



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A PREVENÇÃO GERAL NEGATIVA

Adriana Pimentel Figliuolo Horta Fernandes

Rio de Janeiro  
2019

ADRIANA PIMENTEL FIGLIUOLO HORTA FERNANDES

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A PREVENÇÃO GERAL NEGATIVA

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* de Especialização em Direito Penal e Processual Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores orientadores:

Lucas Tramontano de Macedo

Néli Luiza Cavalieri Fetzner

Nelson Carlos Tavares Junior

## O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A PREVENÇÃO GERAL NEGATIVA

Adriana Pimentel Figliuolo Horta Fernandes

Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduada pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo** – Atualmente, a criminalidade crescente traz à tona o papel da prevenção geral negativa, uma vez que o papel coercitivo do Estado parece não ser efetivo, abrindo margem para discursos extremistas no seio da sociedade. Assim, busca-se um meio termo entre a proporcionalidade assegurada pelo ordenamento constitucional e a prevenção geral negativa, que propugna um método de apaziguamento social. O princípio da proporcionalidade apresenta-se como uma baliza necessária para além do Direito Penal. Assim, o trabalho buscará verificar as influências do princípio da proporcionalidade no ordenamento jurídico penal brasileiro, sem prejuízo de uma análise crítica dos institutos acolhidos pelo legislador. Por fim, será analisada a forma pela qual o princípio da proporcionalidade reforça o caráter contramajoritário da atividade jurisdicional, preservando o conteúdo da prevenção geral negativa e, ao mesmo tempo, limitando a forma pela qual o Estado busca coibir as práticas antissociais do injusto penal.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Prevenção Geral Negativa. Proporcionalidade Dogmática

**Sumário** – Introdução. 1. A prevenção geral negativa sob uma perspectiva histórica. 2. Influências do princípio da proporcionalidade sobre a prevenção geral negativa. 3. Relações entre a prevenção geral negativa e o princípio da proporcionalidade. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho acadêmico versa acerca das implicações teóricas e práticas do princípio da proporcionalidade no Direito Penal brasileiro, sobretudo diante do surgimento do recrudescimento dos anseios sociais no que se refere ao combate à corrupção e aos crimes contra a Administração Pública. Busca-se evidenciar, nesse particular, os contornos normativos das medidas adotadas pelo Estado para proporcionar um ambiente de pacificação social mediante a sanção penal.

Nesse diapasão, a pesquisa científica irá direcionar-se ao cotejo de posições jurisprudenciais e teses doutrinárias, objetivando discorrer sobre o equilíbrio entre o protagonismo do princípio da proporcionalidade, bem como os seus três consectários, e a prevenção geral negativa da pena, que possui o papel relevante de fornecer uma resposta jurídica aos intentos da sociedade.

O trabalho enfoca a temática da repercussão do princípio da proporcionalidade em face da prevenção geral negativa, sobretudo em virtude da necessidade de um recrudescimento da sanção penal frente à criminalidade organizada.

O Direito Penal, historicamente, sempre cumpriu uma função essencial ao ordenamento jurídico, notadamente a fixação de sanções aos agentes que, ao arrepio de toda uma construção social, violavam as leis da comunidade em que viviam.

Nesse sentido, um passo fundamental para o aprimoramento das instituições de persecução penal foi o estabelecimento de uma lógica proporcional entre a pena cominada ao indivíduo que ameaçasse a higidez normativa da sociedade e o ato que, de fato, fora praticado.

Tendo em vista que o Código Penal brasileiro, em seu art. 59, dispõe que a pena deverá cumprir os misteres de prevenção e repressão de crimes, entra em voga uma necessidade premente de analisar os novos contornos da prevenção geral negativa da sanção penal, principalmente em relação à estruturação típica.

Contudo, não se pode olvidar que o princípio da proporcionalidade deve permear todo esse processo de ressignificação da prevenção geral negativa, uma vez que o adequado equilíbrio entre esses dois conceitos evita as arbitrariedades.

Esse quadro dogmático, em que pese sua relevância prática, não encontra uma solução perante o ordenamento jurídico brasileiro, ensejando as seguintes reflexões: (i) qual a influência do princípio da proporcionalidade na racionalização do sistema punitivo?; (ii) quais são as influências que o referido princípio exerce no ordenamento jurídico brasileiro?; (iii) como o princípio da proporcionalidade exerce um papel contramajoritário, isto é, de que forma o Estado preserva o conteúdo normativo da prevenção geral negativa e, ao mesmo tempo, garante as prerrogativas do indivíduo que enfrentará as consequências de uma sanção penal?

