da LEP).

Apesar de estar previsto no art. 112, inciso VIII, da LEP, por uma interpretação *a contrario sensu* do art. 83, inciso V do Código Penal, é possível inferir que o livramento condicional ao condenado por crime hediondo não reincidente, com ou sem resultado morte, já era previsto. Contudo, a novidade trazida à LEP, neste sentido, diz respeito à vedação de livramento condicional para o primário condenado por crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, o que demonstra uma severidade da lei mesmo em face daquele que não se afigura como criminoso contumaz. Ademais, a partir dos critérios mencionados acima, a lei não discrimina se tal vedação se refere ao resultado culposo ou doloso, dando a entender, pelo princípio da legalidade, que em ambos os casos o livramento condicional não é permitido.

De forma já bastante exaustiva, demonstra-se, mais uma vez, a insuficiência legislativa e o excesso estatal do poder de punir, tendo em vista que sendo o gênero do crime e o *modus operandi* diversos, pelo princípio da proporcionalidade, é imprescindível que houvesse um tratamento diferenciado. De mais a mais, visto que a quantidade da pena estabelecida nos crimes hediondos já revela a sua gravidade, a vedação ao livramento condicional nestes casos - ou porque não dizer: a supressão de medida de integração social - se mostra descomedida.⁷²

⁷² FIGUEIREDO, Patrícia Vanzolini; JUNQUEIRA, Gustavo; FULLER, Paulo Henrique Aranda; PARDAL, Rodrigo. **Lei anticrime comentada**: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. p. 11. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595512/>. Acesso em: 19 out. 2022.

Assim, de modo geral, a Lei 13.964/2019 em vez de trazer para a LEP mudanças que de fato a auxiliassem alcançar o seu objetivo primeiro, qual seja, o de “efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”,⁷³ acabou por alocar mudanças que são capazes de arruinar ainda mais o sistema penitenciário brasileiro e os direitos e garantias individuais.

2.3 ESTRATÉGIAS ESTATAIS PARA REPARAÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

Conforme a análise realizada no capítulo anterior, é possível inferir que o Pacote Anticrime, instituído pela Lei 13.964/2019, representa uma das estratégias estatais para a reparação da proteção deficiente. Contudo, vê-se que em alguns aspectos esse objetivo se perdeu e se tornou uma tentativa de efetividade estatal frustrada, vejamos. Aumento de penas, corte de garantias, endurecimento no cumprimento da pena privativa de liberdade e mais elasticidade às medidas constritivas são exemplos que demonstram que o legislador falhou no seu propósito no que concerne à referida reparação, pois estas medidas estão longe de auxiliar na redução da criminalidade, como sugere o próprio termo “anticrime”.

Um exemplo claro de alteração nefasta trazida pelo Pacote Anticrime como forma de tentar reparar o oferecimento insuficiente da tutela jurisdicional foi a mudança emblemática no limite máximo da pena previsto no art. 75 do Código Penal, que passou de trinta para quarenta anos, como se o sistema carcerário já não estivesse obstruído o suficiente pela superlotação que o aniquila.

A insuficiência neste caso diz respeito à falha do Estado no que tange à prestação da tutela jurisdicional à sociedade em algum aspecto da vida cotidiana, como por exemplo, a segurança pública. Outrossim, este mesmo Estado que se mostrou insuficiente na prestação de um dever, tenta reparar o dano causado por meio de penas severas, com caráter retributivo.

Não é necessária qualquer incursão na criminologia para concluir sobre a realidade caótica dos estabelecimentos prisionais brasileiros,⁷⁴ sendo que a sua precariedade já foi declarada, inclusive, pelo STF como “estado de coisas inconstitucional”.⁷⁵

⁷³ BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, 13 jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 30 set. 2022.

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 08 de junho de 2021. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 08 jun. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 12 ago. 2022.

⁷⁵ LOPES JR., Aury; PINHO, Ana Claudia Bastos de; ROSA, Alexandre Moraes. **Pacote anticrime: um ano depois**. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. p. 11. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553618453/>. Acesso em: 18 out. 2022.

