

PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO INSUFICIENTE EM MATÉRIA PENAL? LIMITES E POSSIBILIDADES

Ingo Wolfgang Sarlet*
Jayme Weingartner Neto**

Resumo: Completando quatro décadas desde a promulgação da Lei nº 7.209/84 – cujos compromissos humanistas ainda impactam o direito penal brasileiro –, o presente trabalho se propõe a rever, consolidar, atualizar e adensar as ideias já publicadas sobre o problema da proibição de proteção insuficiente. À luz das novas construções dogmáticas e jurisprudenciais, busca-se definir os limites e possibilidades do emprego da proibição de insuficiência no quadro jurídico-constitucional, de modo a contribuir na composição de um equilíbrio entre os extremos e da máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Proporcionalidade. Dimensão objetiva. Deveres de proteção. Direito penal.

Sumário: 1. Introdução. 2. Algumas notas acerca da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e os deveres de proteção do estado. 3. A dupla via da proporcionalidade: entre proibições de excesso e de insuficiência. 4. Algumas reflexões sobre a aplicação da proibição de insuficiência de proteção em matéria penal, à luz de alguns exemplos. 5. Considerações finais. Referências.

* Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Munique. Professor Titular da Escola de Direito da PUCRS e docente permanente nos Programas de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito e em Ciências Criminais da PUCRS. Bolsista Produtividade PQ-2 do CNPQ. Desembargador aposentado do TJRS. Advogado e parecerista. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-2494-5805>>. E-mail: isarlet@puers.br

** Doutor em Direito pela PUCRS. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. Professor da Escola de Direito da PUCRS, nos cursos de graduação em Direito, mestrado e doutorado em Ciências Criminais. Pesquisador do CEDIRE. Desembargador no TJRS. ORCID: <<https://orcid.org/0009-0005-5495-7988>>. E-mail: jayme.neto@puers.br

Insufficient protection prohibition in criminal law? limits and possibilities

Abstract: As we reach four decades since the promulgation of Law No. 7.209/84 – whose humanistic commitments still impact Brazilian criminal law – this paper aims to review, consolidate, update, and deepen previously published ideas on the issue of prohibition of inadequate protection. In light of new dogmatic and jurisprudential developments, the goal is to define the limits and possibilities of employing the prohibition of inadequacy within the legal-constitutional framework, thereby contributing to achieving a balance between extremes and maximizing the effectiveness of fundamental rights and guarantees.

Keywords: Fundamental rights. Proportionality. Objective dimension. Protection duties. Criminal law.

Summary: 1. Introduction. 2. Some notes on the objective dimension of fundamental rights and the state's protection duties. 3. The dual track of proportionality: between excess and insufficiency prohibitions. 4. Some reflections on the application of insufficient protection prohibition in criminal law, in light of some examples. 5. Final considerations. References.

1 Introdução

O presente texto tem por escopo participar (e quiçá contribuir) da ampla e relevante reflexão que se encontra em curso, a respeito do direito penal contemporâneo, por ocasião das quatro décadas desde o surgimento da Lei nº 7.209/84, que nos propicia rever o problema da proibição de proteção insuficiente, um tema que nos é caro por vários motivos... O primeiro autor (PA, Ingo) publicou, no Brasil, o texto inaugural acerca da matéria, ainda em 2003 (T1),¹ e lá se vão mais de vinte anos, o que recomenda consolidar, atualizar e adensar as ideias então vertidas (que se encontram nas seções 1 e 2 do presente trabalho), bem como avançar e discutir ulteriores desdobramentos e aplicações, o que pretendemos na seção 3. Justamente a partir de 2003, o segundo autor (SA, Jayme) inicia doutoramento orientado pelo PA e estreitamos a colaboração acadêmica, que se materializa, como exemplo, em obra conjunta sobre “Constituição e Direito Penal”.²

Também é um bom momento, neste fio condutor, para observar a evolução da constitucionalização do direito penal no Brasil, a considerar o estado da arte quando da “Reforma da Parte Geral” em cotejo com os dias de hoje, natu-

¹ “Constituição e Proporcionalidade: O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre a Proibição de Excesso e a Proibição de Insuficiente”. *Revista de Estudos Criminais*, v. 12, p. 86-112, 2003. Este T1 experimentou, em versões ligeiramente atualizadas, publicações posteriores (2004, 2005, 2006). Na mesma época – e estamos a mencionar análises vinculadas diretamente ao direito penal – surgiam também os primeiros trabalhos específicos de Lenio Luiz Streck e Luciano Feldens versando sobre o tema, embora sua publicação (2004 e 2005, respectivamente) tivesse ocorrido após a elaboração da primeira versão do T1, apresentada ao Congresso Internacional do IBCCRIM de 2003.

² SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme. *Constituição e Direito Penal: questões polêmicas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

ralmente levando em conta, neste interregno, o advento da Constituição Federal de 1988 (CF) e, sempre, os ventos que sopram e crispam a interação social.

Nesta toada, podemos iniciar saudando o edifício legislativo promulgado em 11 de julho de 1984, que se dá quando da abertura que a sociedade brasileira ia exigindo (bastaria lembrar do movimento das “Diretas Já”), contando com razoável debate na tramitação e que também culminaria na pioneira Lei de Execução Penal. Ares humanistas animaram a Reforma da Parte Geral do Código Penal (CP). Suas razões vão sintetizadas no item 5 da Exposição de Motivos: a “pressão dos índices de criminalidade e suas novas espécies, a constância da medida repressiva como resposta básica ao delito, a rejeição social dos apenados e seus reflexos no incremento da reincidência, a sofisticação tecnológica, que altera a fisionomia da criminalidade contemporânea...”. Soa atual? Infelizmente, já a filosofia que animou o Poder Legislativo, no que tange às penas, parece perdida nas brumas de um tempo quase irreconhecível, como constou no item 26: pois uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade “terá de restringir a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere”.³ A inspiração generosa, consistente e prudencialmente normatizada, pode explicar parte, a esta altura, da longevidade, num tempo tão acelerado, sem prejuízo dos aperfeiçoamentos e atualizações que fazem parte do mundo da cultura.⁴

Por outro lado, evidente a matriz iluminista e liberal da Reforma, sendo premissa a rejeição do excesso em face da “última ratio”, lembrando que a dou-

³ Claro, longe se estava das divisivas “guerras culturais”, de modo que um dos próceres da Reforma podia afirmar, naquele então, que a inteligência contemporânea parecia compreender que “a sociedade humana não está implacavelmente dividida entre o bem e o mal, entre homens bons e maus, embora os haja” e se dava ao luxo de citar um teólogo “para justificar o fim não exclusivamente retributivo da pena” (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*: de acordo com a Lei nº 7.209, de 11-7-1984, e a Constituição de 1988. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 69-70). E diante das resistências, especialmente de esferas dominadas por um pensamento autoritário e repressivo – a dificultar principalmente a implementação das “novidades” na área de execução penal –, respondia aos “saudosistas” que a decantada realidade brasileira, na matéria, “tem sido de uma notória, proclamada e brutal monstruosidade” (p. 78). O trecho serviria como epígrafe para a ADPF nº 347.

⁴ Um pouco neste clima o coro entoado em reação ao PLS 236/2012, que visa instituir novo Código Penal, cujo “açodamento autoimposto produziu uma primeira versão repleta de graves defeitos”: *Deixem a Parte Geral como está* – GRECO, Luís et. alii. *Parte Geral do Código Penal*: uma proposta alternativa para debate. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 15-17. Os autores dizem se mirar no “exemplo dos parcimoniosos reformadores de 1984, de modo a evitar toda tentação de reinventar a Parte Geral”; não encontrando falhas estruturais, as alterações propostas destinam-se apenas a corrigir “defeitos insuportáveis”, sem imposição de “viés ideológico” e nem assinalando “filiação agremiativa”, pois um “Código adota soluções concretas, decorrentes de uma concepção geral, mas não adota um movimento científico” (p. 19, lembram, em sinal diverso, a “sonolenta” discussão sobre a adoção do “finalismo” [um relevante movimento científico alemão] pela Reforma).

trina à época não se ocupava ainda do princípio da proporcionalidade. A obra citada de Toledo, como emblema, tem sua 4ª edição em 1991, já com dois anos da CF e, pese uma nota mencione atualização e alguns acréscimos “frente ao novo texto constitucional”, salvo um tópico sobre requisitos da legítima defesa, sequer há menção à proporcionalidade, como diretriz confluyente que seja, mesmo versando sobre “missão e limites do direito penal”.⁵ Também no clássico Heleno Fragoso, logo na introdução da sua obra, o Capítulo 1 versa sobre o “Conceito de Crime”, com rubrica específica para as relações entre “Direito Penal e Direito Constitucional”; todavia, nem uma linha sobre a proporcionalidade.⁶ Uma última referência se pode fazer ao célebre trabalho de Nilo Batista, em que são cinco os princípios elencados como básicos pelo autor, sendo que a proporcionalidade não consta nesse rol.⁷

Um rápido olhar para a doutrina mais recente (não estamos, ainda, a tratar de literatura monográfica) basta para ver o quanto mudou o ambiente. Juarez Cirino dos Santos dedica todo o Capítulo 2 de seu “Direito Penal: Parte Geral” para os “Princípios do Direito Penal”, elencando seis, dentre os quais o “Princípio da proporcionalidade”, mas apenas como proibição de excesso.⁸ No mesmo sentido, Marcelo Semer, em livro inteiramente voltado para os “Princípios Penais no Estado Democrático de Direito”, discorre detalhadamente acerca do “Princípio da Proporcionalidade”, também descartando o “postulado da *proteção deficiente*”.⁹

Claro que o fato de a doutrina penal, paulatinamente, se referir ao princípio da proporcionalidade nem garante o acerto científico quando da sua aplicação e, menos ainda, a progressiva e efetiva constitucionalização do sistema pe-

⁵ TOLEDO, *passim*, p. 6-20. Apenas ao tratar da legítima defesa é que vai constar, no título: “d) Necessidade dos meios utilizados. Princípio da proporcionalidade. A moderação” – trata-se de clássica polêmica dogmática a questão da “proporcionalidade” na legítima defesa, célebre a posição “dura” de Hungria a profligar o “sentimentalismo latino”, desatualizada para Toledo, lembrando também que seria incongruência acolher princípios como “insignificância” e “adequação social” para excluir o crime e, “ao mesmo tempo, *deixar de acolher princípios análogos, como o da proporcionalidade*” (p. 202-203, grifamos).

⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 5-8.

⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 64.

⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 8. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 28-32 – aqui o princípio é abordado a partir da sua matriz germânica, com seus três princípios parciais, citando Alexy e mencionando a coincidência com análises da Criminologia Crítica; a proporcionalidade é vista na dimensão abstrata e concreta e dirigindo-se ao legislador e ao juiz criminal, mas apenas como vedação de excesso, pois o princípio “não conhece, em nenhuma de suas formulações originais, a pretensa dimensão de *proibição de proteção insuficiente*, criada pela imaginação punitivista da literatura brasileira.”

⁹ SEMER, Marcelo. *Princípios penais no Estado democrático de direito: anotado com alterações da Lei 13.964/19*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. p. 119-226, “sobretudo em face dos limites da legalidade”. Adiante, colaciona jurisprudência ligada ao tema (p. 210-212).

nal. Em obra de fôlego, à qual voltaremos, Ademar Borges de Sousa Filho adverte que o direito penal brasileiro conserva “apatia” diante do déficit de constitucionalidade do direito penal, chegando a mencionar, em última instância, uma certa tolerância sistêmica com a “crueldade”.¹⁰ Justificado, portanto, neste horizonte, retomar o tema da proporcionalidade na seara penal, na dimensão bastante discutida e discutível da proibição de insuficiência de proteção; antes, contudo, deve-se bem ancorar o princípio no direito constitucional – pois esse diálogo, embora atualmente celebrado, nem sempre se materializa e pode facilmente se dispersar em cacofonia, o que certamente não colabora para uma agenda humanista e factível.

Fique claro, então. No marco jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, o princípio da proporcionalidade (a despeito de toda a controvérsia que o cerca), especialmente ao vedar a ação arbitrária do Estado e se manifestar como exigência da própria isonomia e expressão da noção de Justiça, acabou por assumir uma posição de tamanho destaque que não há mais como quedarmos simplesmente indiferentes quando se cuida de sua aplicação também na esfera penal, aqui compreendida de modo amplo, abrangendo tanto a dimensão material quanto processual. Aliás, é justamente nesta seara que o princípio da proporcionalidade talvez tenha tido maior repercussão, já que sua ressonância em outras áreas, designadamente no direito administrativo e tributário, de há muito já estava incorporada à tradição doutrinária e jurisprudencial brasileira, embora a intensificação no que diz com a sua aplicação prática e no concernente ao debate teórico tenha efetivamente atingido o seu apogeu nas últimas duas décadas. Nesse sentido, bastaria apontar para a farta produção bibliográfica e ao significativo número de decisões judiciais, inclusive dos Tribunais Superiores, invocando a proporcionalidade, por mais que em muitos desses casos seja possível (e necessário) verificar a consistência dos julgados e a correção dos resultados.

Sobre o tema, o PA sustentou (à época, como referido, praticamente isolado no contexto nacional, ainda mais em matéria penal) que a noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente, como ainda será desenvolvido, a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, razão pela qual a proporcionalidade também é incompatível com a ausência de uma proteção ou com uma proteção insuficiente dos direitos fundamentais, motivo pelo qual a doutrina (já com alguma repercussão na jurisprudência) passou a advogar a existência de uma dupla dimensão, ou, como preferem Lenio Streck e Luciano Feldens, dois ilustres pioneiros no te-

¹⁰ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de Constitucionalidade de Leis Penais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 915-916.

ma, de uma “dupla face”¹¹ do princípio da proporcionalidade, operando simultaneamente como proibição de excesso e como proibição de insuficiência de proteção.

Transcorridos já alguns anos, seguimos convictos da correção das premissas centrais daquela análise, assim como estamos convencidos da oportunidade e conveniência de retomarmos, à luz de novos estímulos oriundos da doutrina e da jurisprudência, o debate que, a nosso sentir, ainda está longe de alcançar níveis desejáveis de consistência e rendimento. Acima de tudo, temos a firme convicção de que a defesa de uma concepção garantidora dos direitos fundamentais, única compatível com os pressupostos do Estado Democrático de Direito, somente se revela como legítima em sendo afinada com a adequada consideração e aplicação do princípio da proporcionalidade, na sua dúplici acepção já referida e como se verá.

Com efeito, nunca é demais relembrar que o fio condutor da nossa análise segue sendo a necessidade de superar moral, jurídica e socialmente, a era dos extremos, que caracterizou o breve século XX, na precisa historiografia de Hobsbawm.¹² A citação parece ainda mais adequada agora, quando “o extremismo passou a ser dos fenômenos mais marcantes dos tempos áridos que nos tocam testemunhar, em boa medida incrementados pela arquitetura e dinâmica das redes sociais. Entre ‘bandidólatras’ e ‘populistas penais’ – como num vulgar duelo retórico de soma zero para o avanço de um direito penal democrático –, sobram rótulos e se cava um fosso abissal, a bloquear até mesmo algumas das mais básicas intuições humanistas”.¹³ A divisão da sociedade, que explica parte das crises da democracia, segundo arguto observador, decorre de polarização, racismo e hostilidade. Observa que racismo e multiculturalismo “são ideologias que fracionam a sociedade em grupos”; mais, a ideologia pós-moderna, quando combinada com o relativismo cultural, “implica uma multiplicidade de verdades. A verdade de uma declaração é autenticada pela identidade de quem fala e todas as ideologias são igualmente válidas. Isso cria um mundo que per-

¹¹ Cf. STRECK, Lenio Luiz, “A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais”. In: *Revista da AJURIS*, n. 97, p. 171 e ss., mar. 2005, assim como FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal. A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle das Normas Penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, especialmente p. 155 e ss. Ainda no âmbito das monografias, há a tese de José Paulo Baltazar Junior, que dedicou um livro ao assunto da proibição de insuficiência, com foco na criminalidade organizada (BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010) – tendo escrito antes da Lei 12.850/13, dizia que o crime do artigo 288 do Código Penal era, por si só, *insuficiente* para a repressão à criminalidade organizada, devendo haver tipo penal específico para tanto (p. 226).