A discussão acerca da proporcionalidade das penas sempre foi uma das preocupações da justiça criminal. Atualmente, a criminalidade crescente traz à tona o papel da prevenção geral negativa, uma vez que o papel coercitivo do Estado parece não ser efetivo, abrindo margem para discursos extremistas no seio da sociedade. Assim, busca-se evidenciar a necessidade de um meio termo entre a proporcionalidade assegurada pelo ordenamento constitucional e a prevenção geral negativa, que propugna um método de apaziguamento social.

De acordo com a estrutura proposta, no primeiro capítulo o trabalho intenta comprovar que o correto equilíbrio entre a proporcionalidade, abstratamente considerada, e a rigidez das sanções penais foi o fator que possibilitou a construção de um sistema de persecução penal com credibilidade social, bem como sua efetividade.

Já no segundo capítulo, procede-se à análise dos corolários necessários do princípio da proporcionalidade frente ao ordenamento jurídico brasileiro, além de questionar certas construções jurisprudenciais e legislativas que afetam o equilíbrio acima referenciado.

Por fim, no terceiro capítulo, defender-se-á a necessidade de um conjunto normativo que se pautar pelo princípio da proporcionalidade, mas que não esvazie o conteúdo das figuras típicas, privilegiando o papel da prevenção geral negativa.

A pesquisa será desenvolvida privilegiando-se os dados empíricos colhidos a partir de uma análise percuciente da jurisprudência dos Tribunais pátrios. Outrossim, o método dedutivo será utilizado para promover as conclusões acerca do objeto do presente estudo, tecendo um juízo necessariamente qualitativo.

## 1. PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO GERAL NEGATIVA

A partir de uma perspectiva histórica, a função de prevenção geral atribuída à pena criminal igualmente tem por objeto evitar crimes futuros mediante duas facetas: i) uma forma negativa antiga; e, ii) uma forma positiva pós-moderna. A prevenção geral negativa aparece na forma tradicional de intimidação penal, expressa na célebre teoria da coação psicológica de Ludwig Feurbach: o Estado espera que a ameaça da pena desestimule pessoas de praticarem crimes. Por sua vez, a prevenção geral positiva – também chamada de prevenção/integração – surge no final do século XX e pretende representar o novo fundamento do sistema penal.

Noutro giro, a base sociológica da teoria foi desenvolvida por Niklas Luhmann, que atribui ao Direito as funções de estabilização do sistema social, de orientação da ação e de institucionalização de expectativas normativas. Nessa linha, aparecem duas eminentes variantes: i) Roxin<sup>1</sup> concebe a prevenção geral positiva no contexto de outras funções declaradas da pena criminal, legitimada pela proteção de bens jurídicos, de natureza subsidiária e fragmentária; ii) Jakobs propugna que a prevenção geral positiva de modo absoluto, excluindo as funções declaradas de intimidação, de correção e de retribuição do discurso punitivo: a pena é afirmação da validade da norma penal violada – definida como bem jurídico-penal, categoria formal substitutiva da categoria real do bem jurídico -, aplicada com o objetivo de estabilizar as expectativas normativas e de restabelecer a confiança no Direito, frustradas pelo crime.

A crítica jurídica, usualmente realizada, tem por objeto a dimensão negativa e a dimensão positiva da função de prevenção geral da pena criminal. A crítica da prevenção geral

---

<sup>1</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores de Puerto; 2000, p. 258

negativa destaca a ineficácia da ameaça penal para inibir comportamentos criminosos, conforme indicam a inutilidade das cruéis penas corporais medievais e a nocividade das penas privativas de liberdade do Direito Penal moderno. Aliás, afirma-se que não é a gravidade da pena – ou o rigor da execução penal -, mas a certeza, ou a probabilidade, da punição que pode desestimular o autor de praticar crimes – uma velha teoria já enunciada por Cesare Beccaria, sempre retomada como teoria moderna pelo discurso de teóricos do controle social.

Outrossim, a doutrina costuma apontar severas críticas ao conceito de prevenção geral negativa, como atesta Juarez Cirino dos Santos<sup>2</sup>:

Primeiro, a falta de critério limitador da pena transforma a ameaça penal em terrorismo estatal – como indica a lei de crimes hediondos, essa infeliz invenção do legislador brasileiro; segundo, a natureza exemplar da pena como prevenção geral negativa viola a dignidade da pessoa humana porque acusados reais são punidos de forma exemplar para influenciar a conduta de acusados potenciais – em outras palavras, aumenta-se injustamente o sofrimento de acusados reais para desestimular o comportamento criminoso de acusados potenciais.