Deste modo, aumentar o limite da pena privativa de liberdade e considerá-la como válvula de escape para a contenção da criminalidade e da violência é sinônimo de fracasso, pois como se sabe, as condições insalubres e desumanas e pouco ou nada efetivas e resolutivas no quesito ressocialização que o cárcere oferece são depredadoras e arruinam a possibilidade de reexame da conduta criminosa pelo próprio encarcerado.

Nesse sentido, assevera Aury Lopes:

O Brasil é o terceiro país que mais encarcera no mundo. Estamos batendo a casa dos 800.000 presos. [...] o aumento do tempo de cumprimento das penas jamais foi e jamais será sinônimo de menos crime, ou menos violência. Todo o contrário! Será apenas sinônimo de mais pessoas submetidas a essa barbárie, que são as prisões no Brasil. Ou seja, seguimos insistindo num discurso totalmente demagógico, populista e que já se mostrou, em passado recente, ineficaz!⁷⁶

Ademais, por trás da situação estarrecedora dos estabelecimentos prisionais, cabe salientar que há uma concepção social preconceituosa e distorcida arraigada ao direito penal que nutre o ideal da política da intervenção máxima em face de um público específico e previamente selecionado: pobres e negros, os quais, segundo Aury Lopes, “ocupam percentual privilegiadíssimo nos mais de 700.000 seres humanos depositados nas prisões brasileiras, dos quais, mais de 30% sequer foi julgado.”⁷⁷

Assim, ainda com rastros do direito inquisitivo, o direito penal busca tipificar condutas, aumentar penas e eliminar direitos com base na condição do sujeito ao invés do ato por ele praticado.⁷⁸ Logo, ao aumentar o limite máximo da reprimenda que priva a liberdade individual, o Pacote Anticrime malogrou em dois sentidos: o primeiro deles é a mínima eficiência desta sanção para o bem social; o outro diz respeito à perpetuidade da cultura preconceituosa do direito penal no que tange a seletividade do público que é atingido por esta mudança.

Com efeito, outra estratégia para a reparação da proteção deficiente é a decisão judicial com base no clamor público, prática esta veementemente repudiada pela Constituição Federal especificamente no art. 93, IX, o qual preconiza que todo *decisum* deve, necessariamente, ser fundamentado.

⁷⁶ LOPES JR., Aury; PINHO, Ana Claudia Bastos de; ROSA, Alexandre Morais. **Pacote anticrime**: um ano depois. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. p. 11. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553618453/>. Acesso em: 18 out. 2022.

⁷⁷ Ibidem. p. 8.

⁷⁸ LOPES JR., Aury; PINHO, Ana Claudia Bastos de; ROSA, Alexandre Morais. **Pacote anticrime**: um ano depois. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553618453/>. Acesso em: 18 out. 2022.

Essa tática estatal infundada se pauta na necessidade de que o Estado, como detentor do direito de punir, tem de apresentar uma devolutiva à sociedade como forma de abrandar a comoção social e “reparar” os danos causados a ela em razão da sua proteção insuficiente face a determinados direitos fundamentais. Entretanto, como já foi dito, essa é uma prática incoerente com o ordenamento jurídico pátrio e com os princípios que o regem e portanto é inadmissível, sob pena de violação à norma constitucional.

Nessa mesma toada, é possível considerar o flagrante facultativo, previsto no art. 301 do Código de Processo Penal, também como uma estratégia do Estado de tentar reparar a proteção insuficiente, uma vez que, se o Poder Público dispusesse de pessoal suficiente e garantisse meios de segurança efetivos, o particular não seria um agente facultativo para realização de prisão em flagrante.

Por derradeiro, insta salientar que o rol taxativo da prisão temporária e dos crimes hediondos, pode, também, ser visto como uma forma de o Estado elencar bens jurídicos principais que merecem mais proteção, de modo a evitar a sua proteção insuficiente.

Deste modo, é notável a tentativa do Estado em ser eficiente na prestação da tutela jurisdicional à sociedade, no entanto, pelo fato de a motivação do legislador, em alguns casos, ser equivocada, pudemos reparar que em determinadas situações tal objetivo se perde. Ademais, a cultura preconceituosa enraizada no Direito Penal em muito embaraça a eficiência da resposta punitiva estatal. De mais a mais, também ficou nítida a ideia de que o Estado se utiliza de meandros - por vezes, ineficientes - para atenuar a sua atuação insuficiente.

