

O TESTE DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL E A PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO INSUFICIENTE: UMA NECESSÁRIA RECONSTRUÇÃO CRÍTICA

THE PROPORTIONALITY TEST IN PENAL LAW AND STRIKING INSUFFICIENT DEFENSE: A MUCH NEEDED CRITICAL RECONSTRUCTION

Anízio Pires Gavião Filho¹

Prof. Dr. Coord. Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP, Porto Alegre/RS, Brasil)

José Francisco Dias da Costa Lyra²

Professor do curso de Mestrado e Doutorado em Direito (URI, Santo Ângelo/RS, Brasil)

ÁREA(S): direito penal; direito constitucional.

RESUMO: Esta investigação discute o papel do teste da proporcionalidade, tomado como proibição da proteção insuficiente no direito penal. A proibição de proteção insuficiente como expressão do teste da proporcionalidade constitui categoria autônoma em relação à proibição do excesso, igualmente manifestação da mesma ferramenta metodológica. Cuida-se de formulação necessária à preservação da

margem de liberdade do legislador para conformar a política criminal estatal. À jurisdição fica reservada a declaração de inconstitucionalidade quando os limites da margem de apreciação resultarem ultrapassados em controle de evidência forte. Controle jurisdicional para dentro da margem de apreciação configura invasão de espaços de competência situados constitucionalmente. Cuida-se de pesquisa dogmática comparativa, desenvolvida com base no método dedutivo.

¹ Doutor em Direito pela UFRGS. Professor Titular da FMP/RS. Procurador de Justiça do RS. *E-mail:* piresgavião@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/7774124880944708>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8152-1005>.

² Doutor em Direito pela Unisinos/RS. Juiz de Direito do RS. *E-mail:* jfdclyra@tjrs.jus.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/3248441957258684>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1952-3365>.

ABSTRACT: *This research discusses the role of the proportionality test, taken as a prohibition of insufficient protection, in criminal law. The prohibition of insufficient protection as an expression of the proportionality test is an autonomous category in relation to the prohibition of excess, also a manifestation of the same methodological tool. It is a necessary formulation for the preservation of the legislator's margin of freedom to conform state criminal policy. The jurisdiction is reserved the right to declare unconstitutionality when the limits of the margin of appreciation are exceeded in a control of strong evidence. Jurisdictional control within the margin of appreciation configures an invasion of constitutionally defined areas of competence. This is a comparative dogmatic research, developed based on the deductive method.*

PALAVRAS-CHAVE: teste da proporcionalidade; proibição de proteção insuficiente; direito fundamental de liberdade.

KEYWORDS: *proportionality test; prohibition of insufficient protection; fundamental right of freedom.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O teste da proporcionalidade como um *mediating principle* na aplicação do direito penal; 2 O teste da proporcionalidade e o submandato de vedação de defesa deficiente: a dupla face da proporcionalidade?; 3 A autonomia argumentativa e dogmática do submandato da proibição de defesa insuficiente: uma decorrência do princípio da legalidade e da legitimidade democrática; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduccion; 1 The proportionality test with the mediating principle in applicate of penal law; 2 The proportionality test and the sub-mandate of striking insufficient defense: the converse of proportionality?; 3 The argument autonomy and dogmatic of sub-mandate of striking insufficient defense: a result of principle legality and of legitimacy democratic; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

Esta investigação tem por objeto o estudo do teste da proporcionalidade³ como proibição de proteção insuficiente. Há uma relação de implicação necessária entre direitos fundamentais e o teste da proporcionalidade. Intervenção no escopo de proteção de um

³ A designação “princípio da proporcionalidade” é aqui preterida pela designação “teste da proporcionalidade”. Poderia igualmente ser substituída por “análise da proporcionalidade”. Com isso, ganha-se em correção e precisão. A proporcionalidade é um critério metodológico de aplicação de normas jurídicas, e não um “princípio” a ser otimizado, como sugere a teoria dos princípios.

direito fundamental somente pode ser admitida quando justificada com base no teste da proporcionalidade. Esse teste funciona com ferramenta metodológica para avaliar se medidas estatais que afetam o escopo de proteção de um direito fundamental estão justificadas. Direitos fundamentais, entre outras posições fundamentais jurídicas, configuram deveres de proteção estatal. O teste da proporcionalidade serve para avaliar se as medidas estatais são tais que alcançam proteção suficiente aos direitos fundamentais e aos bens jurídicos constitucionalmente protegidos. Assim, a aplicação do teste da proporcionalidade serve para recusar medidas estatais que não alcançam proteção suficiente aos direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos. Esse é o tema da presente investigação.

Essa discussão é relevante na medida em que trata de um tema central da interpretação e aplicação das normas de direitos fundamentais, notadamente a que diz respeito aos direitos de proteção ou defesa contra intervenções lesivas de terceiros. O dever de proteção estatal como posição jurídica de direito fundamental significa que o Estado deve adotar medidas estatais de proteção suficientes contra intervenções de terceiros. Os direitos fundamentais e os bens jurídicos constitucionalmente protegidos devem ser protegidos suficientemente. O assunto ganhou expressão a partir de célebre decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão na Decisão Aborto, quando reconheceu que a medida legislativa de descriminalização da interrupção voluntária da gravidez configurava violação da proibição de proteção insuficiente⁴. A partir dessa decisão, não poucas são as discussões sobre a aplicação do teste da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente, tanto no âmbito da dogmática jurídica⁵ como no contexto da interpretação e aplicação do Direito pelos tribunais⁶.

⁴ Conforme CLÉRICO, L. 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. p. 169-206.

⁵ Ver: STRECK, L. L. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição do excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, a. 32, n. 97, p. 119-141, mar. 2005; FELDENS, L. *Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; SARLET, I. W. *Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre a proibição de excesso e de insuficiência*. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 4, n. 7, p. 161-206, 2006.

⁶ Ver STF, RE 418.3765 (MS), ADIn 312-2007 e ADIn 3510-2008. Mais recentemente, quando a Corte defendeu a legitimidade da criminalização e punição do porte de arma de fogo desmuniçada, ver

Essa investigação pretende discutir criticamente as hipóteses de aplicação da proibição de proteção insuficiente no sistema penal, principalmente pelo fato de que a intervenção penal significa uma dramática restrição a direitos fundamentais, necessitando especial justificação. A análise desse tema permite, ainda, reflexões sobre essas questões. Os direitos fundamentais podem ou não limitar a atividade punitiva levada a cabo pelo legislador ou pelos tribunais? A intervenção do direito penal é uma severa intromissão nos direitos de liberdade, necessitando de especial legitimação? Qual a função e os limites do direito penal na sociedade atual, informada pela tecnologia e pelo risco? Em que limite os tribunais podem declarar a inconstitucionalidade de uma lei penal sob o argumento de que viola a proibição de defesa insuficiente? No limiar de tais interrogantes, existe algo de consensual: a legislação penal ou intervenção judicial deve ser proporcional, isto é, restringir o direito de liberdade até onde for o necessário, adequado e proporcional para se atingir a finalidade da segurança social⁷. Evidentemente que não há lugar, nesta investigação, para responder a todas essas formulações. Contudo, a discussão poderá servir para informar o conteúdo de algumas dessas questões, especialmente para analisar a forma com que o citado teste foi recepcionado pela jurisprudência e pela dogmática jurídica brasileira.