Nesse sentido, colhem-se as lições paradigmáticas de Cesare Beccaria<sup>3</sup>:

O interesse geral não é apenas que se cometam poucos crimes, mas ainda que os crimes mais prejudiciais à sociedade sejam os menos comuns. Os meios de que se utiliza a legislação para impedir os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais frequente. Deve, portanto, haver uma proporção entre os crimes e as penas. [...] Se for estabelecido um mesmo castigo, a pena de morte, por exemplo, para aquele que mata um faisão e para quem mata um homem ou falsifica um documento importante, em pouco tempo não se procederá a mais nenhuma diferença entre esses crimes; serão destruídos no coração do homem os sentimentos de moral, obra de muitos séculos, cimentada em ondas de sangue, firmada muito lentamente através de mil obstáculos, edifício que apenas se pôde erguer com o auxílio das mais excelsas razões e o aparato das mais solenes formalidades.

Retomando as lições de Cesare Beccaria, afirmam Abel Gomes e Vicente de Paulo Barreto<sup>4</sup>:

Nessa linha é que a punição se reveste de um duplo sentido: no primeiro deles ela visa a dissuadir, impedir a prática de outros crimes. Ao mesmo tempo em que se pune, também se desencoraja o criminoso a reincidir no crime, o que serve de exemplo a toda a sociedade; no segundo, ela assume a função social de expressar um julgamento sobre determinado comportamento e, assim, adquire uma dimensão moral prospectiva. A condenação através do devido processo legal permite que a sociedade vislumbre a deformidade moral do criminoso, e repercute na consciência do infrator e na sociedade, punindo agora e prevenindo para o futuro (...)

---

<sup>2</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: Parte geral*. Curitiba: ICPC, 2014, p. 267

<sup>3</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Lúcia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 54

<sup>4</sup> GOMES, Abel Fernandes; BARRETO, Vicente de Paulo. *A ética da punição*. São Leopoldo/RS: Unisinos; Rio de Janeiro/RJ: Lumen Juris, 2018, p. 180.

Não são, portanto, incompatíveis a retribuição necessária do mal cometido com o delito e a finalidade ressocializadora da punição com vistas à reinserção social. O alcance empírico dessa meta não é de fato simples, mas é a única via para o exercício legítimo da punição num Estado democrático de direito, no qual os valores de uma sociedade livre, justa e solidária compactuados segundo proposições levadas ao debate intersubjetivo e acordes com o princípio maior da dignidade humana não sejam fruto de simples imposição.

Em um momento histórico posterior, surgem as teorias unificadas da pena criminal, que conjugam as teorias isoladas com o objetivo de superar as deficiências particulares de cada teoria, mediante fusão das funções declaradas de retribuição, de prevenção geral e de prevenção especial da pena criminal. Então a pena representaria, cumulativamente, uma retribuição do injusto realizado, mediante compensação ou expiação da culpabilidade; adotando a prevenção especial positiva como uma medida para viabilizar a correção do autor pela ação pedagógica da execução penal, conjugando-a com a prevenção especial negativa que proporciona a segurança social pela neutralização do autor; e, finalmente, a utilização da prevenção geral negativa como intimidação de criminosos potenciais pela ameaça penal, tendo seu sentido garantido pela prevenção geral positiva como manutenção/reforço da confiança na ordem jurídica.

No Brasil, o Código Penal<sup>5</sup> consagra as teorias unificadas ao determinar a aplicação da pena “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”: a reprovação exprime a ideia de retribuição da culpabilidade; a prevenção do crime abrange as modalidades de prevenção especial (correção e neutralização do autor) e de prevenção geral (intimidação e manutenção/reforço da confiança na ordem jurídica) atribuídas à pena criminal.

Em outra perspectiva, essa tríplice função atribuída à pena criminal corresponderia aos três níveis de realização do Direito Penal: a função de prevenção geral negativa corresponderia à cominação da ameaça no tipo legal; a função de retribuição e a função de prevenção geral positiva correspondem à aplicação judicial da pena, atentando-se ao princípio da individualização da reprimenda; bem como as funções de prevenção especial positiva e negativa corresponderiam à execução penal.

