



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A ANÁLISE CRÍTICA DA APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL E LEGISLATIVA  
DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO  
DEFICIENTE NA ATUALIDADE

Rodrigo Calzavara de Queiroz Ribeiro

Rio de Janeiro

2017

RODRIGO CALZAVARA DE QUEIROZ RIBEIRO

A ANÁLISE CRÍTICA DA APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL E LEGISLATIVA  
DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO  
DEFICIENTE NA ATUALIDADE

Monografia apresentada como exigência para  
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*  
da Escola da Magistratura do Estado do Rio de  
Janeiro.

Orientadora:

Cláudia das Graças Matos de Oliveira  
Portocarrero

Coorientadora:

Néli L. C. Fetzner

Rio de Janeiro

2017

RODRIGO CALZAVARA DE QUEIROZ RIBEIRO

A ANÁLISE CRÍTICA DA APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL E LEGISLATIVA  
DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO  
DEFICIENTE NA ATUALIDADE

Monografia apresentada como exigência de conclusão de  
Curso da Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da  
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2017. - grau atribuído \_\_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira – Escola da Magistratura do  
Estado do Rio de Janeiro-EMERJ.

\_\_\_\_\_

Convidada: Prof<sup>ª</sup> Elisa Ramos Pittaro Neves– Escola da Magistratura do Estado do Rio  
de Janeiro-EMERJ.

\_\_\_\_\_

Orientadora: Prof<sup>ª</sup> Cláudia das Graças Matos de Oliveira Portocarrero – Escola da  
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ.

\_\_\_\_\_

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ –  
NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO,  
QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A).

A Edson, Ester e Nicole, razão de cada sonho  
e motivo de cada vitória.

## AGRADECIMENTOS

A meus pais, a quem tudo devo: desde a minha vida até a minha felicidade. Sempre terei-os como exemplo e motivo de orgulho.

À minha família, base de tudo que sou e fonte de tudo que tenho.

A meu sobrinho e afilhado, que no momento de confecção desse trabalho ainda está na barriga de minha irmã, mas que já amo e sinto em cada respirar dos meus dias.

À professora e orientadora Cláudia das Graças Matos de Oliveira Portocarrero, por responder com presteza e precisão a todas as perguntas possíveis durante a elaboração textual, bem como pelas dicas que enriqueceram enormemente essa produção monográfica.

À professora e coorientadora Néli Fetzner, pela confiança que depositou no presente trabalho desde o primeiro esboço e pelo empenho e carinho com que leu e releu cada detalhe dessas páginas.

À Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, por proporcionar um ambiente ideal de estudos, reflexões e amadurecimento profissional.

A meus amigos de infância, Vitor, Raíssa, Amanda, Abílio, Gabriel, Marcela e Carla por desde a base, influenciarem em cada passo que dou como ser humano.

A meus amigos de faculdade, Maria Eduarda, Camila Crespo, Izai, Felipe, Gabriel e Renan, por dividirem comigo as primeiras indagações jurídicas.

A meus amigos da EMERJ, que dividiram comigo cada vitória e derrota nessa longa jornada profissional.

Ao desembargador Dr. Jessé Torres e ao juiz Dr. Thiago, por serem mais que chefes, exemplos profissionais e grandes amigos, com quem tive a honra de trabalhar.

A todos os que, com palavras e atitudes, me ajudaram a chegar até aqui.

“A resposta certa, não importa nada: o essencial é que as perguntas estejam certas.”

Mario Quintana

## SÍNTESE

A forma com que a aplicação judicial e legislativa do postulado da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente é realizada, na atualidade, mostra-se instável e, muitas vezes, equivocada. Com o passar do tempo, e com as modificações sociais e culturais, as exigências de coadunação entre a realidade da sociedade e a resposta jurídica necessária tornam-se mais complexas e urgentes. A essência do estudo é abordar o histórico e conceito de tal princípio, apontar desvios em sua aplicação – tanto na esfera judicial quanto legislativa – e propor soluções para sua melhor compreensão e utilização na casuística concreta. O presente estudo propõe-se como base de pesquisa para aplicações do princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente no ordenamento jurídico brasileiro.



## SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO.....	10
1. NOTAS SOBRE A ORIGEM HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE.....	13
2. A DEFINIÇÃO DE PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E SEU VIÉS DE VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE.....	21
<b>2.1. Proporcionalidade como vedação da proteção deficiente: conceituação e contextualização.....</b>	<b>31</b>
3. APONTAMENTOS SOBRE A PONDERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE NA JURISPRUDÊNCIA PENAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E EM PREVISÕES LEGISLATIVAS.....	38
<b>3.1. Julgamento do recurso extraordinário 418.376, MS.....</b>	<b>38</b>
<b>3.2. Ação direta de inconstitucionalidade 4301: artigo 255 do Código Penal.....</b>	<b>42</b>
<b>3.3. Artigo 158, parágrafo 3º do Código Penal.....</b>	<b>43</b>
<b>3.4. Artigo 33, parágrafo 4º da Lei 11.343/06.....</b>	<b>45</b>
<b>3.5. Artigo 61 da Lei 9.099/95.....</b>	<b>47</b>
CONCLUSÃO.....	49
REFERÊNCIAS.....	52
ANEXO 1.....	
ANEXO 2.....	

## SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade  
AgRg – Agravo Regimental  
AgRg no Ag – Agravo Regimental no Agravo  
AI – Ato Institucional  
Art. – Artigo  
CAC – Compromisso de Ajustamento de Conduta  
CCR – Câmara de Coordenação e Revisão  
CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988  
CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público  
CPP – Código de Processo Penal  
DJe – Diário da Justiça Eletrônico  
Dr. – Doutor  
Ex-Min. – Ex-Ministro  
CSMP – Conselho Superior do Ministério Público  
GPGJ – Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça (MPRJ)  
HC – Habeas Corpus  
IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis  
INSS – Instituto Nacional do Seguro Social  
LC – Lei Complementar  
LOMPU – Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar n. 75/93)  
LONMP – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/93)  
Min. – Ministro  
MP – Ministério Público  
MPF – Ministério Público Federal  
MPRJ – Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro  
N. – Número  
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil  
OECPJ – Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça (MPRJ)  
P. – Página  
PEC – Proposta de Emenda à Constituição  
RE – Recurso Extraordinário  
Red. – Redator  
Rel. – Relator  
Res. – Resolução  
Resp – Recurso Especial  
RHC – Recurso Ordinário em Habeas Corpus  
STF – Supremo Tribunal Federal  
STJ – Superior Tribunal de Justiça  
SUSEP – Superintendência de Seguros Privados  
SV – Súmula Vinculante  
TAC – Termo de Ajustamento de Conduta  
TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais  
TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro  
TRF – Tribunal Regional Federal

## INTRODUÇÃO

O presente estudo busca fomentar a reflexão sobre a construção legislativa e jurisprudencial acerca do princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente no tocante à sua aplicação em questões penais brasileiras.

Em tempos de reconhecimento da força normativa dos princípios no ordenamento jurídico brasileiro, da supervalorização principiológica - inclusive, com temores doutrinários de banalização dos princípios, como pode ser analisado pela Teoria da Kathanga - e de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, faz-se necessária a análise da escoreita, ou não, ponderação de tal princípio pelo Poder Legislativo e Poder Judiciário no Brasil.

A relevância do presente trabalho funda-se, principalmente, na realidade carcerária brasileira. Tamanha é a ofensa a direitos fundamentais basilares para a existência de um ser humano em condições dignas, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em julgamento da ADPF nº 347/DF, a existência do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro.

Apesar de reconhecer que construções jurídico-doutrinárias não podem ser construídas buscando meros paleativos a problemas sociais; deve ser na realidade social, e em suas vicissitudes, a fonte de estudo e análise do Direito moderno.

Além da situação dos presídios brasileiros, outro fator que deve ser considerado é a existência de uma nítida clientela do direito penal brasileiro. A maioria da população carcerária hoje, no Brasil, possui uma identidade – são negros, pobres e jovens – impondo-se a necessidade de analisar como o Poder Legislativo aplica o princípio da proporcionalidade na criação de leis, e como o Poder Judiciário pondera tal princípio em suas decisões em matéria criminal.

É diante dessa tensão que se desenvolve o tema da pesquisa, não se olvidando de debater sobre a tese da associação diferencial, desenvolvida por Edwin H. Sutherland. O estudo será realizado levando em consideração outros viéses de análise, permanecendo aberto para possíveis relações de dialeticidade com outros ramos de conhecimento.

No primeiro capítulo, busca-se demonstrar a origem histórica do princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente, fixando o local no qual foi criado, o motivo que buscava combater e como era aplicado. Assim, pode ser possível verificar se houve ou não alguma deturpação em sua aplicação, em comparação com os dias atuais.

O segundo capítulo procura situar o tema central do trabalho, apresentando a conceituação do princípio da proporcionalidade e a sua bipartição entre vedação do excesso e proibição da proteção deficiente, expondo a sua aplicação, hoje, na Alemanha, local de criação do princípio. A fim de enriquecer o debate, temas importantes, que circundam o cerne da pesquisa, são trazidos, dentre os quais: a distinção entre garantismo positivo e negativo, assim como o próprio conceito de garantismo penal.

No terceiro capítulo, analisa-se a aplicação do princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente pelo Poder Legislativo brasileiro na técnica de elaboração das leis, questionando se tal aplicação ocorre de forma satisfatória. Para melhor elucidação, tal análise será feita através do estudo de normas legislativas, da motivação existente em sua criação e as consequências que tais interesses absconsos podem gerar na subsunção prática das regras ao caso concreto. Bem como, debruça-se de forma crítica sobre a utilização, pelo Poder Judiciário, do princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente em suas decisões em matéria penal. Em uma realidade de valorização das decisões dos tribunais e da força do ativismo judicial é necessário tratar de tal atuação. Verifica-se em três julgados do Supremo Tribunal Federal se a aplicação do princípio é a melhor escolha, ou se há um desvio na utilização de tal instituto.

O debate que se pretende mostra-se importante devido ao ativismo judicial vivenciado hoje na realidade jurídica brasileira. Considera-se como sendo vital para a proteção e garantia efetiva dos direitos fundamentais, a atuação do Poder Judiciário em casos em que há a inação do Poder Executivo e a deficiência de legitimidade do Poder Legislativo; sendo, os magistrados, a última porta de entrada para o atendimento e a solução de questões tão caras ao ser humano.

No entanto, em tempos de bijuralismo, visualiza-se uma mescla dos sistemas jurídicos da *Common Law* e *Civil Law*, ou seja, um verdadeiro diálogo de fontes, sendo muito importante a detida observação sobre as decisões judiciais e a atuação do Poder Legislativo; sendo consideradas e analisadas as eventuais discricionariedades na atuação judicial diante de tamanha liberdade.

Objetiva-se, portanto, fomentar a discussão sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente no direito penal, bem como apresentar suas possíveis consequências em âmbito legislativo e jurisprudencial. O presente trabalho almeja ser o início de uma longa pesquisa acerca da aplicação de um princípio tão pouco analisado no Brasil.

Diante de uma época com tamanha quantidade de perguntas oriundas das vozes das ruas e do parlamento, o princípio da proporcionalidade, caso seja bem aplicado, pode ser uma diretriz de fonte de respostas.

Tratando dos procedimentos metodológicos, quer-se reconhecer, de antemão, que é inegável que a evolução do conhecimento é descontínua, mas é necessário estabelecer um recorte epistemológico que garanta sistematicidade e cientificidade à pesquisa desenvolvida, a fim de garantir que ela traga reais e sólidas contribuições para a comunidade científica e para os operadores de direito em geral.

A proposta é encaminhar a pesquisa pelo método hipotético-dedutivo, já que o pesquisador identificou um conjunto de proposições hipotéticas que funcionam como premissas para analisar o problema aqui apresentado.

A abordagem do objeto desta pesquisa será qualitativa, já que o pesquisador pretende mapear a bibliografia pertinente à temática em foco – legislação, doutrina e jurisprudência – para sustentar os argumentos que melhor se coadunam com a sua tese.