¹² HOBBSAWM, Eric. *A Era dos Extremos*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

¹³ SARLET; WEINGARTNER NETO, p. 11-12.

mite diferenças, mas impede divergências. [...] O que distingue as pessoas não são as informações, mas epistemologias alternativas”.¹⁴

Neste horizonte, multiplicam-se os desencontros entre sociedade e Estado, que afloram, como não podia deixar de ser, em inúmeras paragens do processo de interação social, compreensíveis as “ondas de indignação”, que são extremamente eficazes na “mobilização e aglutinação da atenção”, mas, fluidas e voláteis, “não são adequadas para a configuração do discurso público, do espaço público”. Para esse efeito, são “demasiado incontroláveis, incalculáveis, instáveis, efêmeras e amorfas. Crescem subitamente e desfazem-se com a mesma rapidez. [...] Carecem da estabilidade, da constância e da continuidade indispensáveis ao discurso público”.¹⁵ Estamos, enfim, abertos ao bom debate na esfera pública, que não abre mão da sensibilidade social diante de uma das nações mais desiguais do mundo, consciente do racismo estrutural, das discriminações ancestrais e renovadas, do insustentável descabimento do sistema prisional, dos graves e violentos crimes que vitimam tantos vulneráveis... E, ainda assim, numa postura que se pretende serena.

Registramos, ainda, que a esfera pública brasileira não prescinde do Ministério Público, seja pelo desenho institucional que a CF consagrou, seja pelo valor e história de seus membros, de tantos serviços prestados. Seu papel central em relação ao sistema penal é evidente e quanto mais estiver consciente de suas potencialidades e seus limites (máximos e mínimos), melhor será o direito penal do Estado democrático que almejamos.

A despeito dessas e de outras considerações relevantes para o contexto no qual se insere também este trabalho, o que importa nesta fase preliminar é destacar a necessidade de valorizar o marco jurídico-constitucional que, por conta dos direitos e deveres fundamentais, impõe limites ao Estado e à própria sociedade, e que a legislação em matéria penal e processual penal, assim como a atuação da Administração Pública, do Poder Judiciário e das funções essenciais ao sistema de Justiça nesta matéria, somente será legítima quando compatível com os parâmetros normativos da Constituição, o que inclui (por mais que ainda alguns queiram contestar) o respeito às exigências da proporcionalidade.

Assim, embora retomando, em parte, questões já desenvolvidas nos textos anteriores referidos, empreenderemos a tentativa de, após uma breve recapitulação dos aspectos principais da dogmática constitucional em matéria de deveres de proteção do Estado e da correlata concepção da proporcionalidade como proibição de excesso e proibição de insuficiência de proteção (atualizada à luz da produção doutrinária mais recente), aprofundar a discussão, à luz de al-

¹⁴ PRZEWORSKI, Adam. *Crises da democracia*. Trad. de Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

¹⁵ HAN, Byung-Chul. *No enxame*. Reflexões sobre o digital. Rio de Janeiro: Relógio D'Água, 2006. p. 19.

guns exemplos extraídos da jurisprudência brasileira e em diálogo com a doutrina, acerca das possibilidades e limites da aplicação da categoria da proibição de proteção insuficiente em matéria penal.

2 **Algumas notas acerca da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e os deveres de proteção do estado**

Em que pese o substancial consenso a respeito da existência de uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais (pelo menos no âmbito da dogmática constitucional europeia continental),¹⁶ importa consignar, desde já, que, no concernente ao seu conteúdo, significado e suas diversas implicações, ainda se constata algumas controvérsias na doutrina e jurisprudência, dissídio este que se manifesta até mesmo na seara terminológica, em face das diversas denominações atribuídas à perspectiva ou dimensão objetiva dos direitos fundamentais.¹⁷

Sem que se possa aqui aprofundar o tema, o que importa, para efeitos do presente texto, é a constatação – forjada e desenvolvida já a partir da Década de 1950 pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha – de que a função dos direitos fundamentais não se limita (notadamente no contexto do Estado Democrático de Direito) à sua condição de direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.¹⁸ Em outras palavras, de acordo com o que consignou Pérez Luño, na esteira da doutrina e jurisprudência germânica, já recolhida por outras ordens constitucionais, os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais.¹⁹

¹⁶ Como contraponto, vale destacar – sem que aqui se vá desenvolver este aspecto – a ausência de um desenvolvimento dogmático similar no direito constitucional norte-americano, o que não significa que não exista uma profícua e influente produção versando sobre os valores constitucionais no âmbito das discussões em torno dos limites e da legitimação da interpretação constitucional. Neste sentido, v. o contributo de Daniel Sarmento, “A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: fragmentos de uma teoria”. In: TORRES, Ricardo Lobo; MELLO, Celso Albuquerque (Org.). *Arquivos de Direitos Humanos*. v. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 73 e ss.

¹⁷ Cf. a advertência de ALEXY, Robert. Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen. In: *Der Staat* 29 (1990). p. 51.

¹⁸ Cf. *BVerfGE* 7, 198/204 e ss., posteriormente objeto de ratificação em uma série de outras decisões (por ex., *BVerfGE* 49, 89/141 e ss, e, mais recentemente, em *BVerfGE* 98, 365/395).

¹⁹ Cf. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 20-21, que, neste contexto, aponta para a função legitimadora do Estado de Direito decorrente desta significação axiológica objetiva dos direitos fundamentais, na medida em que constituem os

Assim, em termos gerais, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais significa que às normas que preveem direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende esta perspectiva subjetiva,²⁰ e que, além disso, desemboca no reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais.²¹ É por isso que a doutrina costuma apontar para a perspectiva objetiva como representando também – naqueles aspectos que se agregaram às funções tradicionalmente reconhecidas aos direitos fundamentais – uma “mais-valia jurídica”, no sentido de um reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais,²² mais-valia esta que, por sua vez, pode ser aferida por meio das diversas categorias funcionais desenvolvidas na doutrina e na jurisprudência, que passaram a integrar a assim denominada perspectiva objetiva da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais e dentre as quais o reconhecimento de deveres de proteção (imperativos de tutela) assume um lugar de destaque, inclusive no que diz com sua repercussão na esfera jurídico-penal.

Se até agora estivemos nos movimentando no âmbito da dimensão objetiva na sua acepção valorativa, e não na esfera do desenvolvimento de novos conteúdos que podem integrar, de acordo com a distinção feita por Vieira de Andrade, a perspectiva jurídico-objetiva sob o aspecto de sua caracterização como um reforço (no sentido de complementação) da eficácia normativa dos direitos fundamentais há que tomar posição também nesta seara. Mais propriamente, para evitar eventual confusão com os pontos que acabamos de desenvolver, cuida-se aqui de apontar para os desdobramentos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais na qualidade de efeitos potencialmente autônomos, no sentido de não necessariamente atrelados (o que não implica refutar a conexão evidente entre a dimensão objetiva e subjetiva) aos direitos fundamentais na sua condição de normas de direito subjetivo.²³ Como bem lembra Konrad Hesse, a multiplicidade de significados inerente aos direitos fundamentais na condição de elementos da ordem objetiva corre o risco de ser subestimada caso for reduzida à dimensão meramente axiológica, de acordo com a qual os direitos fundamentais constituem uma ordem de valores objetiva²⁴ e cujos aspectos peculiares já foram objeto de breve referência.

pressupostos do consenso sobre o qual se funda qualquer sociedade democrática, exercendo, neste sentido, o papel de sistematizar o conteúdo axiológico objetivo do ordenamento democrático.

²⁰ Cf., dentre tantos, VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 143.

²¹ Neste sentido, por exemplo, DREIER, Horst. In: *JURA* 1994. p. 509.

²² Cfr. leciona VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais...*, p. 165.

²³ A este respeito, v. a lição de VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais...*, p. 161.

²⁴ Cf. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C. F. Muller, 1995, p. 135.

Como primeiro desdobramento de uma força jurídica objetiva autônoma dos direitos fundamentais costuma apontar-se para o que a doutrina alemã – de modo não imune a importantes críticas –²⁵ denominou de uma eficácia irradiante ou efeito de irradiação (*Ausstrahlungswirkung*) dos direitos fundamentais e, por evidente, do princípio da dignidade da pessoa humana e demais princípios fundamentais, no sentido de que estes, na sua condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que, além disso, apontaria para a necessidade de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais, que, ademais, pode ser considerada – ainda que com restrições – como modalidade semelhante à difundida técnica hermenêutica da interpretação conforme a Constituição.²⁶ A técnica da interpretação conforme, como bem sinalou Daniel Sarmento, muito embora constitua valioso instrumento para a concretização da eficácia irradiante, não exclui outras manifestações desta última, já que a aplicação dos valores constitucionais mais elevados às situações concretas não se verifica (pelo menos não se deveria verificar) apenas em situações de cunho patológico,²⁷ reclamando uma verdadeira filtragem constitucional²⁸ que, em linhas gerais, encontra expressão na permanente necessidade de uma interpretação prospectiva²⁹ e emancipatória³⁰ da ordem jurídica à luz do espírito da Constituição.³¹

²⁵ Cfr. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht*. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1999 (existe tradução em língua portuguesa sob o título *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003), p. 30-31, afirmando que a expressão eficácia irradiante não possui consistência dogmático-jurídico, não representando mais do que uma fórmula vaga e imprecisa extraída da linguagem cotidiana.

²⁶ V., dentre outros, PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte, Staatsrecht II*. Heidelberg: C. F. Muller, 1995, p. 23 e ss., bem como de SACHS, Michael. *Vorbermerkungen zu Abschnitt I*. In: SACHS, Michael (Org.). *Grundgesetz-Kommentar*. München: C.H. Beck, 1996. p. 79 s.

²⁷ Cfr. SARMENTO, Daniel. *A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais...*, p. 80-81.

²⁸ A respeito deste tema v. a obra específica de SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional. Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999.

²⁹ Nesta perspectiva v. as já clássicas contribuições em língua portuguesa de MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. v. II. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988 (ao destacar que com a promulgação de uma nova Constituição ocorre a novação da ordem jurídica e, portanto, imperiosa a sua reinterpretação) e, entre nós, de BARROSO, Luís Roberto. *Aplicação e Interpretação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 145 (falando-nos de uma interpretação evolutiva), assim como STRECK, Lenio Luís. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, em linhas gerais lembrando que não se deve olhar o novo com os olhos do velho, isto é, com o olhar voltado para trás.

³⁰ CLÈVE, Clémerson Merlin. Teoria Constitucional e o Direito Alternativo. In: *Uma Vida Dedicada ao Direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, referindo que por meio da constitucionalização (notadamente pela via interpretativa) os valores emancipatórios contidos na Constituição incidirão sobre a ordem jurídica infraconstitucional.

³¹ De modo geral, estamos a nos mover aqui em seara a respeito da qual (pelo menos no concernente à necessidade de uma interpretação conforme a Constituição e uma filtragem constitucional da normativa infraconstitucional) existe já expressiva e qualificada doutrina no direito pátrio, não sendo o caso de desenvolver esta perspectiva.

Associado ao assim chamado efeito irradiante dos direitos fundamentais encontra-se, portanto, o assim designado fenômeno da constitucionalização de todos os ramos do Direito (com todas as suas sequelas, a começar pela já referida superação de uma concepção dicotômica das categorias do público e do privado e da afirmação da noção de unidade do sistema jurídico), bem como a problemática mais específica da sua eficácia na esfera nas relações entre particulares, que, por sua vez, desborda dos limites deste trabalho. Em suma, naquilo que toca o objeto do presente estudo, cuida-se de levar a sério a função da Constituição como limite material do direito penal e marco delimitador da própria política criminal,³² o que somente será possível se o direito penal e o processo penal forem de fato constituídos desde a Constituição e da sua axiologia.³³

Assim sendo, em causa não está outra coisa senão a necessária e já referida *filtragem* constitucional também do direito penal e processual penal e que implica uma leitura constitucionalmente adequada de todos os institutos jurídico-penais, inclusive a coerente aplicação do princípio da proporcionalidade (seja no concernente à sua já referida dúplice dimensão, seja no que diz com os seus respectivos critérios) sobre o que, de resto, voltaremos a nos pronunciar.³⁴

Além das funções já referidas e dos outros desdobramentos possíveis no âmbito da dimensão jurídico-objetiva e que aqui não teremos condição de desenvolver, assume relevo – notadamente em virtude de sua particular repercussão para a temática ora versada – a função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado (por sua vez, agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais) na condição de deveres de proteção (*Schutzpflichten*) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões oriundas de particulares e até mesmo de outros Estados.³⁵

O Estado – como bem lembra Dietlein – passa (ao menos, assim o deveria!), de tal modo, a assumir uma função de guardião – e não de principal de-

³² Cf., por todos, FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal...*, p. 40 e ss.

³³ Cf. a fórmula proposta para o processo penal por LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. 1. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 7 e ss.

³⁴ É nesta perspectiva que se situa, por exemplo, a afirmação de HASSEMER, Winfried. Segurança Pública no Estado de Direito. In: *Três Temas de Direito Penal*. Porto Alegre: Publicações da Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 70, no sentido de que o direito processual penal não é outra coisa senão direito constitucional aplicado.

³⁵ A este respeito, v., dentre outros, HESSE, Konrad. *Grundzüge...* p. 155, e SACHS, Michael. In: *Grundgesetz...* p. 79-80. Na literatura em língua portuguesa v. especialmente SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de Proteção de Direitos Fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. p. 167 e ss.

trator – dos direitos fundamentais.³⁶ Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza com o objetivo precípua de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais e os bens e interesses que constituem o objeto da tutela jusfundamental.³⁷ No âmbito da doutrina germânica, a existência de deveres de proteção encontra-se associada principalmente – mas não exclusivamente – à dignidade humana e aos direitos fundamentais à vida e integridade física (saúde), tendo sido desenvolvidos com base no art. 2, inc. II, da Lei Fundamental, além da previsão expressa encontrada em outros dispositivos.³⁸ Se passarmos os olhos pelo catálogo dos direitos fundamentais de nossa Constituição (no caso, a Brasileira), será possível encontrarmos também alguns exemplos que poderiam, em princípio, enquadrar-se nesta categoria.

Assim, poder-se-ia cogitar de um dever geral de proteção decorrente expressamente do artigo 5º, “caput”, da CF, que menciona expressamente o direito à segurança, assim como a proteção do consumidor na forma da lei (art. 5º, inc. XXXII), do dever de assegurar-se a proteção das participações individuais em obras coletivas (art. 5º, inc. XXVIII). No âmbito dos direitos sociais dos trabalhadores, merecem destaque as normas do art. 7º, inc. X (proteção do salário, na forma da lei), art. 7º, inc. XXVII (proteção legal contra a automação) e art. 7º, inc. XX (proteção do mercado de trabalho da mulher), apenas para que se fique na esfera das hipóteses que de forma mais evidente anunciam deveres expressos de proteção por parte do Estado, por meio de medidas legislativas na esfera dos direitos fundamentais. Da mesma forma podem ser colacionados o dever estatal de proteção das manifestações das culturas populares (artigo 215, §1º, CF), o dever de proteção do ambiente (artigo 225, caput) e o dever de proteção da fauna e da flora (artigo 225, §1º, VII), proteção da família (artigo 216, caput, CF), entre outros.

Partindo-se de possível e prestigiada (embora não incontroversa) distinção entre uma dimensão negativa e positiva dos direitos fundamentais, convém relembrar que, como direitos de defesa, os direitos fundamentais constituem limites (negativos) à atuação do Poder Público, impedindo, por exemplo, ingerências indevidas na esfera dos bens jurídicos fundamentais, ao passo que, atuando na sua função de deveres de proteção (imperativos de tutela), as normas de direitos fundamentais implicam – em primeira linha – deveres de atuação positiva do Estado, notadamente, obrigando-o a intervir (preventiva ou repressivamente) inclusive quando se tratar de agressão oriunda de outros particulares.