3 VALORAÇÃO DA PROVA NO CONTEXTO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

No processo penal - que via de regra possui controvérsia fática envolvendo a imputação de um fato penalmente relevante atribuído pelo Ministério Público ou pelo querelante a alguém -, a prova possui função essencial para esclarecimento dos fatos e convencimento do órgão julgador no que concerne à autoria e materialidade do crime.

Tourinho Filho leciona que: “[...] provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. É demonstrar a veracidade do que se afirma, do que se alega.”⁷⁹

Ainda que a finalidade da prova seja a busca pela verdade para convicção do Juiz, vale ressaltar que a produção probatória durante o processo permeada, por exemplo, pela busca da reconstrução do episódio do crime e de suas circunstâncias, pela colheita de depoimentos de testemunhas e de declarações das vítimas, pelo resgate de filmagens de estabelecimentos ao redor do local do crime, não garante a verdade absoluta dos fatos. Daí se dizer que a busca é da verdade processual, isto é, da verdade mais próxima possível da realidade fática.

A problemática a ser abordada no respectivo capítulo está relacionada justamente à perspicácia do Judiciário em eleger em alguns crimes, como o de roubo, o reconhecimento pessoal e a declaração da vítima como “prova de ouro” no processo, tomando-os por verdade absoluta na maioria das vezes.

Essa predileção pelo reconhecimento pessoal e pela declaração da vítima como meio probatório no crime de roubo, apesar de não ser legalmente estabelecida, remete-nos ao sistema da prova tarifada - resquício do sistema inquisitivo - em que determinados meios de prova possuem valoração fixada diretamente pelo legislador, cabendo ao magistrado apenas apreciar o conjunto probatório e lhe conferir o valor conforme estabelecido em lei.

A título de exemplo, vale citar um parágrafo que é frequentemente usado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos votos que tratam sobre o delito de roubo, a fim de superenaltecer a declaração da vítima:

Tratando-se de crimes contra o patrimônio, delito que, em razão de sua natureza, é geralmente praticado na clandestinidade, **a palavra da vítima reveste-se de suma importância para o deslinde da questão** posta nos autos [...] A respeito, este E. Tribunal de Justiça já deixou assente que: ‘No campo

⁷⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. apud MURUS, Alessandro Alves de. **Reflexões sobre a prova de reconhecimento no processo penal**. 2021. 67 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2021. p. 7.

probatório, a palavra da vítima de um assalto é sumamente valiosa [...]’ (RT 484/320). (grifo nosso) (editado pela autora).⁸⁰

Vale deixar claro que a discussão em questão não está atinente à relevância da palavra da vítima, pois sabe-se que ela é, de fato, muito importante - assim como todas as demais provas - e deve constituir o conjunto probatório.

O que é desprezível é a supervalorização de uma única prova como base para condenar ou absolver o réu, haja vista que tal conduta fere o princípio da proporcionalidade - que serve como coeficiente de aferição de razoabilidade dos atos estatais e como postulado básico de freio aos excessos do Poder Público - bem como o próprio sistema acusatório, uma vez que este não admite o sistema da prova tarifada, mas o do livre convencimento motivado, no qual o magistrado, desde que fundamente a sua decisão, possui vasta liberdade para valorar as provas constantes dos autos, as quais possuem, legal e abstratamente, o mesmo valor. Essa supervalorização é ainda mais reprovável quando utilizada de forma prosaica e banal, expressada por meio de parágrafos prontos.

Ademais, a desproporcionalidade na valoração das referidas provas - reconhecimento pessoal e declaração da vítima - abre margens para cometimento de erro crasso do próprio magistrado quando da prolação da sentença, uma vez que, no exemplo supracitado, a vítima em situação totalmente vulnerável e de extremo medo sai do seu estado de consciência natural, o que relativiza a sua capacidade de discernimento no momento de reconhecer o suspeito e de relatar o ocorrido. Sendo assim, ao se debruçar quase que exclusivamente sobre tais provas para julgar o mérito, o julgador corre o risco de falhar no que tange ao reconhecimento da autoria do delito.