## 1. NOTAS SOBRE A ORIGEM HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

O capítulo inicial tem como objetivo expor a trajetória temporal de construção do princípio da proporcionalidade, bem como demonstrar a criação e aplicação inicial do viés da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente. Inicia-se com a apresentação histórica do princípio da proporcionalidade, para melhor elucidar o conceito e as consequências de tal instituto.

O ordenamento jurídico penal aplicado foi criado em uma realidade de primazia da valorização das regras jurídicas, com forte influência da corrente positivista jurídica<sup>1</sup>, segundo a qual a ideia de justiça estava intimamente atrelada à de validade. Uma regra sendo válida e posta no ordenamento seria o suficiente para ser aplicada ao caso concreto, por meio de um processo de subsunção, demonstrando a influência das ideias do formalismo jurídico no ordenamento.

Porém, hoje, a prática jurídica mostra-se consubstanciada em conflitos metaindividuais, que exigem do aplicador do direito a utilização de métodos da hermenêutica jurídica, bem como de uma análise humanística da lide apresentada. Tal realidade gera a necessidade de ponderação dos princípios a fim de buscar a solução jurisdicional que garanta de forma mais eficaz a garantia e a defesa dos direitos fundamentais, estabelecendo os pilares para a manutenção de um efetivo Estado Democrático de Direito.

Pela existência de tal conflito entre a norma positivada e as verdades e demandas da prática jurídica é que o estudo acerca dos princípios intensificou-se recentemente. A busca pela medida perfeita para balancear direitos e garantias a fim de atingir soluções casuisticamente adequadas fez com que doutrinadores e juristas voltassem-se à análise aprofundada dos princípios, bem como em sua importância no ordenamento jurídico brasileiro.

Aproveitando tal oportunidade, busca-se expor o histórico de um princípio tão caro à decisão jurisdicional e à criação normativa, o princípio da proporcionalidade.

---

<sup>1</sup> O juspositivismo possui como viés basilar e fundante o respeito às normas escritas e estritas. Ou seja, é corrente jurídica que valoriza o direito tipificado e legislado, cabendo pouco ou nenhum espaço para criações costumeiras ou morais. Também denominado positivismo jurídico, tal corrente utiliza um método científico (empírico) para estudar o direito.

A noção de proporcionalidade não é criação da modernidade, mostrando-se presente, há tempos, em diversas construções, não apenas vinculadas ao mundo jurídico, conforme expõe Costa<sup>2</sup>, segundo o qual:

a necessidade de resolver colisões de direitos não é nova, tampouco a idéia de que a solução adequada a esses conflitos deve ser proporcional — no sentido de que a solução justa deve respeitar o peso que deve ser reconhecido a cada princípio em um caso concreto. A concepção de que existe uma íntima relação entre justiça e proporcionalidade remonta, ao menos, à antiguidade grega e encontra uma expressão clara na *Ética a Nicômacos* de Aristóteles, quando ele afirma sobre a justiça em sentido estrito: “o justo, nesta acepção, é portanto o proporcional, e o injusto é o que viola a proporcionalidade”(…) o que há de novo é a tentativa de estabelecer critérios de avaliação que orientem o juiz na difícil tarefa de identificar, no caso concreto, o que é proporcional ou desproporcional. Chega a ser trivial a afirmação de que proporcional é a decisão que respeite ao máximo os valores em jogo e que busque equilibrá-los da melhor forma possível.

Dessa forma, é possível verificar que desde Aristóteles busca-se estudar a exata medida entre o justo e o proporcional, tal como a decisão que considere os valores e a realidade social do momento. Portanto, é perceptível que a codificação penal e processual penal, originalmente pautada em uma visão formalista desapegada de análise sociocultural, vai de encontro a uma necessidade apontada desde o filósofo grego. Ou seja, há uma disparidade entre a realidade normativa formal e as urgências da sociedade, principalmente tratando-se da sociedade pós-moderna.

No entanto, a pesquisa pela mensura escoreita da proporcionalidade não é tarefa fácil<sup>3</sup>, tendo em vista que inúmeros fatores interrelacionam-se e interferem em tal caminho. Diante da angústia civilizatória em tentar alcançar a perfeita dose para os casos concretos, o princípio da proporcionalidade historicamente foi sendo fundado e adquirindo suas bases. Costa<sup>4</sup> aponta que:

na elaboração desse instituto, uma função muito importante foi desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal, na medida em que tal princípio foi

<sup>2</sup> COSTA, Alexandre Araújo. *O controle de razoabilidade no direito comparado* / Alexandre Araújo Costa. Brasília: Thesaurus, 2008. Disponível em: < file:///C:/Users/Fam%C3%ADlia/Downloads/controlere.pdf >. Acesso em: 10, Out. 2016.

<sup>3</sup> Cabe aqui citar a noção de *hard cases* muitas vezes analisada pela doutrina e vinculada a casos em que a proporcionalidade é chamada à questão. *Hard cases* são considerados complexos, pois se faz necessário levar em consideração um enorme leque de fatores e em decorrência disso é preciso ir além do texto positivado e pôr na balança princípios jurídicos capazes de fundamentar a decisão a ser tomada. Torna-se importante dentro de tal sistemática observar a relevância do princípio da proporcionalidade, uma vez que os casos difíceis se encontram, via de regra, entre uma colisão de princípios constitucionais, em que, no entanto, não se pode, tão-somente, afastar a aplicação de um deles, uma vez que a colisão é aparente, dado o princípio da unidade constitucional.

<sup>4</sup> *Ibid.*, Disponível em: < file:///C:/Users/Fam%C3%ADlia/Downloads/controlere.pdf >. Acesso em: 10, Out. 2016.

construído paulatinamente pela jurisprudência desta Corte e foi nela que se consolidou a sua conformação atual.

Por meio da presente observação, ratifica-se a noção de a criação do princípio ter ocorrido em um verdadeiro processo de historicidade, através da aquisição de influências distintas com o passar dos tempos.