³⁶ Cfr. DIETLEIN, Johannes. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992. p. 17 e ss.

³⁷ Cf. a lição, dentre outros, de BADURA, Peter. *Staatsrecht*. München: C.H. Beck, 1986. p. 79.

³⁸ Neste sentido, PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte...* p. 26-27.

Tal dever de proteção – para além de expressamente previsto em alguns preceitos constitucionais – pode ser também reconduzido ao princípio do Estado de Direito, na medida em que o Estado é o detentor do monopólio, tanto da aplicação da força, quanto no âmbito da solução dos litígios entre os particulares, que (salvo em hipóteses excepcionais, como a emblemática legítima defesa), não podem valer-se da força para impedir e, especialmente, corrigir agressões oriundas de outros particulares.³⁹

Já em outro plano e deixando de adentrar aqui a discussão em torno da subjetivação dos deveres de proteção (portanto, da existência de direitos à proteção),⁴⁰ situa-se a celeuma em torno dos pressupostos para a incidência de um dever de proteção e o seu reconhecimento pelos órgãos jurisdicionais, em outras palavras, da legitimação para a intervenção do controle judicial nesta seara.

Neste sentido, vale colacionar a lição de Claus-Wilhelm Canaris, para quem deverá haver a concorrência dinâmica dos seguintes critérios:

- a) a incidência da hipótese normativa de um direito fundamental, o que resta afastado quando se pode partir do pressuposto que determinadas hipóteses estão desde logo excluídas do âmbito de aplicação de determinada norma jusfundamental;
- b) necessidade de proteção e de seus indicadores: ilicitude da conduta, efetiva ameaça ao bem fundamental e dependência (no sentido próximo de uma suscetibilidade) do titular do direito fundamental ameaçado em relação ao comportamento de terceiros.⁴¹

Que os critérios elencados por Canaris não excluem outras posições e igualmente não são imunes a críticas, não afasta a circunstância de que um *dever de proteção* (e, portanto, um dever de atuação do Estado) carece de uma *especial justificação* para o seu reconhecimento e reclama especial *cuidado no seu controle*, nomeadamente naquilo que diz com a *aplicação dos critérios da proporcionalidade compreendida como proibição de insuficiência de proteção*, o que voltará a ser objeto de menção, com no contexto jurídico-penal.

Deixando de lado, para avançar, a controvérsia que grassa em torno da possibilidade de se deduzirem, com base nos deveres de proteção do Estado (isto é, na função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela) certas

³⁹ Sobre este fundamento da teoria dos deveres de proteção, v. MUNCH, Ingo von. *Die Drittwirkung von Grundrechten in Deutschland*. Frankfurt am Main: Peter Lang, p. 26. Mais recentemente, aprofundando o tema, tanto em nível da teoria político, quanto na perspectiva jurídico-constitucional – teoria dos direitos fundamentais, v. SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de Proteção dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 45 e ss.

⁴⁰ Sobre este tópico, v., dentre outros, a abalizada síntese de LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 182 e ss.

⁴¹ Cfr. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht*. p. 72 e ss.

posições jurídicas subjetivas, de modo especial o reconhecimento de um direito individual subjetivo a medidas ativas de proteção por parte dos poderes públicos⁴² – desde logo é perceptível o quanto tal dimensão assume destaque na esfera jurídico-penal, já que um dos importantes meios pelos quais o poder público realiza o seu dever de proteção em relação a direitos fundamentais é justamente o da proteção jurídico-penal dos mesmos.

Aliás, tomando-se o caso da Alemanha, foi justamente nesta seara (mais precisamente por ocasião do debate em torno da proteção do direito à vida e da descriminalização do aborto) que a teoria dos deveres de proteção acabou encontrando receptividade na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal.⁴³

No que diz com os desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais subsequentes, basta atentar para a relevância da discussão a respeito do modo de implementação dos deveres de proteção, que, de há muito, dentre outros aspectos, se trava, por exemplo, em torno do complexo problema dos limites e possibilidades quanto ao reconhecimento de mandados implícitos de criminalização e suas consequências, assim como a respeito da descriminalização e/ou despenalização de condutas ofensivas a direitos fundamentais ou outros aspectos vinculados aos mandados expressos e implícitos de criminalização,⁴⁴ que, de resto, não são desconhecidos à CF.

Por mais que se possa discutir se a finalidade primeira do direito penal é, ou não, a proteção de determinados bens jurídicos (e se apenas bens fundamentais – ou ao menos determinados bens fundamentais! – são dignos da tutela por meio do direito penal),⁴⁵ certo é que a resposta penal para condutas ofensivas a bens jurídicos pessoais e sociais sempre tem por efeito – pelo menos em

⁴² Sobre o ponto, v., dentre outros, ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 410 e ss.

⁴³ Neste sentido, a paradigmática decisão encontrada em *BVerfGE* v. 39, especialmente p. 49 e ss (houve uma segunda decisão a respeito da descriminalização do aborto, do dia 28 de maio de 93, [*BVerfGE* 88, p. 203 e ss.] que acabou chancelando a figura da assim denominada proibição de insuficiência, que será objeto de análise um pouco mais detida neste estudo, mas que, em linhas gerais, não desbordou – naquilo que interessa aos deveres de proteção – essencialmente da primeira) Nesta mesma linha (notadamente no concernente ao reconhecimento de deveres de proteção estatais) situam-se importantes decisões de outros Tribunais Constitucionais, com destaque para a decisão do Tribunal Constitucional da Espanha (Sentença nº 53, de 1985) e do Tribunal Constitucional de Portugal (Acórdão nº 288, de 18.04.98). Em todas estas decisões assumiu papel de destaque o argumento de que o Estado tem um dever de proteção da vida mesmo contra a pessoa da mãe e que tal dever exige a implementação de um sistema legal de proteção da vida, que, considerando a natureza do valor em causa, inclui uma proteção na esfera jurídico-penal, de tal sorte que também a descriminalização de condutas ofensivas a bens fundamentais pode ser impugnada por inconstitucional.

⁴⁴ Entre nós, v. especialmente os desenvolvimentos de FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal...*, especialmente p. 69-154.

⁴⁵ A respeito desta problemática, v., entre outros, CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. Entre nós. Remetemos novamente a FELDENS, Luciano, idem nota 35 supra.

princípio e de algum modo, especialmente quando se trata da coibição temporária da prática de delitos – a sua proteção, não importando (neste contexto) o quão efetiva é a proteção, quais os seus limites e até mesmo se existe para tanto uma justificativa legítima.

Tais considerações, por sua vez, remetem-nos diretamente ao princípio (ou postulado, como preferem alguns) da proporcionalidade e às suas aplicações na esfera jurídico-penal, visto que tanto a tipificação penal de uma conduta (que sempre resulta em alguma intervenção em direitos fundamentais) quanto a ausência de tutela penal podem implicar violação das exigências da proporcionalidade.

Convém retomar aqui a noção de que o direito penal e o direito processual penal apenas podem ser compreendidos no marco da Constituição e que esta impõe limites aos poderes constituídos, inclusive ao legislador, que dispõe apenas de uma relativa liberdade de conformação ao definir os tipos penais, fixar sanções e estabelecer outras medidas vinculadas ao poder de punir estatal.⁴⁶

3 A dupla via da proporcionalidade: entre proibições de excesso e de insuficiência

Ainda que não se pretenda aqui uma digressão a respeito do significado e conteúdo do princípio (?)⁴⁷ da proporcionalidade no âmbito da teoria constitucional, que, de resto, reclamaria uma investigação de proporções monográficas, não poderíamos, contudo (a despeito da farta e qualificada produção doutrinária já existente mesmo em língua portuguesa), deixar de esboçar – especialmente quanto a este ponto – alguns contornos que reputamos essenciais ao enfrentamento do tema deste ensaio e que já nos podem fornecer o quadro suficiente para as ponderações a serem tecidas no último segmento, onde pretendemos concretizar a problemática esboçada na introdução analisando alguns casos extraídos da jurisprudência e da legislação.

⁴⁶ Cf. por todos, PULIDO, Carlos Bernal. *El derecho de los derechos*. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 117.

⁴⁷ O ponto de interrogação entre parênteses nos remete à discussão em torno da qualificação jurídico-normativa da proporcionalidade, já que se discute a sua condição de princípio ou de regra (tomando-se aqui ambas as noções tal qual formuladas teoricamente por Robert Alexy e seus seguidores), isto sem falar nas considerações mais recentes questionando a condição propriamente principiológica da proporcionalidade (especialmente em se partindo dos referenciais apresentados por Alexy) que, segundo esta doutrina, notadamente quando se cuidar do controle de constitucionalidade (proporcionalidade) de atos estatais, assume feições de postulado normativo-aplicativo, razão pela qual se faz referência a um dever de proporcionalidade. Neste sentido, v. a contribuição crítica de ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003, especialmente p. 104 e ss (no que diz com a proporcionalidade).

Na seara do direito penal (e isto vale tanto para o direito penal material, quanto para o processo penal) resulta – como já referido – inequívoca a vinculação entre os deveres de proteção (isto é, a função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela) e a teoria da proteção dos bens jurídicos fundamentais, como elemento legitimador da intervenção do Estado nesta seara, não mais se questionando seriamente, apenas para referir outro aspecto, a necessária e correlata aplicação do princípio da proporcionalidade e da interpretação conforme a Constituição.

Com efeito, para a efetivação de seu dever de proteção, o Estado – por meio de um dos seus órgãos ou agentes – pode acabar por restringir de modo desproporcional um direito fundamental, hipótese que corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais que, nesta perspectiva, atuam como direitos de defesa, no sentido de proibições de intervenção, portanto, de direitos subjetivos em sentido negativo, se assim preferirmos. O princípio da proporcionalidade atua, neste plano (o da proibição de excesso), como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais, o que também já é de todos conhecido e dispensa, neste contexto, maior elucidação.

Por outro lado, o Estado – também na esfera penal – poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente, isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos, ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É neste sentido que – como contraponto da assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência de proteção, no sentido de insuficiente ou deficiente implementação dos deveres de proteção estatais. Nesse sentido, a proibição de proteção insuficiente atua como critério para aferição da violação de deveres estatais de proteção e dos correspondentes direitos à proteção.⁴⁸

A partir de desenvolvimentos teóricos formulados especialmente por Claus-Wilhelm Canaris⁴⁹ e Josef Isensee,⁵⁰ o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, por ocasião da sua segunda decisão sobre o aborto, em maio de 1993,

⁴⁸ Cf., neste sentido, a conceituação proposta por PULIDO, Carlos Bernal. *EL principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, especialmente p. 798 e ss.

⁴⁹ Cfr. CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechte und Privatrecht. In: *AcP (Archiv für die civilistische Praxis)* n° 184, 1984, p. 228 e ss., posteriormente ratificado e desenvolvido na obra *Grundrechte und Privatrecht*, de 1999, já referida.

⁵⁰ Cfr. Josef Isensee. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Org.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. v. V, Heidelberg: C. F. Müller, 1992, §111, onde, além de analisar a função defensiva dos direitos fundamentais, versa com profundidade sobre a função dos direitos fundamentais como deveres de proteção.

considerou que o legislador, ao implementar um dever de prestação que lhe foi imposto pela Constituição (especialmente no âmbito dos deveres de proteção) encontra-se vinculado pela proibição de insuficiência,⁵¹ de tal sorte que os níveis de proteção (portanto, as medidas estabelecidas pelo legislador) deveriam ser suficientes para assegurar um padrão mínimo (adequado e eficaz) de proteção constitucionalmente exigido.⁵² A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão, o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, de uma omissão no sentido pelo menos habitual do termo. Por isso, não nos parece adequada a utilização da terminologia proibição de omissão (como, entre nós, foi proposta por Gilmar Ferreira Mendes)⁵³ ou mesmo da adoção da proposta terminológica de Joaquim José Gomes Canotilho, que – embora mais próxima do sentido aqui adotado – fala em “proibição por defeito”, referindo-se a um “defeito de proteção”.⁵⁴

Deixando de lado considerações de ordem terminológica – mesmo que estas não tenham cunho meramente ornamental! – importa destacar no contexto é que o princípio da proporcionalidade, para além da sua habitual compreensão como proibição de excesso, abrange outras possibilidades, cuja ponderada aplicação, inclusive na esfera jurídico-penal, revela um amplo leque de alternativas. Que tanto o princípio da proibição de excesso, quanto o da proibição de insuficiência (já por decorrência da vinculação dos órgãos estatais aos deveres de proteção) vinculam todos os órgãos estatais, de tal sorte que a problemática guarda conexão direta com a intensidade da vinculação dos órgãos estatais aos direitos fundamentais e com a liberdade de conformação do legislador penal

⁵¹ No âmbito do direito brasileiro, parece-nos que o pioneirismo na utilização desta terminologia deva ser atribuído a SILVA, Jorge Pereira da. O proporcional e o razoável. In: *Revista dos Tribunais*, n. 798, abr. 2002, p. 23 e ss. (especialmente p. 27), anotando, com precisão, que a utilização desta categoria já justificaria, por si só, o abandono do tratamento como sinônimos dos conceitos de proporcionalidade e proibição de excesso.

⁵² Cfr. *BverfGE* 88, p. 203 (254).

⁵³ Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 209.

⁵⁴ Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 267, e, mais recentemente, CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 899 e ss. A terminologia adotada (a despeito da correta explanação de seu significado) não traduz com precisão a ideia de proteção insuficiente (já que o defeito poderia ser diverso, além do que é possível afirmar que defeito também ocorrer na incorreta aplicação do princípio da proibição de excesso) e a noção de que se cuida de categoria contraposta à proibição de excesso.

(não é à toa que se fala que houve uma evolução – pelo menos no que diz com a proporcionalidade como proibição de excesso – da concepção de uma reserva legal para o de uma reserva da lei proporcional),⁵⁵ e os limites impostos pelo sistema constitucional aos órgãos jurisdicionais também nesta seara resulta evidente, mas convém ser permanentemente lembrado.

Da mesma forma, verifica-se a existência de substancial convergência quanto à circunstância de que a vinculação dos diversos órgãos estatais (legislador, administração e judiciário) ao princípio da proporcionalidade é diferenciada, já que o legislador dispõe de um espaço de conformação mais amplo e, portanto, ostenta uma maior (embora não absoluta e incontrolável) liberdade de ação do que àquela atribuída ao administrador e aos órgãos jurisdicionais.⁵⁶ Além disso, diversa é também a intensidade da vinculação em se cuidando de uma aplicação da proibição de excesso ou de insuficiência, que, especialmente quando em causa uma omissão, obedece a parâmetros menos rigorosos, mas, de qualquer modo e em todo caso, não permite (e importa que tal seja suficientemente sublinhado) que se fique aquém de um mínimo de proteção constitucionalmente exigido.

Tendo em mente os desenvolvimentos posteriores, há que relembrar a circunstância – já amplamente difundida entre nós e, portanto, também aqui apenas sumariamente referida – de que na sua aplicação como critério material para a aferição da legitimidade constitucional de medidas restritivas de direitos fundamentais, o princípio (ou postulado, se assim preferirmos) da proporcionalidade desdobra-se em três elementos (no que parece existir elevado grau de consenso, ainda que subsistam controvérsias no tocante a aspectos pontuais), notadamente:

- a) as exigências (ou subprincípios constitutivos, como propõe Gomes Canotilho) da *adequação* ou conformidade, no sentido de um controle da viabilidade (isto é, da idoneidade técnica) de alcançar o fim almejado por aquele (s) determinado (s) meio (s);
- b) da *necessidade* ou, em outras palavras, a exigência da opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto da restrição, para alguns, designado de critério da exigibilidade, tal como prefere Gomes Canotilho); e

⁵⁵ Cfr. SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. In: *Revista Interesse Público*, n. 2, abr./jun. 1999, p. 95 e ss. Como bem demonstra o autor, a vinculação do legislador ao princípio da proporcionalidade só veio a ser reconhecida com a vigência da Lei Fundamental de 1949, em boa parte a partir da experiência com as “leis injustas” do período nacional-socialista.