A fim de que a questão central aqui proposta seja respondida, esta investigação será desenvolvida tomando como ponto de partida o teste da proporcionalidade como um *mediating principle* do direito penal: o teste que regula a edição e a aplicação das normas penais. Na sequência, aborda-se a proibição de defesa insuficiente, destacando-se a forma com que foi recepcionado pela dogmática e pela jurisprudência brasileira. Em outro momento, a proibição de defesa insuficiente é tratada como categoria dogmática e argumentativa autônoma e as consequências de dita autonomia limita o controle judicial. No ponto final, serão apresentadas as notas conclusivas.

Trata-se de investigação centrada na dogmática jurídica, comparativa, desenvolvida com base em método dedutivo.

STF, HC 102.087, publicado em 21.08.2013, e STF, HC 104.410, publicado em 06.03.2012. De igual sorte, RE 966.177, publicado em 07.06.2017. Ver HC 399.097, J. 27.06.2017, e HC 355.092, J. 14.06.2016.

⁷ Nesse sentido, LAGODNY, O. El derecho penal substantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional. In: HEFENDEHL, R. (ed.). *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 129-146.

1 O TESTE DA PROPORCIONALIDADE COMO UM *MEDIATING PRINCIPLE* NA APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL

Os *mediating principle* são princípios normativos basilares do direito penal, dotados da importante função de limitar a atuação do sistema penal, contendo os processos de criminalização, preservando as margens da liberdade geral de ação dos indivíduos. Em outros termos, apresentam-se os *mediating principle* como considerações normativas, fundadas em predicados de justiça, que se opõem aos processos de criminalização. Com relação ao teste da proporcionalidade, tem-se que ele permite ponderar os custos humanos impostos aos destinatários da medida estatal sancionatória penal, promovendo a distribuição justa da responsabilidade penal⁸. Erige-se – portanto – como critério metodológico central para o controle do grau de intensidade das intervenções estatais sancionatórias penais no âmbito do direito fundamental de liberdade⁹.

Sob escrutínio do teste da proporcionalidade, predica-se que a medida estatal sancionatória penal é proporcional quando está constitucionalmente justificada, caso cumpridos os três ou quatro testes parciais do teste da proporcionalidade: a) a legitimidade do fim perseguido, b) a adequação, c) a necessidade e d) a proporcionalidade em sentido restrito.

A sanção penal é adequada se persegue um fim legítimo constitucionalmente: objetivo não proibido pela Constituição Federal. A satisfação do teste parcial da adequação implica a exigência de que a medida estatal sancionatória penal promova o fim de proteção de um bem jurídico penalmente protegido¹⁰. Se a medida estatal sancionatória penal não é capaz de fomentar a proteção do bem jurídico-penal constitucionalmente protegido, o primeiro teste parcial da proporcionalidade não está satisfeito, e o resultado é que a intervenção nas posições jurídicas jusfundamentais do direito fundamental da liberdade de atuação geral não está justificada.

⁸ HIRSCH, A. von; SEELMANN, K.; WOLHERS, W. Introducción. Que son mediating principles? In: HIRSCH, A. von; SEELMANN, K.; WOHLERS, W. *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier, 2012. p. 55-56.

⁹ HASSEMER, W. *Por qué castigar? Razones por la que merece la pena la pena*. Tradução: Manuel Cancio Meliá e de Francisco Muñoz Conde. Valência: Tirant lo Blanch, 2016. p. 146-147.

¹⁰ Conforme lição de GOMES, M. G. de M. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 126-143.

A intervenção penal é necessária se comparada a todas as outras medidas estatais sancionatórias penais (ou não) igualmente aptas para a proteção de um bem jurídico-penal protegido¹¹; é a que – em menor grau de intensidade – afeta posições jurídicas fundamentais. Na comparação entre a medida estatal sancionatória penal e as demais medidas estatais sancionatórias penais, deve ser considerada a igualdade de adequação em termos de eficiência e consequências. A medida estatal sancionatória penal não é necessária e – assim – não cumpre o teste parcial da necessidade, caso haja outra medida estatal sancionatória penal igualmente adequada, em termos de realização dos fins constitucionalmente legítimos perseguidos, com menor grau de afetação a direitos fundamentais.

A intervenção estatal sancionatória se revela proporcional, em sentido restrito¹², se o grau de restrição na liberdade de atuação geral é justificado pela magnitude da satisfação do bem jurídico-penal constitucionalmente protegido. O teste impõe que o benefício que se obtém com a restrição a um direito fundamental seja justificado pela restrição que impõe a direito fundamental de outrem¹³. Sob essa parcial, a ponderação assume posição privilegiada, dando azo a duas regras: a) a lei material da ponderação e b) a lei epistêmica da ponderação. Aquela estima que, quanto o maior o grau de intensidade de intervenção em direito fundamental, maior deve ser o grau de importância de cumprimento do outro direito fundamental (ou bem jurídico constitucionalmente protegido). Já esta – a epistêmica da ponderação – valora que quanto maior for o grau de intensidade de limitação em direitos fundamentais, maior deve ser o grau de certeza das premissas empíricas apoiadoras da medida estatal.

Na aplicação do teste da proporcionalidade na verificação da constitucionalidade de medidas estatais sancionatórias penais, ganham importância os graus de intensidade de intervenção na liberdade geral de atuação e a relevância do bem jurídico tutelado e/ou outros direitos fundamentais protegidos. Assim, a ponderação estrutura-se em três passos, que correspondem a uma investigação sobre os graus de intensidade de intervenção

¹¹ Ver *Ibid.*, p. 82-125.

¹² *Ibid.*, p. 155 e ss.

¹³ SÁNCHEZ GIL, R. El principio de proporcionalidad en la jurisprudência mexicana. In: CARBONELL, M. (ed.). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Miguel Carbonell, 2008. p. 226.

em direitos fundamentais e os graus de importância atribuídos a outros valores constitucionais¹⁴. Em cada passo dessa investigação, os graus devem ser escalados em três níveis; quando se revelar possível, há um refinamento de cada grau em três níveis, podendo os graus serem escalados em nove níveis. Dessa maneira, os dois primeiros passos da estrutura da ponderação se referem à atribuição do grau de intensidade de intervenção no direito fundamental de liberdade e do grau de importância de realização dos outros direitos fundamentais (ou bens jurídicos constitucionalmente protegidos). O terceiro e último passo da estrutura da ponderação é reservado para relacionar esses graus; nesse momento, deve ser comprovado se o grau de intensidade de intervenção no direito fundamental de liberdade justifica-se pelo grau de importância da realização dos outros direitos fundamentais protegidos pela medida estatal sancionatória penal¹⁵.