Nesse diapasão, confira-se os ensinamentos de Juarez Cirino dos Santos<sup>6</sup>:

Os defeitos das teorias isoladas não desaparecem nas teorias unificadas da pena criminal, com a reunião das funções (a) de compensar ou expiar a culpabilidade, (b) de corrigir e neutralizar o criminoso, e (c) de intimidar autores potenciais e de manter/reforçar a confiança no Direito. Por outro lado, a admissão de diferentes funções da pena criminal, mediante cumulação de teorias contraditórias e reciprocamente excludentes, significa adotar uma pluralidade de discursos

---

<sup>5</sup> BRASIL. *Decreto-Lei n° 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União. Brasília 7 dez. 1940, art. 59. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) > Acesso em 1 de maio de 2019.

<sup>6</sup> SANTOS, op. cit., p. 34.

legitimantes capazes de racionalizar qualquer punição pela escolha da teoria mais adequada para o caso concreto.

Pode-se inferir, portanto, que a intimidação lícita exercida pelo Estado começa no momento da cominação das sanções penais e é corroborada com a aplicação e a execução das mesmas. A efetividade da prevenção geral, neste particular, decorre da eficácia do funcionamento do sistema penal em seu conjunto: a aplicação e a execução das penas tornam mais visível a ameaça penal, conferindo credibilidade às instituições que exercem o *ius perseguendi* e, ulteriormente, o *ius puniendi*.

Sob a perspectiva criminológica, Eugênio Rául Zaffaroni e Nilo Batista explicam que: “a criminalização assumiria uma função utilitária, livre de toda consideração ética e, por conseguinte, sua medida deveria ser a necessária para intimidar aqueles que possam sentir tentação de cometer delitos”.<sup>7</sup>

Conclui-se, por conseguinte, que a manutenção de uma relevância sistêmica e doutrinária da prevenção geral negativa serve a dois propósitos principais: i) conferir legitimidade às instituições que buscam a punição e segregação do indivíduo, gerando um discurso racional para a imposição da pena; e, ii) garantir a proteção efetiva de bens jurídicos caros ao corpo social como um todo, coadunando-se, portanto, com os ideais democráticos, uma vez que é a norma jurídica a forma precípua na árdua tarefa de salvaguardar direitos fundamentais.

Em outro prisma, o princípio da proporcionalidade impõe uma relação entre a ameaça da sanção afiançada pelo Estado e a gravidade da conduta *in abstracto*, uma vez que o sistema punitivo deve ser dotado de uma racionalidade intrínseca, como uma forma de fornecer substrato à sua oponibilidade *erga omnes*. Não à toa, essa noção advém a partir dos contratualistas, que em sua maioria enxergavam um direito de resistência caso o soberano descumprisse o objeto de fundação do Estado: a garantia dos direitos naturais do cidadão. Assim, a flagrante desproporcionalidade entre reprimenda e sanção violaria direitos básicos do homem, deslegitimando a criminalização de condutas.

Neste trabalho, questiona-se a relação de proporcionalidade entre as condutas praticadas em sede de crimes econômico-financeiros e as reprimendas a que estão submetidas, perquirindo-se, ainda, o papel da prevenção geral negativa no processo cada vez mais crescente de reprovação moral e jurídica das atividades que lesem o erário e a Administração Pública.

---

<sup>7</sup> ZAFFARONI, Eugenio Rául; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 117.

## 2. INFLUÊNCIAS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE SOBRE A PREVENÇÃO GERAL NEGATIVA

Importante salientar que a Constituição de 1988 apresenta um relevante avanço para a construção de uma teoria acerca do princípio da proporcionalidade, sobretudo em virtude de uma clara inspiração no modelo constitucional germânico. Sob a perspectiva constitucional, o reconhecimento da vigência e eficácia do princípio em questão é imperativa, uma vez que a aplicação analítica deste conceito contribui para ampliar a previsibilidade da atuação do Poder Judiciário neste particular.

Atualmente, relevante segmento doutrinário compreende que a proporcionalidade realmente figura de forma autônoma no cenário principiológico. Nesse sentido, afirmam Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento<sup>8</sup>:

De nossa parte, entendemos que a proporcionalidade representa autêntico princípio. Primeiramente, porque a sua incidência deve ser calibrada em razão da tensão com outros princípios constitucionais, como a democracia e a separação dos poderes. É isso que justifica que, em determinadas hipóteses, se recomende ao Judiciário uma postura de autocontenção na aplicação da proporcionalidade, em favor das decisões adotadas por outros órgãos estatais. Portanto, não há aplicação da proporcionalidade de acordo com a lógica do “tudo ou nada”. E, em segundo lugar, porque existe, sim, um conteúdo material próprio da proporcionalidade, ligado à contenção racional do poder estatal.