O referido processo temporal de maturação conceitual da proporcionalidade possui importantes marcos, dentre os quais é obrigatório citar: a influência de Beccaria para a origem da proporcionalidade no Direito Penal – defensor da proporcionalidade da pena e sua humanização; a II Guerra Mundial, que proporcionou a indagação da observância pura à lei e firmou as consequências trágicas que podem ser pautadas no estrito legalismo; assim como, a atuação do Tribunal Constitucional Federal alemão, que, diante das circunstâncias da época, foi o pioneiro na construção de parâmetros para balizar a atuação legislativa.

A fim de obter uma breve noção histórica sobre o princípio da proporcionalidade, importante tratar do trecho de Toledo<sup>5</sup>:

O germe do princípio da proporcionalidade, pois, foi a ideia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração. E essa consciência de que existiam direitos oponíveis ao próprio Estado e que este, por sua vez, deveria propiciar fossem tais direitos respeitados, recorreu das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII.

Mesmo considerando que foi a partir de Beccaria que o princípio teve suas origens no Direito Penal - segundo o qual as sanções criminais deviam ser proporcionais à gravidade dos delitos praticados - apenas no âmbito administrativo, no século XIX, que o princípio assumiu o caráter de medida para limitações administrativas da liberdade individual. Assim, fomentou-se o início de uma necessidade de criar barreiras ao poder do Estado.

Curioso observar-se, ainda, a influência da corte alemã na criação histórica em análise, a qual Costa<sup>6</sup> detalha que:

---

<sup>5</sup> TOLEDO, Suzana de Barros. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle da Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 33.

<sup>6</sup> COSTA, op. cit.



Somente a série de circunstâncias que se somaram no segundo pós-guerra tornou possível a construção de um princípio autônomo e com o seu atual conteúdo. Entre esses elementos podemos citar o trauma da experiência nazista, que no âmbito jurídico significou uma revisão do positivismo até então dominante e uma retomada de idéias jusnaturalistas até então abandonadas. Chaïm Perelman observara no início da década de 70 que a Constituição alemã — tal como interpretada pelo BVerfG — permite aos juízes controlar a conformidade das leis não apenas frente às normas constitucionais, mas “à idéia de direito, reencarnação moderna do direito natural”<sup>220</sup>. Essa recuperação das idéias jusnaturalistas possibilitou o desenvolvimento, no BVerfG, da doutrina dos valores. Segundo o BVerfG, a constituição não é apenas um conjunto de normas, mas envolve também uma ordem hierárquica e objetiva de valores.

Os valores começam, portanto, a ganhar importância na elaboração do resultado jurídico almejável, com isso retomando a noção jusnaturalista da proximidade entre direito e moral, bem como a carga valorativa das normas. O ordenamento jurídico deixa de ser pautado em uma mera frieza formal e passa a ser banhado pelo calor da análise moral; o critério de aplicação fria da norma, passa a ora ser uma subsunção da norma-regra ao caso concreto; ora uma ponderação da norma-princípio, sempre levando em conta a casuística concreta.

Esta trajetória ficou conhecida como sendo uma evolução do princípio da reserva da lei – *Vorbehalt des Gesetzes* - para o princípio da reserva da lei proporcional - *Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*.

Sobre esse percurso, é relevante expor que a reserva legal dos direitos fundamentais é uma espécie de fonte geradora dos limites da atuação do legislador, tendo em vista que estabelece as medidas em que o Poder Legislativo poderá restringir no âmbito dos direitos fundamentais e, em que medida, essa lei – ao ser aplicada como meio - atingirá os fins desejados pela Lei Fundamental. Fundada em tais questões, eclode a ideia de que o princípio da proporcionalidade é integrado por uma relação entre fins e meios, como bem demonstra Scholler<sup>7</sup>.

Outro aspecto interessante a ser averiguado é o motivo pelo qual a corte alemã, ainda que de maneira implícita, reconhece o caráter constitucional do princípio da proporcionalidade. O reconhecimento provém do fato de o princípio decorrer da própria natureza e essência do Estado de Direito, servindo como uma espécie de parâmetro para aferir se os atos do Poder Público estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça.

---

<sup>7</sup> SCHOLLER, Heinrich. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha. *Revista Interesse Público* n° 2. Minas Gerais, 1999, p. 96.

Sobre o controle dos atos estatais por meio de mandados de otimização, Costa<sup>8</sup>

atenta que:

[...] entendimento — manifestado pelo BVerfG e defendido por Alexy na ciência do direito — dos princípios como mandados de otimização, postura que possibilita o controle dos atos estatais não apenas frente às normas constitucionais, mas também aos valores cuja efetividade esses princípios buscam maximizar. Dentro desse quadro, tornou-se bastante aceitável que fossem desenvolvidos critérios para avaliar a adequação entre o conteúdo dos atos estatais e o valor fundamental de justiça — traduzido pela exigência de proporcionalidade e proibição do excesso. A aplicação do princípio da proporcionalidade envolve um alto grau de intervenção judicial na atividade legislativa e administrativa que somente passou a ser aceito pela comunidade jurídica europeia a partir do pós-guerra — ressalvado que essa aceitação não é unânime nem homogênea em todos os países europeus.

Não é correto, entretanto, considerar que desde os primórdios o BVerfG aplicava de forma nítida todos os vieses e subdivisões do princípio da proporcionalidade. Como já exposto, em realidade, ocorreu uma construção jurisprudencial paulatina e incessante, demonstrada por Costa<sup>9</sup>:

[...] inicialmente os critérios de proporcionalidade eram aplicado de forma mais ou menos coerente. Nas decisões do início da década de 50, o Tribunal Constitucional Federal aplica-os “hesitantemente e sem conseqüências sistemáticas claras”. Foi apenas depois do Caso das Farmácias, em 1958, que o recurso ao princípio se tornou cada vez mais freqüente.

Apenas para melhor elucidar, cabe tratar brevemente sobre o Caso das Farmácias, ocorrido em 1958. Tratava-se de lei da Bavária que limitava a quantidade de farmácias em uma comunidade, condicionando a concessão de licenças para a abertura de novas farmácias à demonstração de viabilidade comercial, bem como à comprovação que não causariam problemas econômicos para as demais farmácias da região.