⁵⁶ Cfr., entre outros, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 266-267, assim como SCHOLLER, Heinrich. *O princípio da proporcionalidade...*, p. 97 e ss., que, além de citar uma série de exemplos elucidativos, bem destaca – entre outros aspectos dignos de nota – que ao legislador é concedida uma margem maior de arbítrio para tomar medidas restritivas de direitos, inclusive para fazer frente a situações de risco meramente potenciais e hipotéticas, ao passo que a administração costuma zelar apenas pela prevenção de ameaças e repressão de violações concretas a bens fundamentais.

c) a *proporcionalidade em sentido estrito* (que exige a manutenção de um equilíbrio [proporção e, portanto, de uma análise comparativa] entre os meios utilizados e os fins colimados, no sentido do que para muitos tem sido também chamado de razoabilidade⁵⁷ ou justa medida (de acordo novamente com a terminologia sugerida por Gomes Canotilho) da medida restritiva, já que mesmo uma medida adequada e necessária poderá ser manifestamente desproporcional.⁵⁸

Ao critério da proporcionalidade em sentido estrito, contudo, há quem tenha (inclusive com base na prática jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha) atribuído significado mais teórico do que prático, sustentando que, de modo geral, é no plano do exame da necessidade (exigibilidade) da medida restritiva que se situa, de fato, a maior parte dos problemas e, neste sentido, o teste decisivo da constitucionalidade da restrição,⁵⁹ aspecto que aqui não pretendemos desenvolver e que reclama uma digressão calcada na análise sistemática da jurisprudência constitucional. Por outro lado – e isto convém seja frisado – resta evidente o papel central da ideia de necessidade como elemento legitimador da intervenção estatal, o que, em se tratando justamente da esfera jurídico-penal, assume ainda maior relevância, como ainda teremos condições de avaliar.

Já no que diz com a proibição de insuficiência, a elaboração dogmática, embora já atualmente muito mais desenvolvida, inclusive no Brasil,⁶⁰ ainda não rivaliza propriamente com a vasta produção doutrinária e jurisprudencial registrada no âmbito do princípio da proporcionalidade compreendido como

⁵⁷ Importa registrar, neste ponto, a discussão doutrinária a respeito da fungibilidade dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, especialmente a existência de fortes posições que, também entre nós, sustentam a ausência de identidade entre ambos, notadamente quanto ao fato de que o princípio da proporcionalidade tal como desenvolvido dogmaticamente na Alemanha (embora também lá não de modo completamente uniforme e incontroverso quanto a uma série de aspectos) não equivale pura e simplesmente à razoabilidade dos americanos (como, por exemplo, chega a sugerir BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade...*, p. 57, e que possui, portanto, um sentido e conteúdo distintos (pelo menos parcialmente, considerando especialmente as noções de proporcionalidade em sentido amplo e em sentido estrito dos alemães. A respeito deste ponto, remetemos especialmente aos estudos de STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos...*, p. 173 e ss., e, mais recentemente, SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Do proporcional e do razoável*, p. 27 e ss.

⁵⁸ A respeito destes três critérios e sua aplicação, v., dentre tantos, SCHOLLER, Heinrich. *O Princípio da proporcionalidade...*, p. 97 e ss. e CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 264-65 e ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, p. 108 e ss.

⁵⁹ Cfr. SCHOLLER, Heinrich. *O princípio da proporcionalidade...*, p. 101-102.

⁶⁰ V., além dos trabalhos já referidos, especialmente as contribuições de LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. “Dever de proteção estatal”, “proibição de proteção insuficiente” e controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, e ANDRADE, Adriano. *Proibição de proteção insuficiente e responsabilidade civil ambiental*. Belo Horizonte-São Paulo: 2021

proibição de excesso, o que encontra sua explicação tanto no caráter mais recente da utilização – especialmente no plano jurisprudencial – da noção de proibição de insuficiência de proteção⁶¹ (que, em termos gerais e evidentemente simplistas, pode ser encarada como um desdobramento da ideia de proporcionalidade tomada em sentido amplo), quanto pelas resistências encontradas em sede doutrinária, já que ainda elevado o grau de ceticismo em relação à construção teórica da vedação de insuficiência.⁶² De modo especial, argumenta-se que existe substancial congruência (pelo menos no tocante aos resultados) entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência, notadamente pelo fato de que a segunda se encontra abrangida pela proibição de excesso, no sentido de que aquilo que corresponde ao máximo exigível em termos de aplicação do critério da necessidade no plano da proibição de excesso, equivale ao mínimo exigível reclamado pela proibição de insuficiência.⁶³

Insistindo na autonomia dogmática da categoria da proibição de insuficiência, umbilicalmente vinculada à função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (deveres de proteção), Canaris sustenta que – a despeito de uma possível (mas não necessária) equivalência no campo dos resultados – não incidem exatamente os mesmos argumentos que são utilizados no âmbito da proibição de excesso, na sua aplicação em relação aos direitos fundamentais na sua função defensiva (como proibições de intervenção), já que em causa estão situações completamente distintas: na esfera de uma proibição de intervenção está a se controlar a legitimidade constitucional de uma intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental, ao passo que no campo dos imperativos de tutela cuida-se de uma omissão por parte do Estado em assegurar a proteção de um bem fundamental ou mesmo de uma atuação insuficiente para assegurar de modo minimamente eficaz esta proteção.⁶⁴

Outro argumento colacionado por Canaris em prol de uma diferenciação não meramente cosmética entre as categorias da proibição de excesso e de insuficiência, reside na circunstância de que diversa a intensidade de vinculação

⁶¹ Cfr. DIETLEIN, Johannes. Das Untermassverbot. In: *Zeitschrift für Gesetzgebung (ZG)*, 1995, p. 132-133, apontando que, a despeito de se tratar de um conceito tão aberto e indeterminado quanto o da proibição de excesso (no que não se registram maiores diferenças entre ambas as noções), a proibição de excesso está longe de encontrar o mesmo grau de concretização e desenvolvimento que a alcançada pela proibição de excesso ou proporcionalidade no sentido tradicionalmente utilizado.

⁶² Neste sentido, v. o próprio Dietlein, Johannes. In: *ZG* 1995, p. 133 e ss., assim como HAIN, Karl Eberhard. Das Untermassverbot in der Kontroverse. In: *Zeitschrift für Gesetzgebung (ZG)*, 1996, p. 75 e ss.

⁶³ Cfr. a forte e original crítica de HAIN, Eberhard. Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermass- und Untermassverbot? In: *DVBL (Deutsches Verwaltungsblatt)*, 1973, p. 982 e ss, aqui apresentada de modo resumido.

⁶⁴ Cfr. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht*, p. 39 e ss.

do poder público aos respectivos parâmetros, até mesmo por força da diversa vinculação à função defensiva e prestacional dos direitos fundamentais, considerando que é esta última que diz com os deveres de proteção, de tal sorte que no âmbito da proibição de insuficiência é assegurada uma margem significativamente maior aos órgãos estatais, de modo especial ao legislador, a quem incumbe, em primeira linha, eleger e definir as medidas protetivas.⁶⁵

Neste sentido, segue decidindo também o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, ao afirmar que o legislador (e mesmo o poder regulamentar) dispõe de uma expressiva margem de manobra no que diz com a concretização do dever de proteção, o que inclui a possibilidade de levar em conta interesses públicos e privados concorrentes, já que o dever constitucional de proteção não impõe a adoção de todas as possíveis e imagináveis medidas de proteção, na medida em que uma violação do dever de proteção pode ser reconhecida quando nenhuma medida concreta e adequada é tomada ou as medidas forem inteiramente inadequadas ou ineficazes.⁶⁶

Também Johannes Dietlein, um dos principais teóricos dos deveres de proteção na Alemanha, acaba por rechaçar o argumento da substancial equivalência (que sugere substituir por uma congruência parcial) entre proibição de excesso e insuficiência, ao demonstrar que, no âmbito da primeira, o requisito da necessidade constitui uma grandeza vinculada a uma determinada e concreta medida legislativa, de tal sorte que o seu controle limita-se ao âmbito interno da lei, ao passo que o exame da necessidade levado a efeito em se tratando de um dever de proteção estatal (e, portanto, da incidência da proibição de insuficiência) diz com uma grandeza que transcende o ato legislativo concreto e é baseado diretamente em um valor de natureza constitucional.⁶⁷

⁶⁵ Cfr. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht*, p. 43 e ss., argumentando que a proteção acaba, em regra, ocorrendo por intermédio da legislação ordinária, que por sua vez será passível de controle pelo Poder Judiciário quando presentes os pressupostos mínimos para tanto, especialmente a existência de um dever constitucional de ação e sua manifesta inobservância, além dos demais aspectos já referidos anteriormente quando discorreremos sobre os deveres de proteção em geral (v. supra, 2.1).

⁶⁶ Cfr. decisão do Tribunal Constitucional Federal do dia 28 de fevereiro de 2002. In: *DÖV (Die öffentliche Verwaltung)* 2002, p. 521.

⁶⁷ Cfr. DIETLEIN, Johannes. In: *ZG* 1995, p. 136-137. Para Dietlein, a autonomia das duas categorias pode ser demonstrada plasticamente com base na problemática do aborto, já que se o legislador formulasse um regramento exigindo das mulheres com intenção de abortar a aquisição e leitura de um informativo a respeito da vida intrauterina, tal exigência dificilmente poderia ser considerada uma violação da proibição de excesso, por intervenção na esfera de liberdade da mulher, já que justificada pela finalidade legítima da intervenção, pela adequação da medida e sua exigibilidade. Em contrapartida, resulta igualmente evidente que o dever de proteção do estado em relação à vida intrauterina de longe não resta implementado pela simples exigência da aquisição de um boletim informativo.

A partir das premissas lançadas, verifica-se que no concernente à metódica de aplicação da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente utiliza-se, em termos gerais, a mesma análise trifásica (em três níveis ou etapas) – já de todos conhecida – aplicada no âmbito da proibição de excesso, guardadas, é claro, as peculiaridades que decorrem da finalidade do exame do devido cumprimento dos deveres de proteção. Valendo-nos aqui das lições de Christian Calliess⁶⁸ (que também sustenta uma distinção dogmática e funcional entre proibição de excesso e insuficiência), uma vez determinada a existência de um dever de proteção e o seu respectivo objeto, o que constitui um pressuposto de toda a análise posterior, é possível descrever as três etapas da seguinte maneira:

- a) no que diz com o exame da adequação ou idoneidade, é necessário verificar se a(s) medida(s) – e a própria concepção de proteção – adotada(s) ou mesmo prevista(s) para a tutela do direito fundamental é (são) apta(s) a proteger de modo eficaz o bem protegido;
- b) em sendo afirmativa a primeira resposta, cuida-se de averiguar se existe uma concepção de segurança (proteção) mais eficaz, sem que com isso se esteja a intervir de modo mais rigoroso em bens fundamentais de terceiros ou interesses da coletividade. Em outras palavras, existem meios de proteção mais eficientes, mas, pelo menos, tão pouco interventivos em bens de terceiros? Ainda neste contexto, anota o autor referido, que se torna possível controlar medidas isoladas no âmbito de uma concepção mais abrangente de proteção, por exemplo, quando esta envolve uma política pública ou um conjunto de políticas públicas;
- c) afirmativa a resposta anterior, já no âmbito da terceira etapa (que corresponde ao exame da proporcionalidade em sentido estrito ou razoabilidade) é preciso investigar se o impacto das ameaças e riscos remanescentes após a efetivação das medidas de proteção é de ser tolerado em face de uma ponderação com a necessidade de preservar outros direitos e bens fundamentais pessoais ou coletivos.

É justamente aqui, aliás, que, segundo o autor, se verifica a confluência entre as proibições de excesso e de insuficiência, já que no âmbito das duas primeiras etapas é necessário efetuar o controle considerando as peculiaridades de cada instituto (embora as etapas em si, adequação ou idoneidade e necessidade ou exigibilidade sejam as mesmas), ao passo que na terceira etapa é que, no quadro de uma argumentação e de uma relação jurídica multipolar, é

⁶⁸ Cf. CALLIESS, Christian. Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis. In: *Juristen Zeitung* (doravante JZ) 2006, p. 329.

necessário proceder a uma ponderação que leve em conta o quadro global, ou seja, tanto as exigências do dever de proteção, quanto os níveis de intervenção em direitos de defesa de terceiros ou outros interesses coletivos (sociais). Ainda segundo o autor referido, isto acaba por significar a existência de uma espécie de corredor a delimitar a liberdade de ação do legislador e demais órgãos estatais, resultando em complexa operação à luz das circunstâncias de cada caso.

À vista do exposto, calha sublinhar que o controle argumentativo do atendimento das exigências das proibições de excesso e de insuficiência não pode ser feito de modo completamente isolado um do outro, especialmente quando se cuida do controle da aplicação de deveres de proteção, pois neste caso sempre haverá potencial afetação de bens de terceiros, o que, em matéria penal, resulta ainda mais evidente, visto que qualquer criação de tipo penal, agravamento de pena, etc., sempre significará intervenção na dimensão defensiva de direitos pessoais. Na realidade, o que haverá de ocorrer é uma espécie de “concordância prática multipolar orientada pela otimização recíproca de todos os bens jurídicos envolvidos na relação multipolar de direito constitucional, com vistas à maximização de sua eficácia”.⁶⁹

De forma mais simplificada, mas não menos correta, haverá de se ter presente sempre a noção, entre nós enfaticamente advogada por Juarez Freitas, que “o princípio da proporcionalidade quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução de seus objetivos. Exageros para mais ou para menos configuram irretorquíveis violações ao princípio”.⁷⁰ Que o adequado manejo das premissas enunciadas lança não poucos e espinhosos desafios ao intérprete e o quanto a problemática do equilíbrio entre excesso e insuficiência afeta o âmbito do direito penal, quase que dispensa comentários, mas nem por isso prescinde de uma abrangente discussão e uma permanente concretização à luz dos inúmeros problemas práticos a serem enfrentados.

Por isso, no próximo segmento tentaremos explorar um pouco mais parte das questões já referidas, à luz de alguns exemplos e com foco na proibição de proteção insuficiente, tendo sempre em mente a ideia motriz de que proporcionalidade e Estado democrático de Direito são grandezas indissociáveis, complementares e reciprocamente determinantes, mas não necessariamente imunes a tensões na sua convivência, reclamando, portanto, uma correta aplicação à luz das circunstâncias do caso concreto.

⁶⁹ Cf. novamente CALLIESS, Christian. In: *JZ* 2006, p. 330.

⁷⁰ Cfr. FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 56-57, colacionando exemplos na esfera de atuação do administrador.

4 **Algumas reflexões sobre a aplicação da proibição de insuficiência de proteção em matéria penal, à luz de alguns exemplos**

Referimos, na introdução, a matriz iluminista e liberal da Reforma, sendo premissa a rejeição do excesso em face da “ultima ratio”, o que explica boa parte da fortuna alcançada pela dimensão da vedação de excesso da proporcionalidade, bem como as dificuldades de assimilação da proibição de insuficiência, que tensiona (ao menos em alguns desdobramentos) com o estruturante princípio da legalidade.

Para ilustrar o ponto, segue uma breve mirada sobre o arranjo dos princípios fundamentais do direito penal que consta em abalizada obra doutrinária.⁷¹ Destacam-se três princípios basilares: legalidade, proporcionalidade e culpabilidade – aos quais somam-se os princípios da ressocialização e os processuais. Importa que o princípio da proporcionalidade é desdobrado em três outros: lesividade (proteção dos bens jurídicos); intervenção mínima (fragmentariedade e ultima ratio); e humanidade/proporcionalidade das consequências jurídicas. Há, contudo, como de resto se verifica ainda em boa parte da doutrina penalista, um significativo silêncio em relação à proibição de insuficiência de proteção em matéria penal.