Com tal metodologia, regula-se diretamente a ação de ponderar, explicitando-se o *como* da ponderação, conferindo-se racionalidade ao método ponderativo. Sob essa perspectiva, Alexy sugere a criação de uma escala composta dos graus *leve*, *médio* e *grave* para verificação da intensidade de restrição a direito fundamental, bem como para avaliar o grau de satisfação de outro valor fundamental¹⁶. Com isso, aparelha-se a ponderação com uma estrutura modelada em três graus, vocacionados que estão para ponderar entre o tamanho da intervenção e a magnitude da realização apresentada. No modelo triádico simples, os graus são *leve*, *médio* e *grave*. O grau *leve* pode ser *mínimo* ou *fraco*; o *grave* varia entre o *alto* ou *forte*. Logo, no modelo triádico duplo, os graus leve, médio e grave são também escalados em leve, médio e grave, implicando – por fim – um modelo de nove graus¹⁷.

A metodologia aplicada ao direito penal concebe a grave intromissão no direito fundamental de liberdade como grandeza concreta. Dessa forma, a ponderação é dependente do escrutínio das circunstâncias do caso, que serão decisivas como razões para atribuição, verificação e justificação do respectivo

¹⁴ ALEXY, R. A fórmula de peso. In: ALEXY, R. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 131-137.

¹⁵ *Ibid.*, p. 133.

¹⁶ Ver, em Alexy (2007, p. 133), a análise de duas decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão: a decisão sobre a obrigação das empresas de cigarros a colocarem anúncios dos riscos de seus produtos (BVerfGE 95, 173) e a decisão Titanic (BVerfGE 86).

¹⁷ *Ibid.*, p. 138-147.

grau de intensidade de intervenção. Por tal motivo, as razões devem ser sustentadas por premissas empíricas seguras e confiáveis, o lugar da regra epistêmica da ponderação¹⁸. Esta alude que quanto maior for a intensidade de intervenção em direito fundamental, maior deverá o grau de segurança e certeza das premissas empíricas apoiadoras da medida estatal. Sob esse olhar, pode-se predicar que o legislador penal não fica em posição confortável (considerando-se o ônus argumentativo que lhe é imposto) na punição do aborto, pelo menos quando se trata dos meses iniciais de gestação, porque as premissas que sustentam a medida sancionatória deveriam ser seguras, além de cumprir o objetivo declarado em lei.

Também é critério central na ponderação o grau de afetação do direito fundamental de liberdade enquanto posição jurídica *prima facie*, pois é o momento em que se estimam as premissas empíricas sobre a eficácia, a duração, a probabilidade e a extensão da medida da intervenção¹⁹. Logo, quanto mais ameaçada a liberdade geral de ação, maior poderá ser a intensidade da intervenção; em outros termos: quanto mais intensamente é afetada a fundamentabilidade do direito fundamental de liberdade de atuação geral, maior deve ser o grau de intensidade da intervenção²⁰.

O próximo passo da estrutura da ponderação é a atribuição e justificação da importância da realização dos fins que a medida estatal sancionatória penal pretende concretizar. O que interessa é determinar o grau de importância de realização ou cumprimento dos bens jurídicos constitucionalmente protegidos em jogo na ponderação. Aqui o grau de importância de realização desses bens jurídicos constitucionalmente protegidos precisa ser concebido exclusivamente como uma grandeza concreta, restando saber o “como”. Tratando-se de colisão de direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos, ela depende das repercussões que a omissão ou a não efetivação da medida estatal

¹⁸ ALEXY, R. A fórmula de peso. In: ALEXY, R. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 139.

¹⁹ BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005. p. 764-765.

²⁰ GAVIÃO FILHO, A. P. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre, 2010. p. 269.

sancionatória penal interveniente repercutirá na esfera de proteção e segurança dos bens jurídicos constitucionalmente protegidos²¹.

Da ponderação, são possíveis três configurações. Na primeira, a intervenção no direito fundamental de liberdade de atuação geral é mais intensa do que a possível proteção dos bens jurídicos constitucionalmente protegidos. Nesse caso, o grau de intensidade de intervenção no direito fundamental de liberdade de atuação geral imposto pela medida estatal sancionatória penal não está justificado pelo grau de importância da proteção dos bens jurídicos constitucionalmente protegidos, reputando-se desproporcional a medida sancionatória. Na segunda hipótese, o grau de intensidade de intervenção no direito fundamental de liberdade de atuação geral é menor do que o grau de importância da aplicação da medida estatal sancionatória penal como meio adequado e necessário para proteção de bens jurídicos constitucionalmente protegidos. Nessa hipótese, encontra-se legitimada a restrição da liberdade, que se justifica pela importância do bem jurídico protegido, devendo ser valorada como proporcional. Na terceira formulação, ocorre o empate: o grau de intensidade de intervenção que a medida estatal sancionatória penal representa para o direito fundamental de liberdade é igual ao grau de importância da medida sancionatória e sua proteção a bem jurídico. Nesse caso, igualmente está justificada a medida estatal sancionatória penal e a restrição imposta ao direito fundamental de liberdade, porque – mais uma vez – a intromissão estatal em direitos fundamentais se encontra justificada pelo grau de importância da proteção de bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

Em suma, o teste da proporcionalidade – “no” controle de normas penais – permite ponderar até em que limite é razoável proteger bens jurídicos em face de condutas lesivas perpetradas por terceiros e – pelo contrário – quando é preferível renunciar à atuação estatal protetora, por afetação demasiada em direitos fundamentais. O referido método valora o impacto das proibições jurídicas, fundadas no direito à segurança, nas posições jurídicas dos afetados (liberdade geral de ação negativa). Implica, verdadeiramente, uma leitura moral e política da Constituição, porque, para a constitucionalidade de medidas sancionatórias penais, revela-se fundamental a presença de um bem jurídico merecedor de proteção. Também que a sanção penal se constitua

²¹ ALEXY, R. On Babancing and subsumptio. A structural comparison. *Ratio Juris*, [s. l.], v. 16, n. 4, p. 441, dez. 2003.

entre os meios igualmente eficazes para proteger bem jurídico, o que menos interfere na liberdade negativa. Por último, é preciso determinar até que ponto se justifica a interferência na liberdade negativa dos indivíduos em atenção à proteção do bem jurídico²². Urge, antes de se propor qualquer forma de restrição da liberdade, a demonstração de que a conduta implica risco a terceiros, bem como de que a intervenção penal não vai acarretar um mal maior que se pretende evitar²³. No limite, o dever de tutela da segurança da vida em sociedade, fator decisivo das tipificações penais, exige a proteção de determinadas realidades, operando em duas direções: a) impede que o castigo vá além do necessário; b) permite que castigue o quanto for necessário. Do princípio da segurança – portanto –, procura-se evitar a superproteção ou um direito penal inflacionado, ou que se castigue com penas irrisórias delitos graves (infraproteção)²⁴.

Esta é a configuração atual do teste da proporcionalidade.