A referida lei foi invocada em 1955 para impedir que certo farmacêutico imigrado da Alemanha Oriental pudesse fixar seu negócio. Com o seu pedido de licença negado pela administração local, o farmacêutico dirigiu uma reclamação constitucional ao BVerfG, argumentando pela inconstitucionalidade da referida lei, tendo em vista seu potencial de lesão ao direito constitucional de livre iniciativa. Através de tal embate, a corte alemã teve que balancear entre dois direitos constitucionalmente assegurados: direito de livre iniciativa e direito de estabilidade econômica do mercado.

---

<sup>8</sup> COSTA, op. cit.

<sup>9</sup>Ibid.

Pode-se observar assim, a existência de embate entre forças normativas de mesmo peso semântico-jurídico; razão pela qual o tribunal alemão necessitou desenvolver inovadora ferramenta para solucionar casuísticas como a apresentada no Caso das Farmácias da Bavária. Trata-se, então, do princípio da proporcionalidade como mecanismo de balanceamento entre pesos normativos, visando adequar a aplicação do ordenamento jurídico à melhor solução para o caso concreto; sem retirar por completo o outro direito não aplicado.

Como demonstra Costa<sup>10</sup>, no acórdão sobre o caso, o Tribunal, sopesando importantes fatores e valores, decidiu que:

a escolha de uma profissão é um ato de autodeterminação, do livre arbítrio de um indivíduo; ela deve ser protegida tanto quanto possível contra a intervenção estatal. Todavia, na prática de uma profissão, o indivíduo afeta imediatamente a vida da sociedade; esse aspecto da sua atividade é sujeito à regulação no interesse de terceiros e da sociedade. Por isso, o legislativo é competente para regular tanto a escolha de uma profissão quanto a sua prática. Quanto mais o poder de regulamentar é dirigido à escolha da profissão, mais estreitos são os seus limites; quanto mais ele é dirigido à prática da profissão, mais amplos esses limites [...] Os princípios gerais que governam a regulação de atividades profissionais podem ser assim resumidos: a prática de uma profissão pode ser restringida por regulações razoáveis, estabelecidas tendo em consideração o bem comum.

Portanto, ao trazer as noções de razoabilidade e bem comum para sopesar a aplicação prática da lei que versava sobre a construção de farmácias, o Tribunal Constitucional Federal Alemão plantou a semente, da qual eclodiria um princípio da proporcionalidade mais elaborado e detalhado.

A Corte Constitucional Alemã, no julgado em análise, ainda expôs que a liberdade de escolha de uma profissão apenas pode sofrer limitações diante da existência de um interesse público que as exija; ou seja, caso o legislativo, por meio de uma análise cuidadosa e atenta ao caso concreto, concluir pela necessidade de proteção de um interesse público, então, tal Poder pode impor restrições visando a devida proteção – tão somente nos moldes em que a proteção não possa ser atingida por um meio menos gravoso ou de menor restrição à liberdade de escolha individual.

Dessa forma, diante da inevitabilidade da interferência estatal na liberdade de escolha individual, o Legislativo precisa empregar os meios reguladores menos restritivos para os direitos fundamentais. Por meio de tal observação, o Tribunal alemão

---

<sup>10</sup> Ibid.

concluiu que uma escala graduada de possíveis restrições governa a autoridade do legislador para regular a atividade de escolha de uma profissão.

Assim, ao regular essa prática, o Poder normativo pode, de forma ampla, tomar em consideração cálculos de utilidade, desde que leve em conta a graduação da escala de possibilidades que possui no caso concreto. Mostra-se válido explicitar que, à época, o Tribunal ainda observou que a aplicação de tal escala de restrição deve ser lida tendo por base a percepção de que a Constituição protege o indivíduo apenas contra limitações excessivamente onerosas e irrazoáveis, fora das quais, as restrições à livre iniciativa não afetariam demasiadamente o cidadão, desde que ele já tivesse uma profissão e a regulamentação legal não violasse o direito ao seu exercício.

Na decisão de 1955, o Tribunal distinguiu a fixação de requisitos objetivos e subjetivos por parte do legislador ao restringir o exercício profissional, fixando que:

validade de tais requisitos depende do fato da legislação tratar ou não de condições subjetivas, tais como formação acadêmica e treinamento, ou de condições objetivas irrelevantes para a qualificação pessoal do indivíduo e sobre as quais ninguém tem qualquer controle.<sup>11</sup>

No exame das condições subjetivas, a Corte interpretou que a regulação seria um exercício legítimo da autoridade legislativa, como pode ser visto em casos em que apenas os candidatos que possuem as qualificações necessárias, conforme critérios formais preestabelecidos, seriam admitidos em um ofício ou profissão.

Diante da exigência de certas ocupações profissionais por conhecimento e habilidades que somente poderiam ser adquiridos por meio de ensino teórico e prático, as limitações impostas sobre a liberdade de escolha seriam necessárias para salvaguardar o público contra certos riscos e perigos. Deste modo, o princípio da proporcionalidade aplicar-se-ia a esses casos, impondo exigências estabelecidas, tendo uma relação razoável com o fim perseguido<sup>12</sup>.

No entanto, a situação é diferente quando se observa condições objetivas para a admissão. A Corte suprema, em tal hipótese, certificou que haveria contradição entre o espírito e a finalidade do direito fundamental, porque mesmo aquelas pessoas que satisfizessem os critérios subjetivos estabelecidos pelo Estado poderiam ser impedidas de exercer a profissão.

---

<sup>11</sup>Ibid.

<sup>12</sup>Ibid.

A questão decisiva sob a jurisdição da Corte era se a ausência dessa restrição sobre o estabelecimento de farmácias, na Bavária, seria capaz de causar uma desordem na oferta de medicamentos de modo a causar perigo à saúde pública. A presente lide foi o ponto ensejador da ideia de princípio da proporcionalidade, tendo em vista que gerou uma necessidade de análise casuística da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito<sup>13</sup> da medida tomada.