Nesse diapasão, os atos estatais devem ser compatibilizados com o princípio da proporcionalidade, obedecendo, ainda, aos três subprincípios, cuja aplicação deve ser sucessiva e complementar: i) adequação; ii) necessidade; e, iii) proporcionalidade em sentido estrito. Dessa forma, torna-se intuitiva a conclusão de que as normas penais, em especial as normas penais incriminadoras, estão submetidas a este postulado geral.

O subprincípio da adequação apresenta dois corolários que devem ser cumpridos simultaneamente: i) os fins perseguidos pelo Estado devem ser legítimos; e, ii) os meios adotados devem ser aptos para contribuir para o atingimento dos objetivos estatais. Portanto, este subprincípio demanda que as medidas propugnadas pelo Estado contribuam, de fato, para a persecução de uma finalidade que encontre respaldo no ordenamento constitucional. No âmbito penal, as normas incriminadoras buscam tutelar diversos bens jurídicos relevantes ao seio social e que, concomitantemente, são elencados no rol de garantias fundamentais em nossa Constituição, como a vida, a integridade física, o meio ambiente, dentre outros. Relativamente

---

<sup>8</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 472.

ao preceito secundário, isto é, a sanção criminal, deve-se perquirir se a pena constitui um meio adequado para a proteção da finalidade legítima. Desse modo, afirmada a adequação da pena, mormente ante a neutralização do agente causador da lesão, cabe a análise da necessidade da pena.

O subprincípio da necessidade propugna que dentre diversas medidas possíveis aptas a promover uma determinada finalidade com a mesma intensidade, o Estado deve optar pela menos gravosa. Neste particular insere-se o debate acerca da prevenção geral negativa e a necessidade da imposição da pena privativa de liberdade. No caso de crimes cometidos mediante violência, o isolamento do indivíduo é medida que se revela adequada e necessária, uma vez que a integridade das vítimas ou testemunhas estaria ameaçada. Contudo, nos crimes econômicos, a restrição da liberdade de locomoção pode não se revelar tão eficiente quanto a restrição aos bens do autor do crime ou a cominação de uma multa compensatória, por exemplo. Assim, a coerção estatal pode não exercer o efeito desejado nos agentes que estejam inclinados a cometer essa espécie de delito. Contudo, não se trata de uma invalidação completa da prevenção geral negativa, mas sim de uma modificação de paradigmas para que o Estado coíba, de fato, a criminalidade.

Por fim, há o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, que estabelece a compensação entre a restrição ao bem jurídico imposta pela medida estatal e a promoção do interesse contraposto. É, em suma, uma relação de custos e benefícios da medida intentada. Parece intuitivo supor que a prisão de um autor de um homicídio qualificado promova um incentivo maior à não-criminalidade e melhor proteção ao bem jurídico subjacente que o pagamento de uma multa. Em outra vertente, somente a prisão dos autores de crimes econômicos, ainda que satisfaça parcela da população e contribua para a difusão de uma noção de igualdade material perante a lei, sequer contribui para a composição dos danos resultantes da prática criminosa, uma vez que este tipo de delito costuma gerar perdas relevantes aos particulares ou ao erário público.

Nesse sentido, advém a relação essencial entre o princípio da proporcionalidade e a prevenção geral negativa, uma vez que o referido princípio traduz uma otimização da atividade estatal, auxiliando na especialização da coerção realizada e viabilizando uma proteção do bem jurídico de acordo com suas peculiaridades. Em virtude desta sistemática, o legislador frequentemente estabelece penas de multa aos agentes que praticam delitos de ordem econômica, além da possível imposição de medidas como o sequestro, arresto e alienação antecipada de bens. Portanto, o Estado do século XXI procura se afastar de modelos antiquados

de persecução penal, adaptando-se às novas formas de criminalidade e evitando uma padronização de sanções que não culminaria na pacificação social almejada pelo direito penal.

### 3. RELAÇÕES ENTRE A PREVENÇÃO GERAL NEGATIVA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Diante da indubitável relação de complementariedade entre o princípio da proporcionalidade e a prevenção geral negativa, como uma das finalidades expressas da sanção penal, cumpre salientar a feição dúplice do referido princípio constitucional.