2 O TESTE DA PROPORCIONALIDADE E O SUBMANDATO DE VEDAÇÃO DE DEFESA DEFICIENTE: A DUPLA FACE DA PROPORCIONALIDADE?

A interpretação clássica dos direitos fundamentais estima que eles se destinam a assegurar a esfera de liberdade dos indivíduos em face de intervenção do Poder Público, configurando-se como verdadeiros direitos de defesa do cidadão em face do Estado²⁵. De acordo com tal concepção, são direitos que impõem ações negativas ou omissões ao Estado, estimando que os direitos fundamentais se destinam a preservar a liberdade geral de ação dos indivíduos em face das intervenções do Poder Público. A contrapartida das ações negativas (direitos de defesa) é a versão positiva dos direitos, que pressupõe o

²² PAREDES CASTANÓN, J. M. *La justificación de las leyes penales*. Valência: Tirant lo Blanch, 2013. p. 238-240.

²³ CORCOY BIDASOLO, M.; HORTAL IBARRA, J. C. (coord.). *Constitución y sistema penal*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 154.

²⁴ Ver SÁNCHEZ-OSTIZ, P. *Fundamentos de política criminal: un retorno a los principios*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 134-138.

²⁵ Na lição de ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 419.

direito a prestações em sentido amplo²⁶ – o caso, para citar alguns exemplos, da assistência social, da educação, da saúde, da proteção, dentre outros. Sob o aspecto positivo, os direitos fundamentais reclamam uma ação do Estado que pode consistir em prestações fáticas (para aquisição de bens disponíveis no mercado) ou prestações normativas (p. ex., na proteção pelo direito penal em face de agressões perpetradas por terceiros), chegando às normas de organização e procedimento. Em outros termos, os direitos de prestação (ou direitos a algo), que decorrem do Estado de bem-estar social, subdividem-se (em sentido amplo) em três grupos: 1) direitos à proteção; 2) direitos à organização e procedimentos; 3) direitos a prestações em sentido estrito ou prestações fáticas²⁷. Logo, a escala de ações positivas do Estado se estende desde a proteção dos cidadãos frente às agressões de outros cidadãos por normas do controle penal, passando por regramentos de organização e procedimento, até chegar às prestações de dinheiro e bens²⁸.

Retomando-se o tema da dogmática do dever estatal de proteção, confere-se destaque ao denominado dever de proibir: a proteção empregada pelo direito penal (sob o aspecto material e processual), que compreende a penalização de condutas consideradas lesivas aos direitos de terceiros, no afã de brindar a sociedade com a almejada segurança. Por certo que tal abordagem gira – de forma prioritária – no legislador; secundariamente, entretanto, não menos importante, gira nas decisões tomadas pelos tribunais. Nessa perspectiva, ganha corpo, na dogmática dos direitos fundamentais, a vedação de defesa deficiente. Na lição de Bernal Pulido, ela surge como a segunda variável do “princípio” da proporcionalidade, utilizada para controlar a constitucionalidade da legislação penal. A referida variável assume o ponto de vista das exigências impostas pelos direitos de proteção²⁹. Dessa versão da proporcionalidade deriva a pretensão *prima facie* de que o legislador penal deve

²⁶ ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 419-420.

²⁷ *Ibid.*, p. 427-430.

²⁸ Conforme ALEXY, R. Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. In: SIECKMANN, J.-R. *La teoría principialista de los derechos fundamentales*. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 121.

²⁹ BERNAL PULIDO, C. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. Tradução: Thomas da Rosa Bustamante. Madri: Marcial Pons, 2013. p. 133.

garantir, na maior medida do possível, os direitos de proteção, atendendo às possibilidades jurídicas e fáticas.

Trata-se de um mandato aparelhado para cotejar possíveis omissões ou medidas adotadas pelo legislador, caso não apresentem bom padrão de proteção (*Untermaßverbot*). No ensinamento de Bernal Pulido, uma omissão legislativa ou uma norma penal que não proteja direito fundamental de maneira eficiente viola as exigências de adequação, mormente se não favorecer a um outro interesse, igualmente protegido pela Constituição. Detecta-se – na hipótese – inconstitucionalidade por violação do subprincípio da adequação, destacadamente se a carência de proteção não favorecer outro interesse merecedor de proteção. Omissões ou medidas legais insuficientes lesionam o subprincípio da necessidade, quando tais omissões estiverem ligadas à existência de uma restrição alternativa à intervenção penal na esfera de liberdade individual, que, embora não adotada pelo legislador, favoreça, em maior medida, a proteção de direito fundamental. Por fim, uma abstenção do legislador pode colidir com o subprincípio de proporcionalidade em sentido estrito, quando a ausência de intervenção do legislador penal privilegie um interesse menor daquele que deixou de ser protegido. Exemplo corrente nesse aspecto é o caso da despenalização do aborto apreciada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão³⁰.

Emprestando desenvolvimento dogmático ao dever de proteção (imperativos de tutela), convencionou-se, de forma consensual na doutrina nacional, que o teste da proporcionalidade é composto por uma *dupla via* ou *face*; ou seja, a sua integralidade é formada pela faceta da vedação do excesso e pela faceta da proibição de defesa deficiente. Nesse sentido, na lição de Sarlet³¹, partindo da distinção entre a dimensão negativa (direitos de defesa ou não intervenção) e a positiva (direitos de intervenção ativa, de prestação preventiva ou repressiva) dos direitos fundamentais, estima-se que o Estado, na sua função de proteção, pode afetar, de forma desproporcional, direito fundamental, ofendendo a proporcionalidade no plano da proibição do excesso. Entretanto, o Estado pode não atender ao dever de proteção de forma suficiente ou se omitir no cumprimento de tal dever, agindo aquém daquilo

³⁰ Ibid., p. 133-134.

³¹ SARLET, I. W. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre a proibição do excesso e de insuficiência. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 4, n. 7, p. 161-206, 2006.

que seria razoavelmente exigível. Sob esse aspecto, a política estatal viola a proporcionalidade na concepção de proibição da insuficiência, porque não atende, a contento, o seu mister de proteção³². Em suma, a proibição do excesso e da insuficiência compõe os dois lados da proporcionalidade, podendo a vedação da insuficiência ser recepcionada, no entendimento de Sarlet, como desdobramento da ideia de proporcionalidade em sentido amplo³³.

A temática não escapou da lente de Streck³⁴, partindo de uma constatação crítica da “crise (de eficiência ou eficácia) do direito penal”³⁵, esta decorre do fato de ele (o direito penal) não estar devidamente aparelhado para combater os crimes transindividuais e os delitos do colarinho branco³⁶, defendendo que a correta aplicação do mandato de proibição de defesa insuficiente permite a superação de tal crise. Na dicção do autor, assume importância vital a superação da concepção liberal de bem jurídico e sua ideologia de somente legitimar o direito penal na defesa de bens jurídicos individuais³⁷. Sob esse olhar, Streck sustenta um “garantismo positivo”, que teria o efeito de reduzir – em larga medida – a discricionariedade e a margem de avaliação do legislador penal no momento de criminalizar ou descriminalizar determinadas condutas lesivas, além de brindar a sociedade com uma eficiente proteção penal. Da ausência da liberdade absoluta de conformação legislativa em matéria penal,

³² Ibid., p. 178.