Pois bem, vinte anos depois da conferência do PA (03/10/2003) no 9º Seminário Internacional do IBCCRIM, bem podemos sustentar as travas mestras do que ficou dito. Aliás, primorosa síntese encontra-se em texto de 2017, coautoria de Fabio Roberto D’Avila e Raquel Lima Scalcon – neste trabalho, a discussão é resgatada (passados quase 15 anos) e o T1 é analisado, apresentadas as sete teses principais então formuladas, com respectivos comentários pelos autores. Na tese 4, por exemplo, rejeitava-se a *funcionalização e subordinação apriorística* dos direitos fundamentais em “prol dos interesses da coletividade”; no comentário 4, D’Avila e Scalcon alertavam, em consonância, para os “riscos inerentes ao manejo inadequado da categoria dogmática da eficácia objetiva dos direitos fundamentais como justificativa para a restrição dos direitos fundamentais subjetivos de liberdade”.⁷² Quanto às omissões inconstitucionais (tese 7), comentam que cabe “exclusivamente” ao legislador “eleger os meios

⁷¹ FERRÉ OLIVÉ, p. 81-117.

⁷² D’AVILA, Fabio Roberto; SCALCON, Raquel Lima. Constituição e direito penal. Novos e velhos problemas à luz da experiência brasileira. In: *IBCCRIM 25 anos*. Belo Horizonte: D’Plácido: 2017. p. 50-51. Nomeadamente, o “mau uso e a má compreensão” [de tais categorias dogmáticas] pela “práxis dos tribunais brasileiros”, seja recorrendo a argumentos vazios, isentando-se do dever de justificação pelo mero slogan da “tutela penal insuficiente”, seja assumidamente opondo-se à legalidade estrita quando da resolução de casos concretos. Mesmo que a tese 6 explicitasse que um dever de proteção carece de uma “especial justificação” (uma “reforçada argumentação”, dirá o comentário). p. 54-55.

que serão empregados para fins de cumprimento de um imperativo de tutela verificado”, e que, ao Judiciário, cabe, de “modo excepcional e com justificado grau de sofisticação, reconhecer a inconstitucionalidade da medida” [legislativa eleita].

Ao avançar parâmetros e critérios limitadores à aplicação da proibição de proteção insuficiente, D’Avila e Scalcon lembram como a teoria do bem jurídico exerceu a “função crítica” em face da liberdade de conformação do legislador penal; à medida que o direito constitucional ganha tração nos últimos anos, é que a proporcionalidade, como controle das restrições aos direitos fundamentais, passa a ser o vetor de diálogo entre o direito penal e o controle de constitucionalidade: a criminalização de uma conduta representa uma restrição ao direito fundamental de liberdade, “amparada, como regra, na suposta tutela de um bem jurídico com relevo constitucional (o seu objetivo concreto)” – e, na sua dimensão de proibir a insuficiência, legitima o Poder Judiciário a examinar esse vácuo estatal. O acoplamento das distintas matrizes histórico-teoréticas (bem jurídico, proporcionalidade) e a dinâmica incidência da dupla dimensão proibida (excessos e insuficiências), naturalmente, gera riscos e ruídos. Os autores anotam, no ponto, que é preciso levar em conta que na Alemanha, país de origem das noções de proporcionalidade, proibição de excesso e de insuficiência, o controle de constitucionalidade é exclusivamente concentrado,⁷³ ao contrário do Brasil, onde o controle difuso permite a aplicação desses princípios por inúmeros magistrados, nem sempre com o apuro e o rigor exigidos.⁷⁴

No essencial, cabe destacar as seguintes conclusões dos autores:

- 1^o) toda e qualquer regra de direito penal e processual penal pode, teoricamente, ser submetida a três exames por ocasião de seu controle constitucional: (i) proporcionalidade; (ii) proibição de excesso e (iii) proibição de proteção deficiente;
- 2^o) enquanto a proporcionalidade e a proibição de excesso servem ao controle da restrição de direitos fundamentais (função crítica à criminalização), a proibição de insuficiência tem o potencial de expandir a intervenção penal, e não de a conter;

⁷³ Ademais, “mesmo no seu país de origem – a Alemanha –, a proibição de defesa insuficiente foi aplicada a um número pequeno de casos. O *leading case*, como já indicado no trabalho, foi a decisão sobre o aborto de 1993; entretanto, a Corte também se manifestou a respeito dos limites de ingestão de álcool para dirigir veículos, ao funcionamento de uma hidrelétrica em determinada localidade e às instalações de centrais transmissoras de ondas para funcionamento de aparelhos de celulares”. GAVIÃO FILHO; LYRA, p. 81, com apoio em CLÉRICO, L. Sobre la prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad. In: SIECKMANN, J.-R. (ed.). *La teoría principalista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 169-206.

⁷⁴ D’AVILA; SCALCON, p. 59-65.

- 3^o) a proporcionalidade e a proibição do excesso são amplamente compatíveis com a racionalidade penal de *contenção* do poder punitivo; a proibição de insuficiência, não;
- 4^o) a proporcionalidade e a proibição do excesso são amplamente compatíveis com a legalidade estrita em matéria penal, pois não servem à expansão “judicial” do poder punitivo, mas sim ao seu oposto; já a proibição da insuficiência, quando indevidamente aplicada, não, eis que instrumento para o afastamento, no caso concreto, de regras e garantias do acusado, com a consequente expansão indevida, pela via judicial, do poder punitivo;
- 5^o) a proporcionalidade, a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente servem, cada uma a seu modo, para analisar a constitucionalidade de uma regra penal e processual penal; em razão da legalidade estrita em direito penal, as decisões judiciais que manejarem tais instrumentos, ao concluírem pela sua violação e pela consequente inconstitucionalidade da lei, não poderão se substituir ao legislador, ocupando o seu lugar na edição de regras que venham a suprir a omissão legislativa;
- 6^o) no plano da proibição de insuficiência, a conclusão 5 é de grande relevo, pois significa dizer que um tribunal, ao recorrer a tal categoria, deverá indicar a presença dos pressupostos para sua aplicação, bem como reconhecer a inconstitucionalidade da atuação (ou da omissão) do legislador, instando-o a corrigi-la – mas atenção: não poderá o tribunal, por si mesmo, corrigir o problema, aumentando judicialmente o poder punitivo (a fim de melhor cumprir um ‘dever de proteção’), sob pena de violação da legalidade em direito penal;
- 7^o) a verificação da insuficiência deve passar pelo seguinte exame dogmático: (i) identificação dos direitos fundamentais imbricados no caso concreto; (ii) verificação de um dever de proteção pelo Estado relativamente a um dos direitos fundamentais referidos; (iii) constatação de que o Estado (iii.a) ou deixou de realizar tal dever plenamente (omissão), ou (iii.b) realizando-o, ficou aquém do patamar mínimo, isto é, foi deficiente na tutela realizada (ação insuficiente) – num ou noutro caso, em se tratando de direito penal, jamais poderá o julgador sanar o defeito, o que pressupõe, em qualquer hipótese, a emissão de nova norma legal pelo poder competente. Ainda, (7.1) a verificação de deveres de proteção do Estado pressupõe os seguintes exames (doutrina de Canaris): (a) hipótese de incidência de um direito fundamental e (b) necessidade de tutela ou proteção do Estado (ilicitude da intervenção do particular e dependência); (7.2) a verificação da insuficiência da tutela pelo Estado pressupõe ou uma plena omissão ou, no caso de o Estado ter tomado medidas concretas para a proteção, a verificação de que tais medidas são cabalmente insuficientes e

até inócuas – no ponto, há de se recordar haver *ampla* margem de configuração do legislador: não pode o Poder Judiciário invalidá-la por não ser a “melhor” escolha, mas apenas se a escolha for “insuficiente” (há, pois, um dever de atingimento de um patamar mínimo, não máximo).⁷⁵

Outro trabalho mais recente e digno de nota, pelo apuro dogmático e pela especificidade, é o texto de Anízio Gavião Filho e José Francisco Lyra. Embora não se comungue do encapsulamento da proporcionalidade [apenas] como ferramenta metodológica, correta a premissa de que a “proibição de proteção insuficiente como expressão do teste da proporcionalidade constitui categoria autônoma em relação à proibição do excesso”, bem como que a eventual declaração de inconstitucionalidade dependerá de controle de evidência forte.⁷⁶

Os autores mencionam que “foi no julgamento do RSE 418.376-5, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes (que cuidou da possibilidade ou não de se aplicar o antigo art. 107, VII, do CP às uniões estáveis), que o tema da vedação de proteção deficiente apareceu, pela primeira vez, no repertório da Corte.⁷⁷ Por outro lado, comentam a ADI nº 3.112, relatada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, na qual se discutiu a Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), especialmente a vedação da fiança (arts. 14 e 15), ocasião em que o Relator preconizou, diante da “dupla face” da proporcionalidade, um controle *rígido* “das margens de ação do legislador-penal na efetivação dos mandatos de criminalização, explícitos ou implícitos da Constituição”, o que questionam, “pois tensiona o princípio da legalidade e da separação de poderes, reduzindo, consideravelmente, o espaço do legislador democrático. Além disso, pode significar uma insuportável limitação aos direitos de liberdade e à democracia”.⁷⁸

Daí ressaltarem, que no Brasil se constata uma certa “falta de cuidado argumentativo em precisar alguns conceitos fundamentais, ressentindo-se de uma ligação com a dogmática constitucional dos deveres de proteção”, problema que se agudiza na constatação de que “ao contrário do que ocorre na aplicação do submandato de vedação do excesso (caso em que a restrição a direitos já se efetivou), ainda não há medida interventiva (caso da omissão do legislador). Quando se trata de proteção insuficiente, de regra, ainda não se implementou medida legislativa ou judicial na esfera dos direitos fundamentais. Assim, de-

⁷⁵ D’AVILA; SCALCON, p. 66-67.

⁷⁶ O teste da proporcionalidade no direito penal e a proibição de proteção insuficiente: uma necessária reconstrução crítica. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 49, n. 152, jun. 2022, p. 87-88.

⁷⁷ GAVIÃO FILHO; LYRA, p. 78, em cuja nota 41 citam RODRIGUES, L. F. M. *A proibição de insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal? São Paulo: Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público*, 2009. O julgado “demarca a *estrela* da proibição de insuficiência como argumento teórico de verificação de proporcionalidade no STF. No referido voto, Mendes, apoiado em Streck e Sarlet, assentou o caráter dúplice da proporcionalidade (p. 7-9, do citado voto, J. 9 de fevereiro de 2006)”.

⁷⁸ GAVIÃO FILHO; LYRA, p. 79.

ve, primeiramente, ser formulada a hipótese de intervenção, para, ao depois, avaliar-se se é ineficiente ou não por isso, reclamando aplicação diferenciada sobre os aspectos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito”. Portanto, a ampla margem [de liberdade do legislador] não se coaduna com um *controle forte*, “difícilmente compatível com a legitimidade democrática que deve ser observada no sistema penal”. Mas “a práxis judicial brasileira, além de trabalhar com um controle ‘ótimo’ de constitucionalidade, dificilmente compatível com a democracia, sequer explicita o teste da proporcionalidade em todos os seus passos. Não raro, a proporcionalidade aparece como argumento ‘retórico’ para legitimar uma duvidosa ampla discricionariedade penal”.⁷⁹

Ademais – seguem os autores –, se tem o Estado o dever de proteção, também é certo que há “importante contradição” entre a proteção penal e o direito geral de liberdade, pelo que questionam: “para se conferir a tão almejada segurança coletiva, necessita-se abandonar a concepção liberal de direito penal? A resposta pende a ser negativa, porque – mesmo com a transição do modelo do estado liberal ao estado (social) de direito – tem-se que não é razoável apelar – primordialmente – à segurança, ao sacrifício do direito fundamental da liberdade”. O primado da segurança “reforça as tendências expansivas dos processos de criminalização, as quais parecem não conhecer nenhum limite razoável, permitindo – inclusive – o abuso do princípio do bem jurídico. Sob a premissa de dar à lei penal maior eficácia, protegendo-se de forma ‘ótima’ a sociedade, atropelam-se as garantias fundamentais do cidadão, conferindo-se ‘formidável’ poder criador de normas penais ao STF [...]”.⁸⁰

Outra obra referencial, lançada em 2020, oferece acurada visão sobre o controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil, seja em traços largos, bem como no detalhe. Na linha do que pensamos, Ademar Borges constata que a história da relação entre direito penal e direito constitucional tem sido contada, “até aqui, primordialmente pela dogmática penal”, concentrando-se seus próceres na “teorização sobre o *bem jurídico*”, muito embora, assim o defende o autor referido, “as Constituições democráticas não admitem a identificação de um rol exaustivo de bens jurídicos passíveis de tutela penal. Nas democracias contemporâneas, os poderes eleitos podem buscar realizar os mais diversos objetivos e finalidades não proibidos pelas Constituições”; Isso significa que o legislador pode, em princípio, escolher os mais diversos bens jurí-

⁷⁹ GAVIÃO FILHO; LYRA, p. 88.

⁸⁰ GAVIÃO FILHO; LYRA, p. 84 e 89 – exemplificam com o julgamento do caso da homofobia (ADO nº 26), em cuja “atuação contramajoritária da Corte, além de se atentar ao princípio da separação dos poderes, foram violadas tanto a legalidade penal quanto as exigências da lei escrita, prévia e determinada” – abordaremos o precedente adiante.

dicos para serem penalmente protegidos (não há um código penal essencial, pré-constitucional, a ser desvelado pelo intérprete via *teoria do bem jurídico*). Por outro lado, não há como advogar que exista liberdade para criar “delitos sem bens jurídicos” ou tutelá-los de “forma arbitrária”, e é justo no juízo de proporcionalidade que a respectiva teoria “recupera toda sua funcionalidade”, sendo o bem jurídico “elemento essencial dos juízos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito”.⁸¹

De outra parte, se o direito penal legitima a mais grave intervenção do Estado nos direitos individuais, cerceando a própria locomoção, seria de esperar que sofresse maior fiscalização em termos de controle de constitucionalidade. Todavia, a realidade é “constratuitiva”, a jurisdição constitucional brasileira controla pouco (quantitativamente) e “com baixo rigor (excessiva deferência ao legislador) a constitucionalidade das normas penais”, salvo um “grupo relevante de decisões [que] elevou o princípio da constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI) ao patamar de efetivo mecanismo de contenção da ampliação do poder punitivo”.⁸²

À vista do exposto, calha sublinhar que no T1, mostravam-se algumas das questões vinculadas à aplicação da proporcionalidade na sua dupla dimensão como proibição de excesso e proibição de insuficiência, especialmente em relação à prisão provisória e à progressão de regime durante a execução da pena em casos de crimes considerados pela lei como hediondos (Lei nº 8.072/1990), apontando-se a violação flagrante das garantias fundamentais da individualização da pena, da progressão de regime, da presunção de inocência e, em primeira linha, da proporcionalidade, na sua acepção como proibição de excesso.

Não vamos neste espaço aprofundar a questão da presunção de inocência, em aberto o caso do Tribunal do Júri, em face de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão [a alínea “e” do inciso I do art. 492 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 13/964/2019, determina a execução provisória da pena nesse caso, pese excepcionalmente o juiz presidente e o tribunal possam atribuir efeito suspensivo à apelação em hipóteses elencadas];⁸³ ao passo que reiteramos o que então ficou dito quanto à progressão – “em homenagem à liberdade de conformação legislativa e até mesmo para tra-

⁸¹ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de Constitucionalidade de Leis Penais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, posições 917-918.

⁸² SOUSA FILHO, posições 919-920.