De mais a mais, outra celeuma a ser analisada é a do lapso temporal transcorrido entre a data do fato e da produção probatória em juízo (que na esmagadora maioria das vezes é extenso), sob o crivo do contraditório e ampla defesa - que segundo o artigo 155 do Código de Processo Penal é o que corrobora a prova produzida em sede administrativa e deve necessariamente ser feita para formar o convencimento do juiz.

O enfadonho tempo entre o dia que o delito ocorreu e a data da realização da oitiva da vítima e do reconhecimento pessoal em juízo é incisivamente prejudicial à retidão do mérito do processo, tendo em vista que a memória humana é algo reconhecidamente falível e volátil. Sendo assim, as memórias, a depender do tempo, são substituídas ou misturadas entre si ou com

⁸⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 1500412-73.2022.8.26.0004. Relator: Gilda Alves Barbosa Diodatti. São Paulo, SP, 11 de outubro de 2022. **Diário da Justiça**. São Paulo, 11 out. 2022.

pensamentos imaginários. Este mesmo contexto se encaixa às provas testemunhais em caso de crimes que as permite existir.⁸¹

Logo, fica claro que, assim como a desproporcionalidade na valoração da prova pode levar o magistrado a erro, o reconhecimento pessoal, a oitiva da vítima e a prova testemunhal também dispõem dessa possibilidade em razão da natural falha da memória humana pelo decurso do tempo.

Vale transcrever um trecho de Mlodinow sobre um caso estudado por Münsterberg - cientista que se debruçou sobre o estudo da memória:

Em um dos casos estudados por Münsterberg, depois de uma palestra sobre criminologia em Berlim, um estudante lançou um desafio ao distinto palestrante, o professor Franz von Liszt, primo do compositor Franz Liszt. Outro estudante levantou-se para defender Von Liszt. Surgiu uma discussão. O primeiro estudante puxou uma arma. O outro engalfinhou-se com ele. Depois Von Liszt entrou na contenda. Em meio ao caos, a arma disparou. A sala inteira virou um tumulto. Afinal Von Liszt gritou pedindo ordem no recinto, dizendo que era tudo uma encenação. Os dois raivosos estudantes não eram estudantes, mas atores seguindo um roteiro. A altercação era parte de um grande experimento. O propósito? Verificar os poderes de observação e memória de todos. Depois do ocorrido, Von Liszt dividiu a plateia em quatro grupos. Pediu que um dos grupos escrevesse um relato só do que tinha visto; outros foram acareados de imediato; outros deveriam escrever os relatos um pouco mais tarde. Para quantificar a precisão dos relatos, Von Liszt dividiu a apresentação em catorze componentes, alguns referentes à ação das pessoas, outros ao que haviam dito. Ele levou em conta erros, omissões, alterações e acréscimos. Os erros dos estudantes variavam de 26 a 80%. Comportamentos que não haviam acontecido foram atribuídos aos atores. Outras importantes ações não tinham sido notadas. Foram postas palavras na boca dos estudantes que discutiam, e mesmo na boca de estudantes que nada disseram.⁸²

Deste modo, fica clara a ideia de que o conjunto probatório deve ser analisado e valorado como um todo, sem qualquer acepção.

De outra banda, cumpre realizar uma análise crítica e rápida sobre o artigo 226 do Código de Processo Penal, o qual dispõe sobre a forma como deve se realizar o reconhecimento pessoal de modo equânime. Mais especificamente, examinaremos o inciso II, que prevê que “a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la.”

⁸¹ BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2019. E-book. p. 194. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597020403/>. Acesso em: 18 out. 2022.

⁸² *Ibidem*. p. 211.

O entendimento jurisprudencial prevalente sobre o referido artigo é no sentido de que as formalidades por ele estabelecidas funcionam como meras recomendações legais.⁸³ Deste modo, no ato do reconhecimento, não haver ninguém ao lado da pessoa cujo reconhecimento se pretende realizar, não enseja, necessariamente, nulidade, embora seja possível arguí-la.