³³ Ibid., p. 180.

³⁴ STRECK, L. L. Da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de defesa deficiente (*untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 127-144, jan./dez. 2004.

³⁵ Na Escola de Frankfurt, a citada *crise do sistema penal* é trabalhada como uma situação insustentável, decorrendo do “crescimento” do direito penal nas sociedades modernas. Ver a obra coletiva em ROMEU CASABONA, C. M. *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000.

³⁶ É verdade que o referido artigo foi publicado em 2005, marco temporal em que o controle penal brasileiro não convivia com megaprocessos como o *Mensalão* e a *Lava Jato*, e não havia um diagnóstico ou prognose da expansão do controle penal. Os contornos dessa discussão são enfrentados por SCHÜNEMANN, B. Del derecho penal de clase baja al derecho penal de la clase alta: un cambio de paradigma como exigencia moral? In: DONNA, E. A. (dir.). *Obras*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, t. 2, 2009. p. 13-63. Também MÜSSING, B. *Desmaterialización del bien jurídico y de ola política criminal: sobre las perspectivas y dos fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema*. Tradução: Manuel Cancio Meliá e de Enrique Peñaranda Ramos. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2001.

³⁷ Uma importante defesa à concepção liberal de bem jurídico é feita por HASSEMER, W. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación em derecho penal*. Tradução: Francisco Muñoz Conde e de Maria del Mar Díaz Pita. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.

informada, de resto, pelo constitucionalismo comunitário, sobressai *outra face* da proporcionalidade: a proibição da proteção deficiente. Em síntese, para Streck, o controle da proporcionalidade é apto para constatar a inconstitucionalidade pelo excesso (via ponderação da relação entre fins e meios), bem como para verificar possível proteção insuficiente a direito fundamental. Também cuidou do tema Feldens, o qual, além de refutar a ideia de que a defesa de proteção deficiente é categoria autônoma devidamente dissociada da proibição do excesso, concebe-a de forma direta, como a outra face do princípio da proporcionalidade³⁸.

No entendimento do citado autor, a Constituição contém mandamentos de penalização, que se traduzem em verdadeira obrigação de legislar em proteção de bens jurídicos penais, que assume um caráter positivo. Dessa forma, o legislador se encontra impedido de renunciar arbitrariamente ao socorro do direito penal e seus efeitos protetores, mormente quanto estiver presente um bem jurídico relevante³⁹. Dito arcabouço teórico repercutiu na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, especialmente na obra de Feldens, embora em escassos julgados em matéria penal, os quais – como já observado – pecaram pela ausência do necessário refinamento argumentativo exigido pela relevância do tema⁴⁰. Sob esse enfoque, cumpre mencionar 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 Corte⁴¹. Outro julgamento em que o tema

³⁸ FELDENS, L. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade em matéria penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. Do mesmo autor, ver *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

³⁹ FELDENS, L. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade em matéria penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 69 e ss.

⁴⁰ A falta do dever de coerência argumentativa do STF, que deve ser entendida como o ônus argumentativo de apresentar, de forma racional e com precisão conceitual, os motivos que amparam a sua decisão, é analisada, de forma aprofundada, na monografia de 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.

⁴¹ Decisão essa que, segundo Rodrigues (Op. cit., p. 35), demarca a *estreia* 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. 09.02.2006).

foi objeto de questionamento se deu quando da apreciação da ADIn 3.112, relatada pelo Ministro Ricardo Lewandowski⁴². Em tal ação, debateu-se sobre a inconstitucionalidade da Lei nº 10.826/2003 – Estatuto do Desarmamento –, destacadamente dos dispositivos legais que vedavam a concessão de fiança (arts. 14 e 15 da referida legislação). Da decisão, retira-se o argumento central no sentido de que o controle da proporcionalidade é operacionalizado em caráter dúplice (dupla-face), na medida em que a proibição de excesso e a da insuficiência importam um *rígido* controle das margens de ação do legislador-penal na efetivação dos mandatos de criminalização, explícitos ou implícitos da Constituição. Acrescenta que a vedação da defesa insuficiente é uma decorrência dos deveres de proteção e da *feição objetiva* da ordem constitucional.

Em síntese, o pensamento doutrinário e jurisprudencial esboçado sustenta que a proteção de defesa deficiente se constitui em uma faceta do teste de proporcionalidade, dotada da função de nortear a relação entre o fato e a punição. Com ela, legitima-se – na versão brasileira – um *ótimo* controle das margens de liberdade de conformação do legislador em matéria penal. Suplanta-se, dessa forma, o modelo do controle fraco (ou de evidência) de constitucionalidade. Não se pode deixar de registrar que tal posicionamento não é isento de crítica; ao contrário, é problemático, 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 – questões problematizadas na sequência.

3 A AUTONOMIA ARGUMENTATIVA E DOGMÁTICA DO SUBMANDATO DA PROIBIÇÃO DE DEFESA INSUFICIENTE: UMA DECORRÊNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Nalição de Canaris⁴³, a concepção que defende a autonomia argumentativa e dogmática da vedação de omissão e/ou defesa insuficiente, posição por ele sustentada, somente se torna compreensível com o acréscimo de que a Constituição apenas proíbe que se desça de um certo *mínimo de proteção*. No

⁴² STF, ADIn 3.112, J. 02.05.2007.

⁴³ CANARIS, C.-W. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e de Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2016. p. 59 e ss.

pensamento do autor, a proibição de insuficiência – que não se confunde com a tipologia da proibição do excesso – deve ser recepcionada como uma categoria autônoma. Ele sustenta que a proibição da defesa insuficiente existe em termos dogmáticos e advém do fato de que o Estado não regula a relação entre cidadãos por imposições ou proibições, senão pelo princípio da liberdade geral – porque tudo aquilo que não foi proibido é permitido⁴⁴. No espaço de liberdade geral de ação, não se pode vislumbrar – como quer a teoria da convergência – uma concessão ou autorização de ofensa estatal na esfera privada de outrem (ou de tolerância). No limite, para o citado mestre, a proibição de insuficiência brota de um imperativo de tutela ou de proteção aos direitos fundamentais, que bem convive, na sua lente, com o primado da liberdade geral, inclusive, no âmbito das relações entre particulares. Efetivamente, Canaris reconhece que cumpre ao Estado coibir as agressões advindas dos particulares, notadamente daquelas que representarem um abuso no exercício da liberdade geral de ação, redundando em lesões na esfera de terceiros. Todavia, vai além de argumentar a existência conceitual de tal categoria: entende que ela é dotada de autonomia.