Em um primeiro momento, nos cumpre reafirmar o papel do princípio da proporcionalidade na contenção do poder estatal, sobretudo perante a ótica do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, afirma Fábio Araújo Roque<sup>9</sup>:

[...] a proporcionalidade surge vinculada à concepção de limitação do poder estatal, tendo em vista a tutela dos interesses individuais. Sendo certo que ao Estado cabe proceder à limitação destes interesses individuais, de molde a atender ao interesse público, a proporcionalidade aparece como medida de atuação do Estado; assim, o agir estatal há de ser proporcional, proporcionalidade esta que há de ser observada entre os meios a serem empregados e os fins a serem alcançados.

Sob outro prisma, o princípio da proporcionalidade abrange também uma perspectiva individual, uma vez que tal mandamento constitucional constitui desdobramento lógico do princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF/88), que se observa em três momentos distintos: a) na definição, pelo legislador, do delito e sua pena; b) na imposição da pena pelo magistrado; e, c) na execução da pena. A individualização da pena, neste particular, impõe um tratamento próprio a cada detento custodiado pelo Estado, de forma que a coação legítima representada pela prevenção geral negativa cede espaço à análise personalizada da sanção penal que será aplicada ao agente do injusto. Nesse mister, inclusive, o Supremo Tribunal Federal possui entendimento pacificado no sentido de que qualquer iniciativa legislativa de estabelecer determinado regime inicial de cumprimento de pena afronta a Constituição, uma vez que subtrai do magistrado o dever de aquilatar as circunstâncias que integram o caso concreto.

Ainda que a principal vertente da correlação entre o princípio da proporcionalidade e a prevenção geral negativa seja a proibição do excesso, por parte do legislador ou do magistrado, a proteção dos bens jurídicos tutelados não deve ser tida como um mister secundário. Ao revés, o excesso é tão indesejado quanto a insuficiência da reprimenda legal

---

<sup>9</sup> ROQUE, Fábio Araújo. *O princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 117-119.

oriunda do Estado. Essa compreensão é abalizada, inclusive, pelo Pretório Excelso<sup>10</sup>, como se vê, *in verbis*:

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbot), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebot). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Ubermassverbot), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbot). [...] O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição do excesso (Ubermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot).

Nesse mesmo sentido, pronunciam-se Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto<sup>11</sup>:

Hoje, compreende-se que é papel do Estado atuar positivamente para proteger e promover direitos e objetivos comunitários, e que ele ofende a ordem jurídica e a Constituição não apenas quando pratica excessos, intervindo de maneira exagerada ou indevida nas relações sociais, mas também quando deixa de agir em prol dos direitos fundamentais ou de outros bens jurídicos relevantes, ou o faz de modo insuficiente. Neste contexto, há quem defenda que o princípio da proporcionalidade pode também ser utilizado para combater a inércia ou a atuação deficiente do Estado em prol de bens jurídicos tutelados pela Constituição. [...] Reconheceu-se, portanto, um dever de proteção estatal dos direitos fundamentais – mesmo os de matriz liberal –, que se estende ao Legislativo, à Administração Pública e ao Poder Judiciário. Este dever de proteção é também chamado de imperativo de tutela. Daí decorre que o princípio da proporcionalidade também pode ser manejado para controlar a observância pelo Estado deste dever de proteção, de forma a coibir a sua inação ou atuação deficiente.

Dessa forma, assim como o princípio da proporcionalidade deve conferir à prevenção geral negativa uma feição de contenção de possíveis excessos, a prevenção geral negativa busca a otimização do mandamento constitucional, buscando proporcionalizar a melhor proteção possível aos bens jurídicos, evitando a intervenção estatal insuficiente.

Em relação à proibição da proteção insuficiente, afirma Gilmar Mendes<sup>12</sup>:

Ao lado da ideia da proibição do excesso tem a Corte Constitucional alemã apontado a lesão ao princípio da proibição da proteção insuficiente. Schlink observa, porém, que, se o Estado nada faz para atingir um dado objetivo para o qual deva enviar esforços, não parece que esteja a ferir o princípio da proibição da insuficiência, mas sim um dever de atuação decorrente de dever de legislar ou de qualquer outro dever de proteção. Se se comparam, contudo, situações do âmbito das medidas protetivas,

<sup>10</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: *HC n° 104410 RS*. Relator: Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 06/03/2012. Segunda Turma. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21457539/habeas-copus-hc-104410-rs-stf/inteiro-teor-110360120?ref=juris-tabs> >. Acesso em: 02 de fevereiro de 2019.