⁸³ Para quem quiser saber da nossa posição: PA, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-dez-31/direitos-fundamentais-uso-falacioso-argumento-soberania-juri>>; <<https://www.conjur.com.br/2022-ago-12/direitos-fundamentais-vez-boate-kiss-protacao-dados-pessoais/>>. Acesso em: 25 jun. 2024; SA – TJRS, Primeira Câmara Criminal HC nº 5149046-65.2023.8.21.7000/RS, Rel. Des. Jayme Weingartner Neto, j. 27 set. 2023, por maioria. A questão é objeto do Recurso Extraordinário nº 1.235.340, ainda pendente de julgamento (Tema 1.068 da Repercussão Geral); sendo o processo destacado pelo Min. Gilmar Mendes, aguarda pauta para o plenário presencial.

tar de modo distinto os crimes mais graves, não haveria problema algum (pelo contrário, uma diferenciação de tratamento seria indispensável levando em conta a necessidade também de atender as exigências da proibição de insuficiência) se a legislação desde o início tivesse estabelecido uma progressão diferenciada para os crimes assim chamados de hediondos, mas jamais a ausência de progressão, com a liberação apenas por ocasião de um livramento condicional, este sim, corretamente viabilizado pela legislação referida, ainda que em momento diverso e com maior rigor. Aliás, tal providência seria também compatível com o princípio isonômico, com o qual a proporcionalidade guarda indissociável vínculo.

O que sempre deveria ter sido levado em conta, é que a vedação pura e simples da progressão (pela exigência de cumprimento da pena em regime fechado até o livramento, que, de resto, pode ser negado) é manifestamente incompatível com o sentido mínimo da noção de proporcionalidade” (consabido que o legislador enveredou por esse caminho, ao estabelecer patamares que variam de 16% a 70% de cumprimento para progressão de regime, conforme atributos pessoais e características do injusto cometido, ex vi do art. 112, incisos I a VIII, da Lei nº 7.210/84, redação dada pela citada Lei nº 13.964/2019).⁸⁴

Também não é o caso aqui de detalhar a trajetória jurisprudencial do delito de tráfico privilegiado (artigo 33, §4º, Lei nº 11.343/2006), em relação ao qual o STF entendeu não constituir crime hediondo, o que foi consolidado no julgamento do HC nº 118.533/MS, em junho de 2016, e reforçado em diversas oportunidades⁸⁵ – para citar apenas uma, na proposta de edição de súmula vin-

⁸⁴ Sendo que, para “mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência”, há regras específicas, reduzido o requisito objetivo de tempo cumprido para 1/8 da pena (§3º, incisos I a V, do mencionado art. 112 da LEP). Em T1 o PA também observava que o mero decurso do prazo “não gera para o Magistrado o dever de conceder a progressão, visto que não apenas podem como devem (!) ser considerados outros critérios, como, por exemplo, a exigência de laudo técnico apto a balizar uma decisão judicial a partir de critérios de ordem subjetiva, que não podem ser substituídos por simples atestado de conduta do administrador. Aliás, precisamente por tal razão é que já houve quem [por exemplo, na esteira da tese sustentada por Lenio Streck (que chegou, na condição de Procurador de Justiça, a propor incidente de inconstitucionalidade no TJRS), a doutrina de FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal...*, p. 202-203] sustentasse (com razão, no nosso sentir) a substancial inconstitucionalidade da supressão da exigência de laudo técnico (exame criminológico) pela Lei nº 10.792/03 para fins de concessão de benefícios (especialmente a progressão de regime e livramento condicional), pois a não-exigência do laudo – ainda mais se generalizada – poderia significar uma violação das exigências da proibição de insuficiência”. Muito recentemente, o legislador voltou a exigir o exame criminológico, como se vê do §1º do citado artigo 112: *Em todos os casos, o apenado somente terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, e pelos resultados do exame criminológico, respeitadas as normas que vedam a progressão.* (Redação dada pela Lei nº 14.843, de 2024).

⁸⁵ No âmbito legislativo, a Lei nº 13.964/2019 acolheu a tese e inseriu o §5º no artigo 112 da Lei de Execução Penal, que expressa e literalmente não o considera hediondo ou equiparado.

culante para fixar que pessoas condenadas por tráfico privilegiado tenham obrigatoriamente o regime prisional aberto e sua pena de prisão substituída por pena restritiva de direitos.⁸⁶

Vale destacar que no voto do Min. Gilmar Mendes, proferido no HC referido, ficou consignado que os direitos fundamentais “não podem, portanto, ser considerados apenas proibições de intervenção. Expressam, igualmente, um postulado de proteção”. Ao citar expressamente os princípios de proibição de excesso e de insuficiência, anotou que um dever genérico de proteção, fundado nos direitos fundamentais, “relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica”. Mencionou, ainda, os mandados de criminalização expressos na Constituição, que, no artigo 5º, inciso XLIII, seleciona três incidências: tortura, tráfico de drogas e terrorismo. Coloca-se, assim, a questão sobre se uma conduta com evidente menor lesividade (como é o tráfico privilegiado) é sempre reconduzida ao dispositivo constitucional, devendo, portanto, ser considerada hedionda.

O ministro consignou que o legislador tem margem de conformação, podendo, sim, prever condutas de tráfico de drogas que não configurem crime equiparado ou hediondo: “em suma, tenho que o legislador optou, de forma válida, por excluir a modalidade criminosa do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 do regime constitucional dos crimes equiparados a hediondo”.⁸⁷

Prosseguindo, é de concordar com Ademar Borges de Sousa Filho que o processo de *constitucionalização do direito penal* no Brasil ainda é uma tarefa em “fase inicial de concretização”, visível uma escrupulosa *autocontenção* em alguns casos [a ADPF nº 347 e suas vicissitudes pode ser um exemplo, bem como a longa discussão acerca dos contornos do art. 28 da Lei nº 11.343/2006]⁸⁸ a conviver com a intensificação do controle noutros temas, notadamente ao rechaçar as “graves restrições ao princípio da individualização da pena”, como visto. E nesse virtuoso desenvolvimento, o princípio da proporcionalidade “passou a exercer papel fundamental” – outra vez: “Essa noção de proporcionalidade das penas é baseada na profunda ligação que o direito penal fruto do pensamento iluminista engendrou entre a gravidade da pena e a importância do bem jurídico afetado e o grau de sua afetação”, o que se dá, com olhos na

⁸⁶ STF, PSV 139. *Aplicação do regime aberto e substituição da pena de prisão por sanções alternativas para réus primários por tráfico privilegiado*. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/PSV_139_Informac807a771o_a768_Sociedade_v1.pdf>. Acesso em: 19 maio 2024.

⁸⁷ STF, HC nº 118.553/MS, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia. Julgado em: 23 de junho de 2016.

⁸⁸ Somente em junho de 2024, após nove anos de tramitação do RE, o STF decidiu o tema 506 da repercussão geral.

experiência comparada, “por meio da comparação sistemática dada pelo próprio legislador a diversos delitos tratados pela mesma lei”.⁸⁹

O autor preconiza uma intensificação do controle constitucional das leis penais (abandonar o “leve” por um controle intermediário/intensivo), numa postura de maior *proatividade*. Um critério graduável (leve, médio, estrito) ofereceria maior clareza em relação “a *quando e em que temas* o Tribunal deveria submeter a lei a escrutínios mais rigorosos ou exaustivos” – a escolha do nível de intensidade deve considerar aspectos *materiais* (importância dos direitos fundamentais em tela e a intensidade das respectivas restrições) e *formais*, ou seja, o “grau de legitimidade democrática do órgão que produziu a lei, de representatividade dos grupos potencialmente afetados e também da qualidade da deliberação parlamentar” (v.g., leis diretamente dirigidas a minorias estigmatizadas, quantidade e qualidade das informações que subsidiaram a aprovação da lei, “a qualidade da deliberação parlamentar” – no último ponto, quanto pior, “menor deverá ser a presunção de constitucionalidade da lei” e mais intenso o controle jurisdicional).⁹⁰ Os princípios penais, segundo Sousa Filho, têm sofrido de “baixa capacidade operativa”, comprimidos entre a fracassada tentativa de aplicação por mera subsunção ou servindo apenas como “proclamação retórica”, “sem utilização prática por Cortes e Tribunais constitucionais”.

E, para superar tal quadro, há inúmeras vantagens na correta utilização do princípio da proporcionalidade, desde seu inquestionável status constitucional no Brasil, além de ser metodologia dominante na jurisprudência comparada e funcionar como ponto de encontro entre as doutrinas penal e constitucional, a par do valor metodológico em si – substituir as “distinções binárias abstratas *a priori*” (existe ou não bem jurídico tutelável; admissibilidade ou não de delitos de perigo abstrato) pelo “exame, no caso concreto, do sopesamento reali-

⁸⁹ SOUSA FILHO, posições 921 e 923. Para maiores detalhes do percurso do STF na efetivação do princípio da individualização da pena, fundamento central para uma série de declarações de inconstitucionalidade, vide o Capítulo 4 da obra, no qual se mostra a superação, pela Corte, do dogma de que a política criminal seria apenas uma *political question* insuscetível de controle – o autor, contudo, vê o avanço como ainda insuficiente, devendo-se agregar o princípio da culpabilidade (o legislador há de deixar ao juiz um mínimo de espaço dentro do qual o julgador possa assegurar, em cada caso concreto, o princípio da culpabilidade), tema que foge ao nosso escopo no presente texto.

⁹⁰ SOUSA FILHO, posição 925. Pondera o autor, sobre os diversos controles: leve, para leis penais benéficas e para verificação de (in)constitucionalidade da omissão legislativa no campo penal (máxima deferência à contenção do poder punitivo pelo próprio legislador); intermediário, para as leis penais que não imponham como pena (provável) a prisão; intensivo/escrutínio estrito, para as demais leis penais incriminadoras “que tenham alto potencial de restringir a liberdade de ir e vir”. No plano formal, será ainda de levar em conta a representatividade democrática e o conhecimento técnico dos órgãos legiferantes, “o grau de (in)certeza das premissas que a fundamentam”, além de aspectos ligados à segurança jurídica e à previsibilidade para os casos concretos – os dois critérios que assomam para atribuir peso a essa dimensão formal são: legitimidade democrática e capacidade técnica (posições 926-927).

zado pelo legislador”, sem esquecer “que toda sanção penal possui uma conotação estigmatizante diferente daquela incorporada por sanções de outros ramos do direito”.⁹¹ De todo modo, mesmo a verificação da proporcionalidade em sentido estrito não prescinde da análise prévia da compatibilidade do tipo penal com a exigência de taxatividade, consectário lógico da legalidade em matéria penal (art. 5º, XXXIX, da CF)”, pois não se submeterá ao juízo de proporcionalidade o que não passar, primeiro, pelo “filtro da legalidade”.⁹²

Na seara do controle constitucional da legislação penal, incontornável a referência à tese de doutoramento de Raquel Lima Scalcon, dedicada à original avaliação, prospectiva e retrospectiva, do impacto legislativo, em consistente e acurado diálogo entre a Constituição e o direito penal.⁹³ Observa a autora duas

⁹¹ SOUSA FILHO, posições 928-929. Identificados os direitos fundamentais restringidos pela lei penal, inclusive os afetados pela provável aplicação da pena e o “direito à honra”, diante do efeito estigmatizador “que dificulta a aceitação social do condenado e seu reconhecimento como igual por outras pessoas”, deve-se examinar a legitimidade constitucional do fim perseguido pela lei penal, amplo o consenso de que se trata da *proteção de bens jurídicos* – identificar o bem jurídico tutelado é premissa metodológica para uma série de operações argumentativas no âmbito dos juízos de proporcionalidade e a escolha será inconstitucional no caso de “delitos que não tutelam bem jurídico algum”, sendo certo que o juízo de adequação pressupõe um mínimo de “determinação e concretude pelo legislador”, é dizer, na ótica da norma de conduta, o “o bem jurídico tutelado não pode ser completamente espiritualizado – indeterminado e abstrato – sob pena de inviabilizar o teste de aptidão do meio adotado para a realização do fim eleito pelo legislador”, e as funções simbólicas (de comunicação) só terão relevância se convertidas em funções instrumentais (proteção do bem jurídico); ademais, pode-se usar o conjunto da experiência comparada (diversos tratamentos jurídicos mundo afora) para recolher informações seguras sobre o impacto de medidas alternativas à criminalização, bem como a comparação sistemática entre diversos tipos penais e respectivas sanções, para identificar sanções substancialmente diferentes para delitos que protegem o mesmo bem jurídico do mesmo tipo de ataque ou sanções iguais para bens com diversos graus de relevância constitucional (posições 930-933).

⁹² “Além disso, é necessário identificar os efeitos lesivos secundários potencialmente advindos de uma criminalização, que configurariam afetação indireta de direitos fundamentais. É nesse campo que ganha relevância o efeito resfriador (*chilling effect*) que a criminalização de determinadas condutas pode provocar em relação ao exercício de certos direitos fundamentais” – SOUSA FILHO, posição 934 (a eficácia preventiva geral da criminalização pode afetar gravemente, por exemplo, os direitos à liberdade de expressão e de participação política). O SA tratou desse *efeito de arrefecimento*, a indesejada paralisação da comunicação social, o silêncio autoimposto diante do risco de não provar as imputações. E a ausência de fluxo informacional periclitaria a democracia, refugiando-se a imprensa na opinião, tanto de uma forma direta (alterando-se, por autocensura, o conteúdo das matérias, por ingerência legal e não por critérios jornalísticos) quanto estrutural, já que se criam tabus diante do *libel risk*, além de afastar-se o jornalismo da orientação factual (jornalismo investigativo) – WEINGARTNER NETO, Jayme. *Honra, Privacidade e Liberdade de Imprensa: uma pauta de justificação penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 248-257.

⁹³ SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. Dentre os parâmetros, observa que uma *regra* constitucional confere *maior* legitimidade democrática à jurisdição constitucional “para cindir uma decisão do legislador que a vulnera”, ao passo que um *princípio* constitucional confere *menor* legitimidade, “por transferir ao legislador maior margem de ação e de configuração” (p. 266).

relações fundamentais entre o legislador penal e a Constituição: o âmbito de ausência de liberdade quanto à decisão de criminalizadora (*mandado* ou *proibição* constitucional de criminalização), hipótese em que subtraída do legislador a emissão de juízo crítico acerca da adequação/necessidade de utilizar a ameaça penal para promover determinados fins (controle *forte*); e um âmbito de liberdade quanto à decisão (*facultatividade* de criminalização), em que o controle é *fraco*. No primeiro caso, remanesce ao legislador liberdade na “formulação precisa dessa intervenção (redação do tipo penal, fixação das penas, eleição da técnica de tutela etc.), de tal modo que não haverá, mesmo no contexto de mandados expressos de criminalização, uma determinação ‘completa e acabada’ por parte das normas constitucionais”.⁹⁴

No que toca mais de perto ao presente texto, Sousa Filho preconiza que o STF, em face de omissões legislativas, mesmo as inconstitucionais pela “violação ao princípio da proporcionalidade como vedação à proteção insuficiente”, “não pode proferir sentenças aditivas que resultem na ampliação do poder punitivo estatal”. Antes, deve o Judiciário, neste campo, preferir o uso de “técnicas decisórias tradicionais – de simples rejeição ou acolhimento da pretensão de

⁹⁴ SCALCON, p. 267-269. O controle forte, no caso de mandados expressos de criminalização, cria uma *obrigação* ao legislador (dever de expedir uma lei penal), em geral resolvida “com a própria promulgação do tipo penal incriminador”, que se trasmuta em proibição de revogar a lei expedida se isso significar a *descriminalização* da conduta focada pelas normas constitucionais. Duas notas, ainda: pese a *ultima ratio, fundadas dúvidas* sobre a suficiência de medidas extrapenais “não impedem o recurso *imediate* ao Direito Penal pelo legislador”, mas, “quanto maior ela for [a dúvida empírica relevante], *menor* será a possibilidade de validamente restringir, com a norma penal, direitos fundamentais contrapostos”; e quanto aos limites da avaliação da prognose legislativa, “*quanto mais incertos e controversos* forem os efeitos concretos da inovação legislativa, *mais justificada* estará a exigência de avaliação de impacto legislativo *prospectivas* ou *retrospectivas*”, ao passo que, no aspecto qualitativo, existem barreiras *epistêmicas* (discursos sobre relações de causa-efeito no âmbito da realidade social são sempre *aproximativos*), de *legitimidade democrática* (a complexidade técnica de uma escolha não pode retirar a “dimensão proeminentemente política que ela carrega”) e *hermenêuticas* – diante da *imperfeita congruência* entre *texto jurídico* aprovado pelo Legislativo e *norma jurídica* (re)construída pelo intérprete” (p. 270). Finalmente, no controle *ex ante* (no qual há de se aferir, também, a concreta racionalidade do processo legislativo), entre a inconstitucionalidade e a “plena” constitucionalidade, haveria a *constitucionalidade* conjugada a dever de observar os efeitos concretos da lei; no controle *ex post*, modo paralelo, se poderia declarar a *constitucionalidade mitigada*, “conjugada a dever de retificar a lei”, um dever de *corrigir* ou *reparar* a lei – em suma, “se antes a publicação da nova lei era a etapa *final* da atividade do legislador, hoje ela apresenta tão somente uma etapa *inicial*” (p. 272-273). Para detalhamento dos mandados expressos de criminalização, vide p. 72-76, onde há referência a Dolcini e Marinucci, que retratam o fenômeno tanto como uma “modulação do presente pelo passado (legado da experiência histórica) quanto uma modulação do futuro pelo presente (projetos a serem implementados a partir da nova Ordem Constitucional)” – criminalização da tortura e das condutas lesivas ao meio ambiente, por exemplo, respectivamente.

declaração de inconstitucionalidade –, fazendo uso de sentenças interpretativas de forma excepcional e desde que delas não resulte a ampliação do poder punitivo estatal”.⁹⁵

Não escapa ao autor da legítima expectativa social de enfrentamento à corrupção, contexto no qual a vedação à proteção insuficiente passou a ser argumento para demandar do Judiciário superar déficit de eficiência do sistema penal. Mesmo viradas *pragmáticas*, como a preconizada pelo Min. Luís Roberto Barroso, hão de se assentar “dentro das possibilidades e limites semânticos dos textos normativos”.