Para Canaris, a vedação de defesa deficiente goza de autonomia dogmática e argumentativa. Esta se sustenta no fato de que a intensidade do controle constitucional operacionalizado é substancialmente mais fraco do que ocorre no âmbito da proibição do excesso, porque há eficácia mais tênue da função dos imperativos de tutela, já que se trata de uma problemática omissão ou deficiência. Importa – em uma primeira linha – demonstrar, argumentativamente, a existência de um dever jurídico de agir do Estado para proteger determinado direito fundamental de uma agressão ou ameaça. Em face de tal autonomia argumentativa, não se pode impor ao ente estatal o mesmo ônus argumentativo que preside a proibição do excesso, sob pena de se multiplicarem, ao infinito, as possibilidades de intervenção, pois sempre é possível brindar a sociedade com mais segurança. Na correta ponderação de Canaris, uma ótima proteção e segurança, pois, além de não se revelar factível, tampouco seria saudável, uma vez que importaria demasiada restrição da liberdade geral de ação dos cidadãos, submetendo-os a uma insuportável tutela estatal. Dessa forma, a margem de manobra do Poder Judiciário – nesse âmbito, embora legítima e relevante – não pode se sobrepor à ação do

⁴⁴ *Ibid.*, p. 61.

legislador, pois este goza, na conformação dos imperativos de tutela, de ampla margem ou espaço de conformação⁴⁵.

Conforme Novaes, o poder judicial não tem mais legitimidade nem mais aptidão que o legislador democraticamente legitimado para realizar tais ponderações e auferir o mínimo de proteção exigível razoavelmente. Canaris também defende a autonomia argumentativa e dogmática da vedação de proteção deficiente⁴⁶, com um acréscimo: o dever estatal de proteção se submete à reserva do politicamente adequado ou oportuno, limitando, sobremaneira, o controle judicial. Há, na lente do referido professor – objetivamente –, um corredor por onde se move o legislador, que não está pré-condicionado. Isso significa que o controle de constitucionalidade do mínimo de proteção deve se submeter ao controle judicial brando, somente se podendo declarar inconstitucionalidades evidentes ou de conteúdo essencial, forma de preservar a margem de liberdade do legislador. Logo, a insuficiência de proteção deve ser manifesta⁴⁷.

Nesse âmbito, de relevo colacionar – ainda – a doutrina de Clérico, doutrinadora que reconhecidamente se debruça sobre o tema, que, de igual sorte, defende a autonomia dogmática e argumentativa da proibição da ação deficiente (defeituosa ou omissiva)⁴⁸. Ela também realça o fato de que a vedação de defesa insuficiente ainda não experimenta amplo desenvolvimento teórico e argumentativo; 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 celulares⁴⁹. Registra-se que o Brasil não

⁴⁵ Ibid., p. 65-68.

⁴⁶ NOVAIS, J. R. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares: do dever de proteção à proibição do défice*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 250 e ss.

⁴⁷ Ibid., p. 262-265.

⁴⁸ CLÉRICO, L. 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. p. 169-206.

⁴⁹ Ibid., p. 171.

foge do diagnóstico do caso alemão retratado por Clérico; de igual sorte, a teoria foi utilizada em poucos julgados pelas Cortes superiores, sendo testada, com mais rigor, na proibição do excesso. Talvez um aspecto negativo sobressaia do caso brasileiro: a falta de cuidado argumentativo em precisar alguns conceitos fundamentais, ressentindo-se de uma ligação com a dogmática constitucional dos deveres de proteção. Daí provenha – talvez – a falta do comedimento jurisprudencial em sua aplicação, que pode redundar no desprestígio ao princípio da separação dos poderes e à legalidade democrática.

Com efeito, a defesa da autonomia da proibição de proteção deficiente abraçada por Clérico funda-se 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, deve, 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. De tais observações sobressai a importância de se conferir autonomia a tal submandato, somente legitimando o controle de constitucionalidade leve ou brando: de evidência, porquanto preserva a margem de manobra do legislador⁵⁰.

Quando a análise centra-se no excesso – a versão clássica do princípio da proporcionalidade –, a questão é menos tormentosa, porque o legislador já editou a norma e, no mais importante, procedeu às devidas valorações e ponderações que, inclusive, não necessariamente precisam ser informadas por termos estritamente jurídicos, podendo advir de valorações econômicas, sociais, políticas, entre outras, valorando-se o que se entende por politicamente adequado e oportuno⁵¹. A título de exemplo, cita-se o julgamento proferido no âmbito do STJ, quando – por maioria – decidiu-se pela inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, V, do CP, delito esse relacionado à falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins

⁵⁰ *Ibid.*, p. 189.

⁵¹ Por todos, ver SIECKMANN, J.-R. La legislación como ponderación. In: OLIVER-LALANA, D. A. (ed.). *La legislación en serio: estudios sobre derecho y jurisprudencia*. Valência: Tirant lo Blanch, 2019. p. 267-300.

terapêuticos ou medicinais⁵². Concluiu-se pela desproporção entre a relevância da conduta (bem jurídico) e a pena prevista (reclusão de dez a quinze anos), que, no correto entender da Corte, revelou-se excessivo. Trata-se – efetivamente – de clara e evidente hipótese de ofensa à proporcionalidade, uma vez que a medida interventiva, que equipara a procedência ignorada de produtos (ou ausência dos documentos comprobatórios da origem do produto, delito de perigo abstrato) à falsificação de medicamento para fins terapêuticos, crime dotado de maior desvalor, caracteriza evidente desproporção. Nesse particular, também se faz referência à acertada decisão do STF, quando assentou a inconstitucionalidade de dispositivos do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003, arts. 14 e 15, e seus parágrafos únicos), no que concerne ao fato de alçar tais crimes como sendo inafiançáveis⁵³. Trata-se de mais um caso de evidente inconstitucionalidade, porque eles não passam de crimes de perigo abstrato, de relativa ofensividade, delitos em que não há violência ou grave ameaça à pessoa, não se justificando tamanha restrição na esfera de liberdade. Como notado, em tais hipóteses – dentre outras –, a restrição já está posta, restando factível o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário, na medida em que preservou as margens ponderativas do legislador e, por outro lado, corrigiu-se intervenção desproporcional em direitos fundamentais.

Cenário diverso ocorre no âmbito da proibição de defesa insuficiente, espaço em que a discussão ganha complexidade. Veja-se o caso da alegada inconstitucionalidade do art. 337, § 1º, do CP (que também abarca o art. 168-A, § 2º, do mesmo *Codex*), que se baseia no argumento de que a previsão da extinção de punibilidade para os crimes de apropriação indébita previdenciária e/ou sonegação é o caso de defesa insuficiente à previdência social⁵⁴. A cobertura teórica para tal argumentação é a dupla face da proporcionalidade; todavia, entende-se que não há a propalada inconstitucionalidade, porque o legislador se moveu na sua margem de liberdade. Observa-se que não houve descriminalização; houve, sim, a possibilidade de extinção da punibilidade caso o agente preencha determinados requisitos, como o pagamento e a confissão do débito antes do início da ação fiscal. Caso não se implementem

⁵² STJ, HC 239.363/PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, J. 26.02.2015.

⁵³ Ver STF, ADIn 3.112, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, J. 02.05.2007.