Com efeito, insta salientar que, como foi visto, já é naturalmente difícil lembrar do suspeito de forma fidedigna em razão da falha da memória, se ainda por cima o suspeito não for colocado ao lado de outra pessoa que com ele tenha qualquer semelhança fisionômica (ex: estatura, etnia, peso, sexo etc.) para que a vítima ou testemunha realize o reconhecimento de forma imparcial, a credibilidade da prova acaba sendo fragilizada ainda mais, pois induz forçosamente o reconhecedor a apontar aquele único agente exposto como o autor do crime, sendo possível, ainda, que o faça de modo a externar certeza perante o julgador, por mais que esta convicção não exista de fato.

Assim, a não observância das formalidades descritas no artigo 226 do Código de Processo Penal, em que pese tenham sido reconhecidas como meras recomendações, acaba por incentivar a cultura acusadora e incriminadora da sociedade, que impulsionada pelo sentimento de fazer justiça se apressa em apontar qualquer pessoa colocada à sua frente como sendo a autora do crime, como se fosse seu bode expiatório, pois vê o reconhecimento como uma oportunidade de punir alguém, seja quem for.

Logo, é incontestável a necessidade de análise de todo o conjunto probatório, sendo desprezível toda e qualquer predileção por algum tipo de prova específica, sob pena de violação de garantias individuais do condenado, bem como de prolação de uma decisão equivocada.

⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 728.455. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 28 de junho de 2016. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 03 ago. 2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.434.538. Relator: Min. Felix Fischer. Brasília, DF, 02 de junho de 2016. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 15 jun. 2016. apud LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Juspodivm, 2022.

CONCLUSÃO

A partir dos multiformes significados de princípios é possível concluir que eles são, de fato, peças fundamentais para a aplicação do direito, uma vez que parametrizam valores conflitantes e auxiliam na interpretação normativa. Notadamente quanto ao princípio da proporcionalidade, analisado mais precisamente durante este trabalho, foi possível observar que se trata de um dos pilares do Estado Democrático de Direito, uma vez que tal princípio preza pelo controle dos atos estatais e funciona como barreira aos excessos do Poder Público. Especialmente no Direito Penal este postulado surgiu como uma ideia de proporcionalidade entre a justa pena do crime e a extensão do dano causado. Assim, as ramificações decorrentes do princípio da proporcionalidade, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, revelam a sua imprescindibilidade como mandamento de otimização e equilíbrio no que concerne às possibilidades fáticas e jurídicas.

Ademais, vale ressaltar que as duas vertentes (ou espécies) do princípio em testilha, quais sejam, a proibição do excesso e proibição da proteção deficiente - que consistem, respectivamente, em uma intervenção mínima do Estado e na necessidade de o Poder Público prestar tutela jurisdicional suficiente e eficaz - demonstram a importância do equilíbrio nos atos do Estado e, em se tratando de Direito Penal, do direito de punir.

Deste modo, a partir das ramificações e espécies do princípio da proporcionalidade fica clara a ideia de que é de suma importância que este mandamento seja observado nas decisões judiciais, bem como na elaboração de legislações e formações de entendimento jurisprudencial, sob pena de um ordenamento jurídico desarrazoado e permeado de excessos, o que coloca em xeque a retidão do devido processo legal e, por consequência, a segurança jurídica pátria.

Em segundo plano, cumpre frisar que o princípio da proporcionalidade à luz da execução penal possui diversos dilemas, uma vez que o Estado, ao mesmo tempo que tenta se mostrar garantidor eficiente dos direitos da sociedade aumentando penas, cortando garantias dos sujeitos passivos da execução, endurecendo o cumprimento da pena privativa de liberdade e dando mais elasticidade às medidas constritivas, por exemplo, falha no propósito de ressocialização do encarcerado que algum tempo depois voltará a conviver em sociedade.