Quanto ao reconhecimento do princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente, mais especificamente, Gavião<sup>14</sup> aponta que ocorreu pela primeira vez com a análise da “paradigmática (segunda) decisão sobre aborto, demonstrando a aplicação do princípio na esfera penal”.

Com esta mudança no convívio com o princípio da proporcionalidade, pode-se afirmar que foi a jurisprudência da Corte Constitucional Alemã que possibilitou o expressivo desenvolvimento de tal mandado de otimização.

A partir da influência do direito alemão, vários outros países europeus acolheram o princípio da proporcionalidade em suas Constituições, dentre eles, a Itália (chamado de princípio de razoabilidade); Portugal, que abrigou no artigo 18.2 da sua Constituição, e a Espanha, cujos tribunais têm conferido ampla guarida, conforme verificou Sarmiento<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito são os três vieses clássicos do princípio da proporcionalidade.

<sup>14</sup> GAVIÃO, Juliana VenturrellaNahas. A proibição de proteção deficiente. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 61, p. 93-111, out./2008.

<sup>15</sup> SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 81.

## 2. A DEFINIÇÃO DE PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O segundo capítulo possui o objetivo de pormenorizar o conceito do princípio da proporcionalidade para facilitar o entendimento da posterior análise acerca da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente.

O princípio da proporcionalidade é classicamente dividido em três subprincípios, cuja análise passará a ser realizada neste momento. O princípio da adequação e o princípio da necessidade versam sobre a “otimização das possibilidades da realidade” e analisam a adequação e a necessidade dos meios em relação aos fins propostos. Cirino<sup>16</sup> propõe duas perguntas que deveriam ser feitas ao se analisar tais princípios:

- a) a pena criminal é um meio adequado (entre outros) para realizar o fim de proteger um bem jurídico?
- b) a pena criminal (meio adequado, entre outros) é, também, meio necessário (outros meios podem ser adequados, mas não seriam necessários) para realizar o fim de proteger um bem jurídico?

O terceiro subprincípio da proporcionalidade é o princípio da proporcionalidade em sentido estrito - ou da avaliação - e tem por finalidade a “otimização das possibilidades jurídicas, ao nível da criminalização primária e da secundária”, no que toca a proporcionalidade da pena criminal em relação à proteção de bens jurídicos.

Ao analisar tal princípio, Juarez<sup>17</sup> propôs, igualmente, a formulação de uma pergunta:

- c) a pena criminal cominada e/ou aplicada (considerada meio adequado e necessário, ao nível da realidade) é proporcional em relação à natureza e extensão da lesão abstrata e/ou concreta do bem jurídico?

Torna-se evidente a necessidade de se debater de forma mais detalhada o princípio da proporcionalidade, pois sua importância é comprovada, entre outros fatores, por sua ligação com quase todos os demais princípios do Direito Penal. Sobre tais reflexos e considerando as consequências político-criminais de tal instituto na

---

<sup>16</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de Direito Penal Parte Geral*. 3. ed. Grupo Conceito Distribuidora, Editora e Livrarias, 2011, p. 15.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 16.

realidade socio-cultural brasileira, a doutrina pátrica discorre sobre, cabendo citar a reflexão de Gomes<sup>18</sup>:

O princípio da proporcionalidade conta com interconexão com praticamente todos os demais princípios (intervenção mínima, culpabilidade, etc). Em certo sentido, é um princípio complementar, mas necessário, de todos eles, porque os demais não asseguram a indispensável proporção entre o delito e a pena, a exigência de proporção se determina mediante um juízo de ponderação entre a “carga coativa” da pena e o fim perseguido pela cominação legal.

Além da relação da proporcionalidade com os outros princípios, é essencial que seja demonstrado seu vínculo com a Constituição. Ademais, é sabido que todos os ramos do direito sofreram, e sofrem, constante influência constitucional; fenômeno conhecido como constitucionalização do direito<sup>19</sup>.

Com esse fim, um dos traços constitucionais existentes no princípio da proporcionalidade, que se mostra mais evidente, é a análise de que só a pena proporcional à gravidade do fato será humana e respeitosa de modo suficiente com a dignidade da pessoa.<sup>20</sup>

Com o objetivo de analisar melhor essa visão da constitucionalidade do princípio em ótica, Gomes<sup>21</sup> relata que:

[...] segundo o STF, o princípio da proporcionalidade tem fundamento constitucional na medida em que representa o aspecto substancial do devido processo legal, que vem expressamente contemplado no art. 5º, LIV, da CF. Logo, é um princípio constitucional geral do Direito.

<sup>18</sup> GOMES, Luiz Flavio; CUNHA, Rogerio Sanches (Coord.). *Direito Penal Introdução e princípios fundamentais*. Coleção Ciências Criminais V.1. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2008, p. 396.

<sup>19</sup> Noção vinculada a efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo finalístico e material se irradia, com força normativa, pelo ordenamento jurídico como um todo. Alguns autores têm utilizado os termos *impregnar e impregnação*, que em português, no entanto, podem assumir uma conotação depreciativa. V. Louis Favoreu - notável divulgador do direito constitucional na França-, *La constitutionnalisation du droit*. In: Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, *La constitutionnalisation des branches du droit*, 1998, p. 191: "Quer-se designar aqui, principalmente, a constitucionalização dos direitos e liberdades, que conduz a uma impregnação dos diferentes ramos do direito, ao mesmo tempo que levam à sua transformação". E, também, Ricardo Guastini, *La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: El caso italiano*. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 49: "Por 'constitucionalización del ordenamiento jurídico' propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del qual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente 'impregnado' por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entomizada (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales", segundo apontamentos feitos por Luís Roberto Barroso em <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art04102005.htm](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm)>.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 397.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 397

Partindo desta premissa, pode-se asseverar que a proporcionalidade mostra-se como um princípio fundamental que, dentre outras funções, cumpre o papel de delimitar o *ius puniendi*, ou seja, a intervenção punitiva estatal. Quanto a essa realidade de aplicação da proporcionalidade como limitação do monopólio da persecução punitiva pelo Estado, Gomes<sup>22</sup> expõe que:

[...] o princípio da proporcionalidade rejeita o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em sentido abstrato) bem como a imposição de penas (proporcionalidade em sentido concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido, contemplado este em seu significado global.