<sup>11</sup> SARMENTO; SOUZA NETO, op. cit., p. 480.

<sup>12</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 228.

tendo em vista a análise de sua eventual insuficiência, tem-se uma operação diversa da verificada no âmbito de proibição do excesso, na qual se examinam as medidas igualmente eficazes e menos invasivas. Daí concluiu que ‘a conceituação de uma conduta estatal como insuficiente (untermässig), porque ‘ela não se revela suficiente para uma proteção adequada e eficaz’, nada mais é, do ponto de vista metodológico, do que considerar referida conduta como desproporcional em sentido estrito (unverhältnismässig im engeren Sinn)’.

Verifica-se, portanto, que a atuação estatal deve ser dirigida de forma racional à punição. Contudo, a eficácia das medidas adotadas não se liga, necessariamente, ao punitivismo desmedido, consubstanciado em majoração de penas e endurecimento da política estatal de combate ao crime organizado. Certamente, essas ferramentas são capazes de lidar com a criminalidade usual.

Entretanto, principalmente em sede dos delitos econômicos que envolvem grandes conglomerados empresariais, os instrumentos processuais e investigatórios ordinários não apresentam uma adequação razoável. Nesse sentido, forçoso reconhecer que, ao não adotar providências no sentido de prevenir tais crimes cometidos no âmbito de sociedades empresárias, o Estado viola o princípio da proporcionalidade, mormente em face de sua dimensão de proibição da proteção insuficiente.

Noutro giro, o princípio da proporcionalidade também é aplicado em sede das medidas cautelares de natureza pessoal. Claus Roxin<sup>13</sup>, referindo-se especificamente à prisão cautelar, assinala que o princípio constitucional da proporcionalidade demanda a restrição da medida e dos limites da prisão preventiva ao estritamente necessário, revelando a verdadeira existência de um Estado de Direito, devendo todos os profissionais do Direito, notadamente os que representam o Estado na persecução penal, estarem cientes dos males que qualquer encarceramento, e em especial o provisório, produzem no sujeito passivo da medida. Nesse sentido, afirma que:

[...] entre as medidas que asseguram o procedimento penal, a prisão preventiva é a ingerência mais grave na liberdade individual; por outra parte, ela é indispensável em alguns casos para uma administração da justiça penal eficiente. A ordem interna de um Estado se revela no modo em que está regulada essa situação de conflito; os Estados totalitários, sob a antítese errônea Estado-cidadão, exagerarão facilmente a importância do interesse estatal na realização, o mais eficaz possível, do procedimento penal. Num Estado de Direito, por outro lado, a regulação dessa situação de conflito não é determinada através da antítese Estado-cidadão; o Estado mesmo está obrigado por ambos os fins: assegurar a ordem por meio da persecução penal e proteção da esfera de liberdade do cidadão. Com isso, o princípio constitucional da proporcionalidade exige restringir a medida e os limites da prisão preventiva ao estritamente necessário.

---

<sup>13</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores de Puerto; 2000, p. 258

Dessa forma, por ocasião da decretação de uma prisão cautelar, impõe-se ao magistrado uma ponderada avaliação dos malefícios gerados pelo ambiente carcerário, agravados pelas más condições e superlotação do sistema carcerário, sem prejuízo, todavia, da proteção dos legítimos interesses da sociedade e da eficácia da persecução penal.

Não se pode olvidar, portanto, que o princípio da proporcionalidade possui um duplo espectro, representado por um âmbito negativo – de proteção contra o excesso – e por um âmbito positivo – de proibição de ineficiência, também chamado de vedação da proteção deficiente.

Especificamente em relação ao subprincípio da necessidade – que propugna a escolha da medida menos gravosa à liberdade do indivíduo, dentre várias medidas restritivas de direitos fundamentais idôneas a atingir o fim proposto – podemos salientar as inovações legislativas trazidas pela Lei nº 12.403/11. Ao ampliar o rol de medidas cautelares de natureza pessoal à disposição do juiz criminal (constante nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal), o diploma legislativo dá concretude ao subprincípio da necessidade, possibilitando que o juiz natural utilize a prisão cautelar somente na hipótese de imprestabilidade das demais medidas cautelares.

Assim, a decretação da prisão preventiva ou temporária somente será possível quando as medidas cautelares diversas da prisão, adotadas de forma isolada ou cumulativa, mostrarem-se inadequadas ou insuficientes para assegurar a eficácia do processo penal.