⁵⁴ Defendida por STRECK, L. L. Da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de defesa deficiente (*untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 127-144, jan./dez. 2004, p. 139-144.

as exigências legais, não terá direito subjetivo a extinção de sua punibilidade. Pode-se discordar da política criminal implementada, ou – ainda – predicar da presença indesmentível do caráter seletivo do direito penal, que não estendeu tal direito aos demais crimes patrimoniais praticados sem violência; entretanto, inconstitucionalidade parece que não ocorre, sob pena de se estabelecer o rígido controle de constitucionalidade, dificilmente compatível com o princípio da separação de poderes. Por isso, argumenta-se que a vedação de defesa insuficiente em matéria penal somente legitima um controle jurisdicional leve ou de evidência. Logo, somente é possível declarar a inconstitucionalidade em casos em que se constate evidente ausência de proteção.

Em suma, os controversos tópicos da vedação de proteção deficiente e a existência de mandatos constitucionais de criminalização que – decerto – procedem do *case* da regulamentação legal do aborto efetivamente se inscrevem na abrangente discussão do direito constitucional e da dogmática dos direitos fundamentais, merecendo ser analisada de forma crítica⁵⁵. Soa inegável o fato de que o Estado possui o dever de efetivar determinados valores fundamentais por normas penais, mas também assumir que há importante contradição entre a proteção penal e o princípio geral da liberdade (ou direitos fundamentais). Por isso, calha o questionamento: 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. Não se pode aderir ao pensamento de que a segurança coletiva é o principal fundamento do monopólio da violência estatal na proteção de direitos fundamentais, pena de se consolidar o insustentável mandato primário à justiça penal⁵⁶. Ao contrário, defende-se que se deve conferir primazia à ideologia de um direito penal liberal, que bem pode conviver com uma necessária proteção de bens jurídicos e coletivos; por óbvio, limitado por uma base consensual comunitária e racional do bem jurídico.

⁵⁵ Na lição de STAECHELIN, G. Es compatible la prohibición de infraprotección con una concepción liberal de derecho penal? Tradução: David Felip i Saborit. In: ROMEU CASABONA, C. M. *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000. p. 289-304.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 295.

Com efeito, um sistema penal que pretenda ser justo e tolerante confere papel destacado à liberdade individual e à dignidade pessoal, devendo ser respeitoso com relação aos demais ideais de vida boa. Sob esse olhar, a liberdade e sua vocação libertária possuem conotação originária, que precede a ordem social, não sendo entendida como mera concessão do Estado e/ou sociedade. Tal ideologia não se confunde com permissividade; ao contrário, todavia, como uma política criminal restritiva e não expansiva, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais não se remete à segurança coletiva e a um nível ótimo de segurança, senão que a central proteção do direito fundamental de liberdade⁵⁷.

Em síntese, o controle da constitucionalidade sob o aspecto da proibição da defesa insuficiente reclama que se demonstre a existência de um bem jurídico, por mais que o cenário atual apresente certa instrumentalização dele para fins incriminadores. Também deverá o princípio do bem jurídico submeter-se ao teste da proporcionalidade e ao crivo das seguintes parciais: a proteção do bem jurídico é adequada, necessária e proporcional? É coerente com o ordenamento jurídico como um todo? É suscetível de ser implementada? Quais são os danos secundários causados pela punição? Somente com a resposta a tais indagações é que se pode cogitar em omissão ou deficiência do controle penal. Sob esse aspecto, parece que o legislador – efetivamente – encontra-se em lugar privilegiado para estabelecer tais ponderações, que envolvem avaliações políticas e outros juízos axiológicos. Daí decorre a necessária autonomia argumentativa e dogmática de tal submandato, que se impõe como garantia dos direitos fundamentais. Eles, sim, constituem o ponto de partida da discussão jurídico-penal sobre o dever de proteção do direito constitucional. A valoração do bem jurídico e sua proporcionalidade – portanto – não podem ser descoladas do processo legislativo ao processo normativo. Deslocar o ponto de tensão e discussão do legislador democrático (legitimação material da legislação) para a arena judiciária, sob a forma de controle constitucional da proibição de insuficiência, conduz ao desmantelamento da segurança jurídica, dos direitos de liberdade e seu sistema de garantias formais. Em uma palavra, o enfoque unilateral conferido à segurança pelo submandato da vedação de

⁵⁷ Ibid., p. 294-295.

omissão ou insuficiência penal pode estimular a expansão do direito penal e o abuso do princípio da proteção de bens jurídicos, merecendo melhor reflexão⁵⁸.

CONCLUSÃO

As medidas estatais sancionatórias penais representam uma intensa intervenção no direito fundamental da liberdade de atuação geral, devendo – por isso – ser proporcionais. A conclusão decorre da dogmática dos direitos fundamentais, o fundamento do dever de proteção do Estado Democrático de Direito. Assim, da dimensão subjetiva e – principalmente – objetiva dos direitos fundamentais, resultam proibidas medidas estatais que causem intervenção excessiva no sistema de tais direitos e – por certo – aquelas que privem a sociedade e as pessoas de mínimo de proteção exigível. Nessa dialética entre a vedação de intervenção excessiva e o dever de proteção mínima, ocupa espaço destacado o teste da proporcionalidade e seu método ponderativo, na medida em que as políticas estatais se movem em duas margens: o mínimo e o excesso.

Da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, advém o dever de tutela estatal, ou seja, o mandamento de conferir razoável proteção ao sistema de direitos, notadamente com relação às agressões perpetradas por terceiros. No afã de conferir proteção aos seus cidadãos, o Estado obriga-se – inclusive – a editar normas penais incriminadoras. Caso a política criminal estatal não cumpra tal dever, que pode se dar no caso de a proteção não alçar um patamar mínimo exigido pelos direitos fundamentais, viola o submandato da proibição de defesa inexistente ou insuficiente. Afinal, o teste da proporcionalidade e suas máximas da busca do fim lícito, a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito, que incidem no sistema penal, além de reputarem desproporcional o excesso, controlam a suficiência.

A conexão entre a política criminal e a ciência penal – a harmonização entre os princípios fundamentais do direito penal, como o princípio do bem jurídico, o princípio da subsidiariedade ou fragmentariedade do controle penal, o princípio da legalidade e a dogmática constitucional dos direitos fundamentais – consiste em uma dialética fundamental à justificação e à racionalidade do direito penal. Com os fundamentos da sociologia constitucional, o teste da proporcionalidade, que, do ponto de vista material,

⁵⁸ *Ibid.*, p. 301-304.

estabelece a secular máxima de que a lei penal deve ser proporcional entre o mal que causa e o fim que protege, complementa o princípio do bem jurídico na busca da identidade do controle penal. Dessa forma, as normas penais, além de dever se reportarem a um bem jurídico, precisam perseguir um objetivo legítimo; devem estar capacitadas para alcançar este objetivo; se for necessária para alcançar o objetivo determinado, não pode haver um meio menos severo, dotado da mesma efetividade. Mesmo sendo adequada, a medida não pode ser desproporcional ao propósito ou ao objetivo da ação (proibição do excesso), tampouco ofertar proteção deficiente, igualmente vetada.