De tal modo, Gomes demonstra que o Estado não possui absoluta discricionariedade para atuar; também sendo limitado e balizado pelo princípio da proporcionalidade nas cominações legais penais e na imposição de penas. A exigência de proporcionalidade em decisões e análises jurídico-sociais de forma geral - e especificamente na seara criminal - justifica-se, por vezes, por algumas questões específicas, tratadas, por Gomes<sup>23</sup>, como sendo:

[...] razões preventivo-gerais de idoneidade e de eficácia das penas já que, se se castigassem de forma igual os fatos graves e os de pequena lesividade, fracassaria o mecanismo dissuasório ou intimidatório produzindo-se, ademais, uma gravíssima confusão nos esquemas valorativos dos cidadãos e da sociedade.

Apesar de reconhecer-se a importância da análise do princípio da proporcionalidade nos pontos tratados, cabe revelar que o princípio muitas vezes é analisado tão somente sob a ótica de sua relação com a moderação da pena e com a compensação entre a pena cominada e a proteção do interesse tutelado pelo tipo incriminador, olvidando-se do debate e da problematização do conceito de proibição da proteção deficiente, e de sua bifurcação teórica da proporcionalidade como vedação do excesso estatal.

Segundo Fernando Capez, o princípio da proporcionalidade se basearia na relação custo-benefício. Logo, o autor defende que apenas será constitucional a tipificação de um comportamento humano, quando isto se revele vantajoso para a coletividade, em uma relação de custos e benefícios sociais. Nas palavras de Capez<sup>24</sup>:

---

<sup>22</sup>Ibid., p. 397.

<sup>23</sup>Ibid., p. 399.

<sup>24</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 39.



Para o princípio da proporcionalidade, quando o custo for maior do que a vantagem, o tipo será inconstitucional, porque contrário ao Estado Democrático de Direito. (...) Em outras palavras: a criação de tipos incriminadores deve ser uma atividade compensadora para os membros da coletividade.

O autor ora investigado tratou, ainda, da proporcionalidade necessária da pena, tendo em vista que a resposta punitiva estatal ao crime deve ser compatível proporcionalmente com o mal atuado contra o corpo social. Seria como uma relação de peso e medida: cada vez que o mal atuado contra o corpo social for maior, mais incisiva será a resposta estatal ao delito realizado pelo agente.

Tal análise de proteção do bem jurídico tutelado penalmente, gera uma obrigatória lembrança da distinção entre a doutrina de Roxin e Jakobs. Para o primeiro, o crime possui três pressupostos - tipicidade, antijuridicidade e responsabilidade.

A doutrina de Roxin conclui pela tripartição da tipicidade, ou seja, formal, material ou normativa - ambas configurando a tipicidade objetiva - e subjetiva. A culpabilidade seria um mecanismo limitador da aplicação da sanção. Para tal autor, a pena teria tanto a finalidade preventiva geral, como especial.

Já para Para Jakobs todos os elementos do crime - tipicidade, antijuridicidade e ilicitude - devem ser interpretados de acordo com o fim da pena, qual seja, a prevenção geral positiva - a pena existe tão somente para reafirmar o valor da norma. Sendo assim, a conduta violadora da norma, requer uma punição.

Na linha do funcionalismo radical, o delito seria toda violação da norma contrária às expectativas sociais de convivência; ou seja, o fato delituoso seria uma frustração das expectativas normativo-sociais; e a pena viria como a confirmação da vigência da norma violada.

Para Jakobs a missão do direito penal está diretamente ligada à prevenção geral, o que se dá pela confirmação da norma, assim, o bem jurídico encontrar-se-ia em segundo plano. Nessa visão, o direito penal não serviria apenas para proteger bens jurídicos, porém, principalmente, para garantir o correto cumprimento da norma e manter a confiança da sociedade no sistema.

Logo, há o cometimento de crime com a mera infração à norma, independente de haver ou não ofensa ao bem jurídico tutelado. Ocorre que, para o autor, o bem jurídico tutelado é a própria norma, assim, há crime com a mera violação do dispositivo normativo.

Para melhor elucidar a teoria tratada, cabe a análise do seguinte exemplo: uma pessoa dirige alcoolizada, contudo, trafega dentro da velocidade permitida, sem avançar o sinal vermelho ou realizar qualquer conduta negligente; tal ação será entendida como crime para Jakobs, já que a norma protetiva foi violada.

O mesmo exemplo, na visão de Roxin, não será crime, pois, o sujeito que, embriagado, dirige dentro da velocidade permitida, não avança o sinal vermelho, nem atua de forma negligente; não gera risco proibido algum, logo, não lesiona o bem jurídico; não ocorrendo crime, por inexistência do incremento do risco.

Roxin preocupa-se de forma mais acentuada com o caso concreto - a realidade fática - enquanto Jakobs possui como ponto de atenção a proteção da norma. Dessa forma, Jakobs está alinhado à expansão do direito penal, situação na qual aumenta a tipificação de crimes de perigo e legitima o discurso de proteção da norma na sociedade de risco.

Ademais, o funcionalismo sistêmico de Jakobs favorece a tendência de um direito penal máximo, vez que para proteger a norma não há limitação, nem mesmo de eventuais proteções e garantias. Desse modo, o infrator do preceito primário da norma estaria à margem da sociedade, seria “outsider” e dela sofreria apenas os castigos, sendo inimigo social. Tal tese não se coaduna a um Estado Democrático de Direito, nem a teoria constitucionalista do delito, visto que não se alinha às garantias constitucionais.

Outro autor que escreve sobre o princípio da proporcionalidade, mas igualmente focando apenas em seu caráter relacionado à pena, é Guilherme Nucci. Em relação ao assunto, Nucci<sup>25</sup> considera que o princípio:

Significa que as penas devem ser harmônicas à gravidade da infração penal cometida, não tendo cabimento o exagero, nem tampouco a extrema liberalidade na cominação das penas nos tipos penais incriminadores. Não teria sentido punir um furto simples com elevada pena privativa de liberdade, como também não seria admissível punir um homicídio qualificado com pena de multa.