Destarte, a fim de se harmonizar a imposição de qualquer medida cautelar de natureza pessoal com o princípio da proporcionalidade, e com o objetivo de não se emprestar a ela função exclusivamente punitiva, que é própria do momento em que ocorre o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, impõe-se concluir que sua decretação somente é possível quando, além de necessária e adequada, não resulte na imposição de gravame superior ao decorrente de eventual provimento condenatório.

## CONCLUSÃO

Inferese, portanto, que a relação entre o princípio da proporcionalidade e a prevenção geral negativa constitui um dos pilares de um Direito Penal comprometido com as garantias constitucionais e os direitos fundamentais. Dessa forma, é imperioso ressaltar o papel da proporcionalidade na otimização da atividade punitiva estatal, viabilizando a efetividade das

sanções, almejando, ao fim, a proteção de determinados bens jurídicos elencados pelo legislador.

Tendo em vista essa dinâmica, deve-se perquirir, portanto, se a mera imposição de elevadas penas privativas de liberdade é a escolha mais racional e efetiva para desencorajar a prática de ilícitos penais. Sobretudo nos delitos contra a Administração Pública, que normalmente envolvem a apropriação ilegítima de milhões de reais provenientes do Erário, a reclusão do indivíduo que perpetrou tais crimes certamente cumpre o papel de pacificar os ânimos da população, que espera a externalização de atos que combatam a impunidade de certos setores da sociedade. Contudo, a sanção não deve circunscrever-se nesse âmbito, ampliando as perspectivas de penalização do agente. Nesse sentido, por exemplo, além da pena corporal em sede de criminalidade econômica, o ressarcimento aos cofres públicos é uma medida de igual relevância, devendo ser perseguida pelo Estado, uma vez que, no caso concreto, o interesse público subjacente à sanção penal deve ser satisfeito dessa forma, atingindo, inegavelmente, a prevenção geral negativa e contribuindo para pacificar o seio social.

Noutro giro, devemos concluir que este liame existente entre o princípio da proporcionalidade e a prevenção geral negativa não deve abranger apenas a conduta que reprime a atividade criminosa, voltando-se às práticas que combatam a criminalidade sob a perspectiva preventiva. Nesse sentido, inserem-se as políticas públicas que incentivam os acordos de leniência e o direito penal premial, cujo maior expoente é o instituto da Colaboração Premiada. Diante dessas novas técnicas, o princípio da proporcionalidade é aplicado em sua plenitude, coibindo o ilícito antes mesmo de sua consumação, o que contribui sobremaneira para apresentar à sociedade um panorama favorável no combate ao crime.

Assim, a principal conclusão que se deve extrair da correlação entre o princípio da proporcionalidade e a prevenção geral negativa é que a otimização do *ius puniendi* estatal nem sempre se baseia na lógica do “tudo ou nada”, primando pela punição imediata como política pública precípua. Diante das práticas que marcam as relações modernas em sede do Direito Penal contemporâneo, a possibilidade de se evitar o delito deve assumir a face principal da atuação dos órgãos de persecução criminal, uma vez que a punição justa e proporcional deve satisfazer os ditames da prevenção geral negativa, mas viabilizar a reinserção social do indivíduo ou a readequação da pessoa jurídica às práticas do meio econômico.

## REFERÊNCIAS

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Lúcia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União. Brasília 7 dez. 1940, art. 59. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) > Acesso em 1 de maio de 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: Parte geral*. 7. ed. Salvador: JusPodivim, 2019.

GOMES, Abel Fernandes; BARRETO; Vicente de Paulo. *A ética da punição*. São Leopoldo/RS: Unisinos; Rio de Janeiro/RJ: Lumen Juris, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 4. ed. Salvador: JusPodivim, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ROQUE, Fábio Araújo. *O princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal*. Salvador: Juspodivm, 2011.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores de Puerto; 2000, p. 258

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: Parte geral*. Curitiba: ICPC, 2014.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *STF - Habeas Corpus: HC 104410 RS*. Relator: Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 06/03/2012. Segunda Turma. Data de Publicação: Acórdão Eletrônico DJe-062. Divulgado em: 26/03/2012. Publicado em: 27/03/2012. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21457539/habeas-corpus-hc-104410-rs-stf/inteiro-teor-110360120?ref=juris-tabs> >. Acesso em: 02 de fevereiro de 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: Teoria geral do direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.