O teste da proporcionalidade fundamenta dois mandamentos: a) a proibição do excesso e b) a vedação da proteção deficiente a posições jurídicas fundamentais – ambas com repercussão no direito penal. Sob essa perspectiva, sustenta-se – a partir da investigação – que o mandato de vedação de proteção deficiente não pode ser aplicado de forma similar à proibição do excesso. Não é, efetivamente, caso de aplicação direta de dupla face da proporcionalidade; ao contrário, a vedação de defesa insuficiente é categoria autônoma, especialmente no aspecto argumentativo. A razão de ser dessa afirmação atende ao princípio formal da democracia, a base de sustentação política do Estado de Direito, ao lado do império do Direito. Nesse particular, devem ser respeitadas as amplas margens valorativas e ponderativas de que goza o legislador. Entre o reputado excessivo e o nível mínimo de proteção racionalmente exigível pelo processo de argumentação, existe, inegavelmente, um “corredor” por onde se movimenta o legislador. A ele – o legislador democrático – cumpre os juízos valorativos, as análises epistêmicas e as prognoses, que não necessitam estar ancoradas em elementos normativos, senão que atendam ao politicamente oportuno, a partir de premissas econômicas, sociais. Algo diverso transita no âmbito do Judiciário, porque os juízes devem interpretar e ponderar em termos estritamente jurídicos. A decisão judicial, no plano argumentativo, deve assentar sua racionalidade na legislação e nos princípios constitucionais, considerações que limitam, sobremaneira, o alcance da decisão. Trata-se do ponto sensível da política criminal, impondo-se – portanto – que o controle judicial da deficiência seja utilizado de forma branda, limitada aos casos de evidente inconstitucionalidade, pena de o Poder Judiciário acabar impondo a sua própria política criminal, sobrepondo-se ao legislador. Por óbvio que a adesão a tal concepção implica reconhecer que o juiz esteja sempre vinculado aos termos da lei e à vontade do legislador, como já sugeriu o positivismo formalista; a concepção principialista do Direito

adotada impele ao reconhecimento da função criadora da interpretação judicial. Tampouco se nega a possibilidade de se reconhecer casos em que o legislador termine por violar o dever constitucional de conferir defesa efetiva aos direitos fundamentais em matéria penal. O que somente se quer destacar – e somente isso – é que deve ser preservada a margem de liberdade do legislador, que, em termos de política criminal, revela-se essencial. É nesse particular que se destaca a necessidade de se ter cuidado argumentativo na aplicação de tal submandato, algo não detectado na jurisprudência brasileira, que, recepcionando a proibição de defesa insuficiente como a outra face da proporcionalidade, submete-a a um controle forte, dificilmente compatível com a legitimidade democrática que deve ser observada no sistema penal. Ao contrário, 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.

Por último, tem-se que o enfoque centrado no primado da segurança que decorre dos deveres de proteção, conferido por alguns defensores da “dupla face da proporcionalidade”, 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, como se deu no julgamento do caso da homofobia⁵⁹. Nessa 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. Suprimem-se as necessárias (e falíveis, é verdade) reflexões legislativas sobre qual política criminal se pretende implementar. Efetivamente, parece que sempre é tempo para se propor um sistema de justiça criminal que leve a sério a liberdade da pessoa, o patrimônio humanitário do direito penal clássico, que duras lutas travou contra a violência e a arbitrariedade de sistemas totalitários. Chegou o tempo de homenageá-lo.

⁵⁹ STF, ADO 26, Rel. Min. Celso de Mello, J. 13.06.2019.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. A fórmula de peso. In: ALEXY, R. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, R. On Babancing and subsumptio. A structural comparison. *Ratio Juris*, [s. l.], v. 16, n. 4, p. 441, dez. 2003.

ALEXY, R. Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. In: SIECKMANN, J.-R. *La teoría principialista de los derechos fundamentales*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

BERNAL PULIDO, C. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. Tradução: Thomas da Rosa Bustamante. Madri: Marcial Pons, 2013.

CANARIS, C.-W. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e de Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2016.

CLÉRICO, L. 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.

CORCOY BIDASOLO, M.; HORTAL IBARRA, J. C. (coord.). *Constitución y sistema penal*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

FELDENS, L. *Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FELDENS, L. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GAVIÃO FILHO, A. P. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre, 2010.

GOMES, M. G. de M. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

HASSEMER, W. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación em derecho penal*. Tradução: Francisco Muñoz Conde e de Maria del Mar Díaz Pita. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.

HASSEMER, W. *Por qué castigar?* Razones por la que merece la pena la pena. Tradução: Manuel Cancio Meliá e de Francisco Muñoz Conde. Valência: Tirant lo Blanch, 2016.

HIRSCH, A. von; SEELMANN, K.; WOLHERS, W. Introducción. Que son mediating principles? In: HIRSCH, A. von; SEELMANN, K.; WOHLERS, W. *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier, 2012.

LAGODNY, O. El derecho penal substantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional. In: HEFENDEHL, R. (ed.). *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

MÜSSING, B. *Desmaterialización del bien jurídico y de ola política criminal: sobre las perspectivas y dos fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e de Enrique Peñaranda Ramos. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2001.

NOVAIS, J. R. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares: do dever de proteção à proibição do défice*. Coimbra: Almedina, 2018.

PAREDES CASTANÓN, J. M. *La justificación de las leyes penales*. Valência: Tirant lo Blanch, 2013.

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.

ROMEU CASABONA, C. M. *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000.

SÁNCHEZ GIL, R. El principio de proporcionalidad en la jurisprudência mexicana. In: CARBONELL, M. (ed.). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Miguel Carbonell, 2008.

SÁNCHEZ-OSTIZ, P. *Fundamentos de política criminal: un retorno a los principios*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

SARLET, I. W. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Opinião Jurídica, Fortaleza*, v. 4, n. 7, p. 161-206, 2006.

SCHÜNEMANN, B. Del derecho penal de clase baja al derecho penal de la clase alta: un cambio de paradigma como exigencia moral? In: DONNA, E. A. (dir.). *Obras*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, t. 2, 2009.

SIECKMANN, J.-R. La legislación como ponderación. In: OLIVER-LALANA, D. A. (ed.). *La legislación en serio: estudios sobre derecho y jurisprudencia*. Valência: Tirant lo Blanch, 2019.

STAECHLIN, G. Es compatible la prohibición de infraprotección con una concepción liberal de derecho penal? Tradução: David Felip i Saborit. In: ROMEU CASABONA, C. M. *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000.

STRECK, L. L. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição do excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, a. 32, n. 97, p. 119-141, mar. 2005.

STRECK, L. Da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de defesa deficiente (*untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 127-144, jan./dez. 2004.

Submissão em: 30.07.2021

Avaliado em: 20.11.2021 (Avaliador F)

Avaliado em: 07.03.2022 (Avaliador G)

Aceito em: 08.09.2022