Em suma, “a situação jurídica do réu só pode ser piorada por decisão judicial baseada nos limites semânticos da lei penal. Os mecanismos de integração do ordenamento jurídico, para além desses limites textuais, só podem ser acionados para favorecer o réu”.⁹⁶

Note-se, nessa quadra, que, de nossa parte, estamos de acordo com o autor na premissa seguinte: “As sentenças aditivas traduzem mecanismo de integração do direito, por meio do qual se cria norma jurídica sem a correspondência em uma disposição normativa específica. A distinção entre disposição e norma serve para traçar uma linha de demarcação entre interpretação de disposições normativas e integração do direito. Por meio da interpretação se extrai da disposição normativa uma norma jurídica. Já por meio da integração do direito se chega a uma norma jurídica sem que haja uma disposição normativa que a exprima.”⁹⁷ Além disso, parece que a técnica de *interpretação conforme a Constituição* tem funcionado, não raramente, como *porta de entrada* para sentenças aditivas lavradas pelo STF.

Sousa Filho concorda com as ideias do PA, no sentido de que o dever de proteção, eventualmente, se traduz em verdadeira obrigação de criminalizar certas condutas, entretanto, “o reconhecimento de que o dever de proteção impõe obrigatoriamente a necessidade de criminalizar a conduta proibida deve ser sempre excepcional, já que dificilmente se pode afirmar, com segurança, que a única forma de oferecer proteção mínima ao bem jurídico é o acionamento do

⁹⁵ SOUSA FILHO, posição 934. Trata-se do capítulo 7 da obra, cujo título conecta o “controle de constitucionalidade da omissão” ao STF como “legislador positivo em matéria penal”.

⁹⁶ SOUSA FILHO, posições 704 e 706, respectivamente – o autor cita decisões “preocupantes” quanto à “legislação positiva”: a medida cautelar na ADC 43 (interpretação do art. 283 do CPP [ainda na redação dada pela Lei nº 12.403/2011, hoje substituída pela nova redação decorrente da Lei nº 13.964/2019] – problema da presunção de inocência e execução provisória da pena); e a decisão do Min. Barroso na ADI nº 5.874 (indulto de 2017), que “pareceu criar direito novo”. À época, ainda estava em discussão no STF a ADO nº 26 – trataremos dela e do indulto logo adiante.

⁹⁷ SOUSA FILHO, posições 708-709. Adiante, destaca que a CF, via mandado de injunção (art. 5º, LXXI), “permite expressamente a edição de sentenças aditivas” (posições 710-711). No instituto, estaria a delimitação da atuação normativa do STF, circunscrita à *superação de estado de omissão inconstitucional* que obstaculize o exercício de *direitos materialmente fundamentais*.

direito penal”.⁹⁸ Não chega a ser absoluta a vedação de sentenças aditivas que “ampliem o espectro punitivo”, isto via “sentenças demolitórias típicas” (v.g., se o Projeto de Lei nº 882/19, que criava hipótese especial de legítima defesa para agente policial, redundasse em lei, poderia ter sua inconstitucionalidade declarada pelo STF, o “que produziria efeito expansivo do poder punitivo, que retornaria ao patamar inicial anterior à alteração legislativa”).⁹⁹ Também dignas de nota as propostas do autor no escopo de aperfeiçoar o controle formal de

⁹⁸ SOUSA FILHO, posição 719 – com Alexy, o autor lembra que os deveres de proteção têm estrutura *disjuntiva*, i.e, a superação da omissão estatal pode ser atingida por diversas alternativas possíveis (diferente dos direitos de defesa, de estrutura *conjuntiva*, pois exigem uma “abstenção estatal ou a interrupção de uma conduta estatal ou privada violadora de direitos”); daí que o controle judicial da proibição de insuficiência será muito menos intenso que o controle do excesso. Adiante (p. 727), aponta a experiência da Corte Constitucional da Colômbia no controle de leis penais, sendo que o efeito das decisões não pode introduzir “elementos estruturantes dos tipos penais” que se traduzam na ampliação do poder punitivo, “senão apenas no esclarecimento do sentido das disposições legais que tem alguma indeterminação linguística ou lógica que compromete o princípio da legalidade, a exclusão de certas interpretações que afrontem a Constituição, ou a restrição do alcance dos tipos penais” (os exemplos de sentenças “interpretativas” colacionados são a despenalização parcial do aborto e o homicídio por piedade). Para preservar o princípio da legalidade, então, resta a Corte “apelar ao legislador para que este introduza o segmento normativo faltante” (p. 729). Entretanto, nas poucas vezes em que a Corte superou omissões por meio de sentenças “supostamente aditivas”, baseou-se em interpretação extensiva e não propriamente em analogia (para estender, por exemplo, agravante prevista para crimes contra “integrantes de uniões maritais heterossexuais” também para “membros de uniões homossexuais”) – em linha similar, a Corte Constitucional da Itália exclui pronúncia aditiva *in malam partem* (decisões de 1974 e 1995), inclusive no precedente que asseriu a constitucionalidade da lei que descriminalizou a interrupção da gravidez nos três primeiros meses da gestação, mas há precedente em sentido contrário (2006, nota de rodapé 1405). p. 730.

⁹⁹ SOUSA FILHO, p. 730-731. A Lei nº 13.964/2019 acabou acrescentando parágrafo único ao art. 25 do Código Penal, mas com teor diverso daquele do citado projeto de lei. Também não deve o Judiciário proferir sentença aditiva mesmo que o provimento jurisdicional tenha criado vácuo, caso do art. 273, §1º, B, do Código Penal, sendo “grave equívoco” que o STJ tenha criado uma pena para o delito em analogia com a sanção do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), atuando como legislador positivo na criação de penas – o autor sugeria desclassificar o delito para contrabando (como o TRF4 fazia à época) – p. 732, nota 1409. Posteriormente, reconhecendo a evidente desproporcionalidade (por excesso) da pena cominada, o STF alcançou outra solução, ao apreciar o Tema 1.003 da Repercussão Geral, RE nº 979.962 RS, Pleno, Rel. Min. Luiz Roberto Barroso, j 24.3/2021: “2. Como decorrência da vedação de penas cruéis e dos princípios da dignidade humana, da igualdade, da individualização da pena e da proporcionalidade, a severidade da sanção deve ser proporcional à gravidade do delito. [...] 7. A maioria do Plenário, contudo, entendeu que, como decorrência automática da declaração de inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, I, deve incidir o efeito repristinatório sobre o preceito secundário do art. 273, caput, na redação original do Código Penal, que previa pena de 1 a 3 anos de reclusão” – pouco depois (13 de junho de 2023), em Embargos Declaratórios, a Corte assentou: “3. Há flagrante desproporcionalidade na aplicação do preceito secundário do art. 273 do Código Penal à hipótese prevista no seu § 1º-B, I, em relação a todas as condutas descritas no dispositivo legal. Assim, a declaração de inconstitucionalidade do preceito secundário, com a repristinação da pena original da conduta de importar medicamento sem registro, deve ser estendida para os demais núcleos verbais relacionados no dispositivo legal”.

constitucionalidade das leis penais, valendo-se o STF do “princípio da deliberação suficiente” (implícito ao componente deliberativo da democracia), avanço já verificado nas Cortes Constitucionais da Colômbia, Peru e Espanha, tema que, contudo, escapa ao âmbito deste trabalho.

No âmbito da execução penal, como mencionado de passagem, o tema da proibição de proteção insuficiente foi abordado pelo Supremo Tribunal Federal em algumas oportunidades, especificamente na temática do indulto, em especial a ADI nº 5.874/DF, julgada em 9 de maio de 2019, na qual se discutiu a constitucionalidade de alguns dispositivos do Decreto nº 9.246, de 21 de dezembro de 2017, que supostamente ampliariam em demasia a abrangência e hipóteses de concessão do instituto, sendo um dos argumentos centrais da Procuradora-geral da República a *proibição à proteção insuficiente*, o que foi rechaçado no julgamento, assentada a legitimidade do Judiciário para analisar somente a constitucionalidade da concessão do indulto, e não propriamente o seu mérito.¹⁰⁰

Deste julgado, convém destacar o voto vencido da ministra Cármen Lúcia, que, ao reconhecer a inconstitucionalidade dos dispositivos do referido Decreto, fez longa exposição sobre o princípio de proibição de insuficiência, afirmando que, no caso concreto, a “clemência presidencial excessivamente leniente é incapaz de proteger bens jurídicos constitucionais de grande relevância, como a vida, a integridade física, o patrimônio e a probidade administrativa, entre outros, sendo inconstitucional por violar o princípio da proporcionalidade, em sua dimensão de vedação à proteção insuficiente”. A referência ao princípio da proibição de insuficiência aparece igualmente nos votos dos ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux, que também restaram vencidos no julgamento.¹⁰¹

¹⁰⁰ STF, ADI nº 5.874/DF, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Red. p/ac. Min. Alexandre de Moraes, j. 9 de maio de 2019. Prevaleceu, portanto, a posição de ampla deferência ao Poder Executivo, no caso, como se vê dos seguintes trechos da ementa: “3. A concessão de indulto não está vinculada à política criminal estabelecida pelo legislativo, tampouco adstrita à jurisprudência formada pela aplicação da legislação penal, muito menos ao prévio parecer consultivo do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, sob pena de total esvaziamento do instituto, que configura tradicional mecanismo de freios e contrapesos na tripartição de poderes. 4. Possibilidade de o Poder Judiciário analisar somente a constitucionalidade da concessão da clemência principis, e não o mérito, que deve ser entendido como juízo de conveniência e oportunidade do Presidente da República, que poderá, entre as hipóteses legais e moralmente admissíveis, escolher aquela que entender como a melhor para o interesse público no âmbito da Justiça Criminal” – trata-se de longo acórdão (318 p.). Em “sentença aditiva” (12 de março de 2018, que chamou de *decisão manipulativa substitutiva*, p. 27), o Relator proferiu nova decisão monocrática [a primeira fora concedida pela Min. Carmen Lucia (28 de dezembro de 2017, no recesso e no exercício da Presidência), suspendendo em bloco a eficácia da medida] com o objetivo de especificar as hipóteses em que o indulto poderia ser concedido – reconhecendo que, nesses casos, “a atuação do Supremo aproxima-se da do legislador positivo” (p. 28).

¹⁰¹ Foi vencido ainda o ministro Edson Fachin, que, acompanhando o relator, não referenciou o princípio e observou: “que há um limite mais rígido para o indulto de crimes contra a administração [...] que não é possível estender o indulto para os casos em que não tenha havido trânsito em jul-

Além desse caso, há exemplos mais recentes em torno do indulto. Dentre eles, tem-se o Tema de Repercussão Geral nº 1.267 (RE 1.450.100/DF), o qual discute o artigo 5º do Decreto nº 11.302/2022, que limita a concessão do indulto a pessoas condenadas por crimes cuja pena privativa de liberdade máxima em abstrato ultrapasse cinco anos, à luz dos limites materiais da Constituição, que ainda não foi julgado. Além deste, há o julgamento da ADPF nº 964, por meio da qual se anulou o Decreto de 21 de abril de 2022, o qual concedia indulto individual ao ex-deputado Daniel Silveira. Neste último julgamento, apesar da semelhança temática ao RE nº 5.874, destaca-se, diferentemente daquele, a ausência de fundamentação no que tange ao princípio da proporcionalidade, que não foi abordado pelo Tribunal Pleno do STF, cedendo espaço a outros princípios, como os da igualdade, da impessoalidade e da moralidade.¹⁰²

A proibição de proteção insuficiente tem sido abordada ainda – restringindo-nos ao ambiente penal – para discutir a criminalização de determinadas condutas, em variados temas, destacando-se:

gado da sentença condenatória [...] que não cabe indulto para penas acessórias” (p. 102). O Relator destacou que a execução penal “comporta progressão de regime, remissão pelo trabalho, remissão pelo estudo, livramento condicional e indulto”, pelo que “se torna particularmente disfuncional quando se trata da criminalidade do colarinho branco”, dando como exemplo emblemático a Ação Penal 470 (o conhecido caso do “Mensalão”, disse, em que “muito poucos ficaram presos por mais de um ano”) – adiante (p. 22), consignou “que o indulto não pode significar a abdicação, pelo Estado, de determinados deveres de proteção que a ele compete”. O Min. Barroso articulou a “efetividade mínima do Direito Penal e os deveres de proteção do Estado” (p. 24), *verbis*: “Mas há uma segunda dimensão para o princípio da proporcionalidade: a vedação à proteção insuficiente que se dá quando o Estado deixa de estabelecer normas e procedimentos adequados à proteção dos valores constitucionais. Logo, é possível – e aqui é o caso – violar-se o princípio da proporcionalidade pela proteção insuficiente de valores condicionais”; discorre sobre um país assolado pela corrupção das elites políticas e financeiras, sendo “por essa leniência que criamos um país feio e desonesto” (p. 32) e alerta que, na Itália, “a reação oligárquica contra o combate à corrupção venceu!” (p. 35). O Min. Fux, a seu turno, ementou no item 13 de seu voto-vista: “13. O Decreto ora atacado torna ínfima a sanção penal para condutas gravíssimas que já possuem uma probabilidade apenas infinitesimal de serem constatadas pelas instituições de *law enforcement*, propiciando cenário de inexistência de incentivos suficientes para a probidade daqueles que lidam com a coisa pública, ante uma sensação de impunidade que se retroalimenta e se alastra no tecido social nos seus mais diversos níveis, o que culmina em violação ao dever de proteção dos bens jurídicos relacionados à probidade e à moralidade administrativas” (p. 228), o tópico merecerá um parágrafo às p. 252-253 (ao citar Alexy – “o dever estatal de garantir uma aplicação adequada do Direito Penal é verdadeiro direito prestacional fundamental, um direito do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros”). Já a Min. Cármen Lúcia expressamente ressaltou o “descumprimento dos princípios da proporcionalidade e da proteção jurídica insuficiente” (p. 259), tema que desenvolve no item VI do seu voto (p. 291-7); consignar, para ilustrar: “[...] conduzem [os positivos do decreto] a situação de impunidade, em especial para os denominados ‘crimes de colarinho branco’, pelo qual são dilapidados os recursos públicos...” – citou, dentre outros, T1.