Dessarte, a ineficiência do sistema penal no que tange à tentativa de contenção da criminalidade por meio da prisão é constatada pelo número de presos no Brasil, que está perto dos 800 mil e pelo ranking que este país ocupa no que diz respeito à expressividade de encarceramento, posto que somos o terceiro país que mais encarcera no mundo. Vale ressaltar,

ainda, que o pacote Anticrime instituído pela Lei 13.964/2019 contribuiu para a perpetuação deste cenário, uma vez que trouxe alterações significativamente prejudiciais às garantias individuais do preso, como por exemplo a vedação ao livramento condicional em casos específicos e o aumento do limite máximo para cumprimento da pena de trinta para quarenta anos.

Nessa toada, ao aumentar o limite máximo para cumprimento da pena causa-se também prejuízo às garantias da sociedade, uma vez que quanto mais tempo o sujeito fica afastado do convívio social, vivendo em condições insalubres e desumanas e sendo tratado como um animal feroz, maior é a chance de ele sair mais violento e menos sociável, pois o reexame do seu comportamento delituoso dentro do cárcere é veementemente substituído pela incitação do ódio e da vingança.

Ademais, por trás da realidade de superlotação dos estabelecimentos prisionais está uma cultura preconceituosa e discriminadora proveniente do direito inquisitivo, que incentiva a intervenção máxima do Estado no que diz respeito principalmente à restrição de direitos em face de um público específico: pobres e negros, os quais representam um porcentual vultoso da população carcerária. Deste modo, o Estado utiliza do seu direito de punir, via de regra com base na condição do sujeito, em vez de usá-lo com lastro no ato por ele praticado.

De mais a mais, outra celeuma abordada que em muito interfere na retidão do julgamento do mérito é a predileção por provas específicas que são usadas como base para condenar ou absolver o réu, o que evidentemente é um grande problema, pois sendo o processo penal adotante do sistema do livre convencimento motivado, é incoerente admitir que um modelo de prova tarifada seja aceito nos ditames processuais da atualidade.

Sendo assim, cumpre salientar que o Estado, enquanto tripartição de poderes, tem muito a evoluir no que concerne à desconstrução da cultura inquisitória que ainda se faz muito presente na realidade jurídica, seja pela cultura discriminatória arraigada nos próprios operadores do direito, seja pela falta de atualização das legislações com vistas a assegurar a manutenção dos direitos e garantias difundidas pelo Estado Democrático de Direito. Urge essa evolução para que o *jus puniendi* não continue sendo um castigo nem uma espécie de vingança a um público determinado, mas uma tentativa genuína de ressocialização para harmonização e efetivação do bem social.

REFERÊNCIAS

- AVENA, Norberto. **Execução penal**. 6. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2019. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987411/>. Acesso em: 19 out. 2022.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- BING. **Psicose carcerária**. 12 out. 2022. Disponível em: <https://www.bing.com/search?q=psicose+carceraria&cvid=575acd0c07e047b1afa4f0d5ee8dd2ef&aqs=edge.69i57j0l2.2859j0j1&pglt=297&FORM=ANNTA1&PC=ACTS>. Acesso em: 12 out. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, 13 jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 30 set. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 450. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 18 de novembro de 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 10 fev. 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2548046>. Acesso em: 12 set. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 08 de junho de 2021. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 08 jun. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 12 ago. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 104.410. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 06 de março de 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 27 mar. 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>. Acesso em: 23 set. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 113.334. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 26 de novembro de 2013. **Diário da Justiça**. Brasília, 18 fev. 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5474595>. Acesso em: 12 set. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 97.256. Relator: Ministro Ayres Brito. Brasília, DF, 01 de setembro de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 01 set. 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>. Acesso em: 13 set. 2022.
- BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596960/>. Acesso em: 19 out. 2022.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2019. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597020403/>. Acesso em: 18 out. 2022.

CAROLLO, João Carlos Correa de Oliveira. **O princípio nemo tenetur se deterege e sua necessária conformação ao princípio da proporcionalidade**: um mecanismo imprescindível para obtenção do garantismo penal integral. 2012. 174 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <https://portal.estacio.br/media/3101/joao-carollo-2012.pdf>. Acesso em: 14 out. 2022.

CASQUER, Caroline S. A Inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/90. **JusBrasil**, 9 jun. 2015. Disponível em: <https://carolinesilvacasquer.jusbrasil.com.br/artigos/313391619/a-inconstitucionalidade-do-artigo-2-paragrafo-1-da-lei-n-8072-90>. Acesso em: 6 out. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. STJ: Pagamento a qualquer tempo extingue punibilidade do crime tributário. **MSJ**, 6 out. 2017. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/10/06/stj-pagamento-qualquer-tempo-extingue-punibilidade-crime-tributario/>. Acesso em: 11 out. 2022.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book.

FIGUEIREDO, Patrícia Vanzolini; JUNQUEIRA, Gustavo; FULLER, Paulo Henrique Aranda; PARDAL, Rodrigo. **Lei anticrime comentada**: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595512/>. Acesso em: 19 out. 2022.

LOPES JR., Aury; PINHO, Ana Claudia Bastos de; ROSA, Alexandre Morais. **Pacote anticrime**: um ano depois. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553618453/>. Acesso em: 18 out. 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Juspodivm, 2022.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620834/>. Acesso em: 19 out. 2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

MURUS, Alexsandro Alves de. **Reflexões sobre a prova de reconhecimento no processo penal**. 2021. 67 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da criança e do adolescente - comentado**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992798/>. Acesso em: 19 out. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2015. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6296-8/>. Acesso em: 19 out. 2022.

PONTIERI, Alexandre. A jurisprudência atual do STF e do STJ sobre a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo. **Migalhas**, São Paulo, 18 fev. 2020. Migalhas de Peso. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/320602/a-jurisprudencia-atual-do-stf-e-do-stj-sobre-a-extincao-da-punibilidade-pelo-pagamento-do-tributo>. Acesso em: 11 out. 2022.

ROSÁRIO, Jéssica Caçula. **Da restrição dos direitos fundamentais frente ao princípio da proibição da proteção deficiente do estado no combate ao crime organizado**. 2013. 85 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade de Direito de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2013.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 0006894-62.2015.8.26.0229. Relator: Leme Garcia. São Paulo, SP, 25 de julho de 2022. **Diário da Justiça Eletrônico**. São Paulo, 25 jul. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 1500412-73.2022.8.26.0004. Relator: Gilda Alves Barbosa Diodatti. São Paulo, SP, 11 de outubro de 2022. **Diário da Justiça**. São Paulo, 11 out. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 1501277-28.2020.8.26.0599. Relator: Marcos Alexandre Coelho Zilli. São Paulo, SP, 19 de setembro de 2022. **Diário da Justiça Eletrônico**. São Paulo, 19 set. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 10, p. 303-354, 2006. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2134/655>. Acesso em: 14 set. 2022.

SENRA, Carolina Maria Gurgel. Princípio da proibição da insuficiência: o dever do estado de proteção mínima aos direitos sociais fundamentais. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 81, p. 127-153, set. 2021. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2360635/Carolina+Maria+Gurgel+Senra.pdf>. Acesso em: 14 out. 2022.

STJ. Pagamento a qualquer tempo extingue punibilidade do crime tributário. **STJ**, 27 set. 2017. Notícias. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-09-27_08-31_Pagamento-a-qualquer-tempo-extingue-punibilidade-do-crime-tributario.aspx. Acesso em: 11 out. 2022.

STRECK, Lenio Luiz, **O princípio da proibição de proteção deficiente (untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário**

liberal-individualista clássico. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/criminal/doutrina>. Acesso em: 22 maio 2022.

STRECK, Maria Luiza Schafer. **O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente:** a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. 2008. 161 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2008.



TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, BEATRIZ CRISTINA SOARES GONZAGA

discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº 31864538, período NOTURNO, turma S, tendo realizado o TCC com o título:

O DIREITO PENAL E AS DUAS FACES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: EXCESSOS E INSUFICIÊNCIAS POR PARTE DO ESTADO NA EXECUÇÃO DA PENA E NA VALORAÇÃO DA PROVA

sob a orientação do(a) Professor(a) ANDRÉ BOIANI E AZEVEZO

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 04 de novembro de 2022.

Beatriz C Soares Gonzaga
Assinatura do discente