¹⁰² Na ADPF 964 (nulidade do indulto concedido a Daniel Silveira) cita-se a referida ADI 5.874/DF. Na petição inicial, argumenta-se que o decreto de indulto estaria maculado por desvio de finalidade, violação à separação dos poderes e por desrespeito à vedação da proteção deficiente, mas, a discussão sobre proibição de insuficiência não aparece no corpo do julgado.

- 1) os crimes de porte de arma de fogo desmuniada;
- 2) os crimes tributários; e
- 3) na proteção penal de minorias, especialmente no que tange à criminalização da homofobia. Considerando, todavia, os limites espaciais do presente texto, tais questões serão desenvolvidas com maior detalhe noutra ocasião.

5 Considerações finais

Ao início do texto, acenamos para a gradativa expansão de movimentos extremistas. Tendo como pano de fundo o cenário mundial contemporâneo, observamos perigosa onda de autocratização de regimes democráticos em diferentes partes do globo (Hungria, Polônia, Turquia e Índia como exemplos), a pressionar pela reconfiguração do espaço cívico.

No que interessa ao tema, o fenômeno se traduz em “vigilância e ataque a liberdades civis”, isso em nome de “diversos imperativos abstratos, que vão desde a segurança nacional e o combate ao terrorismo até a transparência”.¹⁰³ No âmbito da segurança pública, identificou-se uma “tendência de implementação de mecanismos de vigilância que comprimem os direitos de privacidade do cidadão”, que se desdobra, dentre outras medidas, na “ampliação da coleta de dados e a unificação do acesso a eles, e a ampliação da criminalização e das competências de investigação da polícia”. Além disso, uma “estratégia baseada no populismo penal e na incitação do pânico moral”, destacando-se: “o aumento do policiamento e da militarização [...] e o endurecimento das penas de condutas já criminalizadas”.¹⁰⁴

O populismo penal (Garland) e o pânico moral (Cohen) contaminam a segurança pública [e a justiça penal]. O primeiro, “um tipo de prática política que, ao propor soluções ou caminhos sobre os temas de segurança pública e política criminal, afasta evidências empíricas e opiniões de especialistas [...] apresenta propostas que supostamente representam os interesses do ‘povo’ em relação a tais temas. [...] uma forma de ação política [...] responsável por insuflar ações

¹⁰³ A sistematização é apresentada por BRITO, Adriane Sanctis de... [et al.]. *O caminho da autocracia: estratégias atuais de erosão democrática*. São Paulo: Tinta-da-China Brasil, 2023, p. 17 – a atual seria a terceira onda autocrática; a primeira, ocorreu com a consolidação dos regimes nazista e fascista na Europa; a segunda (1960-80), deu-se com o espraio de regimes militares na América Latina – e p. 84 (espaço cívico).

¹⁰⁴ BRITO et. al., p. 96-97. O uso de softwares de espionagem “também subsidia investigações policiais e prisões [...] um tipo de política criminal que, sem nenhum controle judicial prévio, legítima o monitoramento de pessoas ou grupos específicos por parte dos agentes de segurança e inteligência”; há ampliação da “coleta de dados pessoais dos cidadãos, como os dados biométricos, e a unificação do acesso a eles por diversas áreas do governo (inclusive policiais e de inteligência)” – p. 98-99.

policiais e punitivistas”; o segundo, descreve um insuflamento, “momentos em que determinados indivíduos ou grupos são estereotipados e definidos (pela mídia e por atores políticos, por exemplo) como um risco à sociedade e seus valores”. Por consequência, observa-se “aumento do policiamento e da militarização, em especial no tratamento direcionado aos grupos sociais construídos como inimigos internos”.¹⁰⁵

A pergunta que não quer calar, neste contexto, é qual a consequência deste *Zeitgeist* em nossa cultura de incompleta constitucionalização do direito penal? Embora fosse de esperar um apertado controle de constitucionalidade com olhos nos excessos, previsível que a proibição de proteção insuficiente, se não for consistentemente aplicada, orbitando brumas discursivas retóricas, sirva aos cantos das sereias autocráticas, daí nosso esforço para substanciar o debate.

Mesmo na Alemanha, que, todavia, lida eventualmente com ameaças terroristas e com significativo fenômeno migratório, vezes se levantam contra um certo borramento de fronteiras que pareciam bem estabelecidas no horizonte constitucional. Entretanto, como adverte Luís Greco na introdução de oportuníssima obra, “[...] o leitor encontrará importantes reflexões de Wolter, referências à posição mais difundida no direito alemão e poderá comprovar com os próprios olhos que muito do que nós, no Brasil, por vezes aceitamos como natural seria declarado não apenas duvidoso, mas inconstitucional e até mesmo escandaloso por uma multiplicidade de razões até pela mais conservadora das opiniões hoje defendidas na Alemanha”.¹⁰⁶

Neste contexto – de princípios processuais solapados à luz dos direitos fundamentais, a advertência de Wolter: “Diante da bandeira do ‘combate’ à criminalidade organizada, não são mais levantadas questões sobre a legitimação do Estado para submeter cidadãos à vigilância sem qualquer ensejo para a investigação ou para uma transferência de dados sem uma suficiente suspeita inicial...”. O princípio da proporcionalidade, ao qual se recorre muitas vezes para

¹⁰⁵ BRITO et. al., p. 111 – também a “multiplicação das formas de criminalização e endurecimento das penas para condutas relacionadas a esses mesmos grupos”.

¹⁰⁶ GRECO, Luís. O inviolável e o intocável no direito processual penal: Considerações introdutórias sobre o processo penal alemão (e suas relações com o direito constitucional, o direito de polícia e os direitos dos serviços de inteligência). In: WOLTER, Jürgen. *O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade da pessoa humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*. Organização, introdução e tradução de Luís Greco; Tradução de ALAOR LEITE, Eduardo Viana. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 25 – grifamos. Em suma, o *direito de polícia* permite mais que o *direito processual penal*, ao passo que os *órgãos de inteligência* não podem agir, isto é, não podem agir como polícia e não podem intervir em direitos fundamentais – trata-se de uma experiência histórica de quem conviveu com a Gestapo, uma sabedoria prática consistente em “controlar olhos que tudo veem... amarrando-lhe os braços”. Eis o cerne do princípio da separação organizacional e informacional de poderes, diretriz que, como referido, tem sofrido relativizações.

ponderar a proteção de direitos fundamentais e interesses da justiça penal, “acaba por ser usado de forma abusiva ou por tornar-se supérfluo”. Usado abusivamente, pois os direitos fundamentais intocáveis não podem ser ponderados contra demandas de persecução penal. Supérfluo, pois as “necessidades de segurança da sociedade e dos indivíduos na luta contra a criminalidade grave possuem tal poder de convencimento que os direitos fundamentais necessariamente acabarão por perder”. Movimentando-se entre um “Estado de bem-estar processual penal versus Estado de Direito liberal-absoluto”, Wolter busca um balanço intermediário, ao recusar o “direito processual penal securitário” que passa por cima, dentre outros, do controle do Ministério Público sobre a investigação preliminar, da separação informacional de poderes...”.¹⁰⁷

Ainda mais, não se pode derivar da dignidade da pessoa humana, do dever estatal de respeitá-la e protegê-la, “o interesse contraposto da capacidade de funcionamento da justiça penal, de igual hierarquia”. O efeito primário da regra de proteção [art. 1 I GG, Lei Fundamental da Alemanha – A dignidade do ser humano é intocável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo poder estatal] “é fortalecer os direitos de defesa do imputado, da testemunha ou das pessoas do contato”. O princípio da proporcionalidade “deriva dos direitos de liberdade dos envolvidos no processo [...] serve ao fortalecimento dos direitos de defesa e de participação dessas pessoas afetadas pelo processo penal”. Por isso, as pessoas envolvidas no processo têm direitos (indisponíveis) de participação contra o Estado (informação sobre dados existentes a seu respeito, notificação pelas autoridades após medidas investigativas, direito de recusar testemunho). Isso não exclui um dever estatal referente à justiça penal derivado do dever de proteger direitos fundamentais; o que o autor recusa (nota 179) é que a “eficiência da justiça penal seja colocada em patamar de igualdade com a dignidade humana”; que o núcleo essencial dos direitos fundamentais e a dignidade possam ser “ponderados com a capacidade de funcionamento da justiça penal; e que seja possível a investigação da verdade à custa de intervenções no núcleo...”.¹⁰⁸ Na primeira parte do texto, procuramos, também por isso, realçar o dever de proteção na dimensão objetiva, é dizer, não se trata de esgrimir a proibição de proteção insuficiente contra direitos subjetivos e garantias da cidadania.

Por fim, importa notar que, se no Estado Democrático de Direito não há como afastar a aplicação da proporcionalidade, em virtude na necessária compatibilização de bens e interesses, e por conta da superação da estrita legalidade formal (a lei que fere as exigências da proporcionalidade e da razoabilidade é, para além de inconstitucional, injusta; ainda ecoa a Fórmula de Radbruch), também não há como transformar a proporcionalidade (assim como os princípios

¹⁰⁷ WOLTER, p. 130 e 181-182, respectivamente, e p. 194-198.

¹⁰⁸ WOLTER, p. 199-202.

em geral) em pautas decisórias arbitrárias e que possam justificar qualquer solução. A proporcionalidade, na sua dupla acepção, se legitima pelo rigor metodológico e argumentativo, traduzido pelo dever de fundamentação, na sua aplicação concreta e ao mesmo tempo não afasta a consideração de outros critérios materiais a balizar uma decisão sobre a legitimidade constitucional de alguma ação estatal.

Tudo isso apenas reforça a necessidade de termos sempre presente a dupla face da proporcionalidade e de levarmos a sério a tarefa de, entre proibição de excesso e proibição de insuficiência, buscar a máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais como direitos a prestações e direitos de defesa, não havendo como endossar a mera funcionalização de direitos fundamentais individuais em favor de interesses coletivos. Em matéria penal, salta aos olhos a necessidade de retomarmos aqui a noção de que o extremismo (seja de que coloração) não faz jus a um sistema de garantias negativas e positivas tal qual exige o Estado Democrático de Direito comprometido com os direitos fundamentais de todas as dimensões. Além disso, se o abolicionismo parece, nesta altura, um devaneio generoso, mas impraticável na sociedade formada por pessoas de carne e osso, também um sistema de intervenção máxima na esfera penal, que se insinua em ativismo radical, para além de contraproducente, seria inconstitucional.

O Estado Democrático de Direito (e, portanto, o sistema jurídico estatal) há de atuar nos limites do necessário ao bem comum como plasmado na Constituição, sempre na premissa da proteção e promoção da dignidade da pessoa humana para todos, em todos os lugares.¹⁰⁹

Referências

AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. O proporcional e o razoável. In: *Revista dos Tribunais*, n. 798, abr. 2002.

ALEXY, Robert. Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen. In: *Der Staat* 29, 1990.

¹⁰⁹ Confirmam-se: a Declaração de Punta del Este sobre a Dignidade Humana para Todos em Todos os Lugares: Setenta anos após a Declaração Universal dos Direitos Humanos – Dezembro de 2018. Disponível em: <<https://www.direitoereligiao.org/recursos/documentos/declaracao-de-punta-del-este>>. Acesso em: 24 dez. 2022. (o item 4 – Deveres e Responsabilidades, consigna: “[...] direitos são caracterizados pela reciprocidade e envolvem deveres correspondentes. Todos deveriam preocupar-se não somente com a sua própria dignidade e direitos, mas também com a dignidade e os direitos de cada ser humano. Não obstante, a dignidade humana não é diminuída em razão de pessoas que não cumprem suas responsabilidades perante o Estado e os demais. [...]”]; também SARLET, Ingo W. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 11. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2024 (para um conceito afinado com uma concepção multidimensional, aberta e inclusiva, vide p. 65).

_____. *Theorie der Grundrechte*. 2.ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

ANDRADE, Adriano. *Proibição de proteção insuficiente e responsabilidade civil ambiental*. Belo Horizonte/São Paulo: D'Plácido, 2021.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

BADURA, Peter. *Staatsrecht*. München: C.H. Beck, 1986.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Aplicação e Interpretação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BRITO, Adriane Sanctis de [et al.]. *O caminho da autocracia: estratégias atuais de erosão democrática*. São Paulo: Tinta-da-China Brasil, 2023.

CALLIESS, Christian. Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis. In: *Juristen Zeitung*, 2006.

CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2019.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet; Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Teoria Constitucional e o Direito Alternativo. In: *Uma Vida Dedicada ao Direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CLÉRICO, Laura. Sobre la prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad. In: SIECKMANN, J.-R. (ed.). *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

D'AVILA, Fabio Roberto; SCALCON, Raquel Lima. Constituição e direito penal. Novos e velhos problemas à luz da experiência brasileira. In: *IBCCRIM 25 anos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

DIETLEIN, Johannes. Das Untermassverbot. In: *Zeitschrift für Gesetzgebung (ZG)*, 1995.

_____. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992.

DREIER, Horst. In: *JURA* 1994.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal*. A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle das Normas Penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FREITAS, Juez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires; LYRA, José Francisco Dias da Costa. O teste da proporcionalidade no direito penal e a proibição de proteção insuficiente: uma necessária reconstrução crítica. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 49, n. 152, jun. 2022.

GRECO, Luís. O inviolável e o intocável no direito processual penal: Considerações introdutórias sobre o processo penal alemão (e suas relações com o direito constitucional, o direito de polícia e os direitos dos serviços de inteligência). In: WOLTER, Jürgen. *O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade da pessoa humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*. Organização, introdução e tradução Luís Greco; Tradução de Eduardo Viana Alaor Leite. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

_____. et. al. *Parte Geral do Código Penal: uma proposta alternativa para debate*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

HAN, Byung-Chul. *No exame*. Reflexões sobre o digital. Rio de Janeiro: Relógio D'Água, 2006.

HAIN, Karl Eberhard. Das Untermassverbot in der Kontroverse. In: *Zeitschrift für Gesetzgebung (ZG)*, 1996.

_____. Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermass-und Untermassverbot? In: *DVBL (Deutsches Verwaltungsblatt)*, 1973.

HASSEMER, Winfried. Segurança Pública no Estado de Direito. In: *Três Temas de Direito Penal*. Porto Alegre: Publicações da Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C. F. Muller, 1995.

HOBBSAWM, Eric. *A Era dos Extremos*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. *Dever de proteção estatal, "proibição de proteção insuficiente" e controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. 1. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares*. Coimbra: Coimbra, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. v. II. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988.

MUNCH, Ingo von. Die Drittwirkung von Grundrechten in Deutschland. In: SALVADOR CODERCH, Pablo. (Coord.). *Zur Drittwirkung der Grundrechte*. Frankfurt: Peter Lang, 1998.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte, Staatsrecht II*. Heidelberg: C. F. Muller, 1995.

PRZEWORSKI, Adam. *Crises da democracia*. Trad. de Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

PULIDO, Carlos Bernal. *El derecho de los derechos*. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

_____. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

SACHS, Michael. Vorbermerkungen zu Abschnitt I. In: SACHS, Michael (Org.). *Grundgesetz-Kommentar*. München: C. H. Beck, 1996. p. 79 s.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre a Proibição de Excesso e a Proibição de Insuficiente. *Revista de Estudos Criminais*, v. 12, p. 86-112, 2003.

_____. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 11. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2024.

_____; WEINGARTNER NETO, Jayme. *Constituição e Direito Penal: questões polêmicas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

SARMENTO, Daniel. A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: Ricardo Lobo Torres e Celso Albuquerque Mello (Org.). *Arquivos de Direitos Humanos*. v. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. In: *Revista Interesse Público*, n. 2, abr./jun. 1999.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filragem Constitucional*. Construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999.

SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de Proteção de Direitos Fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica, 2015.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de Constitucionalidade de Leis Penais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In: *Revista da AJURIS*, n. 97, mar. 2005.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

WEINGARTNER NETO, Jayme. *Honra, Privacidade e Liberdade de Imprensa: uma pauta de justificação penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