Nucci<sup>26</sup> ainda se posiciona sobre a necessária deferência, com a qual o legislador deve agir, pela proporcionalidade na previsão de penas, bem como na criação de novos tipos penais:

Ao elaborar tipos penais incriminadores, deve o legislador inspirar-se na proporcionalidade, sob pena de incidir em deslize grave, com arranhões

---

<sup>25</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 9 ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2013, p. 96.

<sup>26</sup> Idem. *Individualização da pena*. 5. ed. São Paulo: revista dos tribunais, 2009, p. 51.

inevitáveis a preceitos constitucionais. Não teria sentido, a título de exemplo, prever pena de multa a um homicídio doloso, como também não se vê como razoável a aplicação de pena privativa de liberdade elevada a quem, com a utilização de aparelho sonoro em elevado volume, perturba o sossego de seu vizinho.

Sobre tal ponto, vale expor a existência de critérios, enumerados por Francisco Javier Álvarez García, a permear a fixação dos marcos penais pelo legislador, quais sejam: a) respeito à proporcionalidade; b) posição do sujeito no cenário do ordenamento jurídico; c) conclusões extraídas do princípio da fragmentariedade ou da intervenção mínima; d) função da norma penal; e) grau de participação do agente no delito; f) finalidades preventivo gerais; g) periculosidade do sujeito ativo do crime.<sup>27</sup>

É cabível, ainda, citar Amadeu Weinmann, que igualmente concentra seus estudos apenas no viés do princípio da proporcionalidade que é relacionado com a natureza retributiva da pena, olvidando da bifurcação teórica entre proporcionalidade como vedação da proteção deficiente e proporcionalidade como vedação ao excesso. Para elucidar seu posicionamento, Weinmann<sup>28</sup> explica:

O crime tem uma quantidade, um espaço pelo qual escorrem o seu sentido e o seu efeito. A pena não pode ser maior que esse espaço, pois, se isso ocorrer, sobrevém o risco de violentar a sua natureza legal.

Weinmann ainda sustenta que não se pode defender o princípio da proporcionalidade como sendo um princípio absoluto, e justifica tal afirmativa expondo que as figuras da aplicação da pena - artigo 59 do Código Penal - e da reincidência - artigo 63 do Código Penal - estão causando grandes modificações neste princípio e relativizando sua potencialidade<sup>29</sup>.

O princípio da proporcionalidade é usado também pela corte suprema brasileira, inúmeras vezes, como expressão do princípio da adequação da pena; ou seja, tem-se na jurisprudência a mesma escassez de tratamento da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente, assim como ocorre em sede doutrinária. Trata-se, a seguir, de ementa de decisão recente do Supremo Tribunal Federal, que apresenta esse quadro:

---

<sup>27</sup>Ibid., p. 51.

<sup>28</sup>WEINMANN, Amadeu de Almeida. *Princípios de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Rio, 2004, p. 363.

<sup>29</sup>Ibid., p. 364.

Ementa: EMBARGOS INFRINGENTES. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PENA MÁXIMA APLICÁVEL EM TESE. PROVIMENTO DOS EMBARGOS. 1. As penas aplicadas ao crime de quadrilha pelo acórdão embargado foram desproporcionais em si e, ademais, incongruentes com as demais penas aplicadas aos outros crimes pelos quais foram os embargantes condenados. 2. Mantendo-se proporcionalidade mínima e aplicando-se à pena de quadrilha o maior percentual de majoração aplicado aos demais crimes, verifica-se a inexorável prescrição da pretensão punitiva, com a extinção da punibilidade dos embargantes [...]<sup>30</sup>

Diante de toda a análise, verifica-se com maior nitidez essa realidade existente há tempos, mas nunca tão explorada como hoje: a constitucionalização do direito penal<sup>31</sup>. Diante da importância de tal relação entre dois ramos jurídicos vitais para as relações sociais, inúmeros autores tratam da expansão da influência do Direito Constitucional, destaca-se o entendimento de Alves<sup>32</sup>, segundo o qual:

O Direito Penal é potencialmente criado ou oriundo da Constituição, pois a Lei Maior determina os seus fundamentos assim como fixa os seus limites, portanto é inegável a necessidade de elaboração e exposição de princípios penais constitucionais em função de suas bases constitucionais. Em consequência, o jus puniendi do Estado – mais “um poder de punir” do que “um direito de punir” estatal, em nossa compreensão – é limitado pelo próprio limite que a Constituição estabelece para o Estado.

Mostra-se, assim, a baliza constitucional incidente sobre a aplicação da pena, bem como sobre a atividade legislativa de confecção de tipos penais – sejam permissivos ou incriminadores. Alves demonstra a importante vinculação entre a elaboração de princípios penais constitucionais – com bases constitucionais – com a atuação do *ius puniendi* estatal.

Ainda com a finalidade de comprovar a importância do Direito Constitucional na área penal e suas relações de complementariedade e harmonia, exibiu-se fragmento de Zaffaroni<sup>33</sup> que demonstra a proximidade e correlação entre as matérias:

<sup>30</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Penal. Ação Penal 470 EI / MG - MINAS GERAIS, Embargos Infringentes na Ação Penal, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO. Julgamento: 27/02/2014. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJe-161. DIVULG 20-08-2014. Data da Publicação: 21 de Agosto de 2014. *Lex*: jurisprudência do STF, Brasília, Ago. 2014.

<sup>31</sup> Remete-se o leitor ao capítulo 1, no qual houve a explicação da relação de complementariedade, e não subordinação, entre direito constitucional e direito penal na aplicação do ordenamento jurídico brasileiro, na atualidade.

<sup>32</sup> ALVES, Roque de Brito. *Constituição e Direito Penal*. Direito Constitucional os desafios Contemporâneos. Uma homenagem ao Professor Ivo Dantas. Curitiba: Juruá, 2012, p. 675.

<sup>33</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro V.1*. Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 121.

A relação do direito penal com o direito constitucional deve ser sempre muito estreita, pois o estatuto político da Nação- que é a Constituição Federal- constitui a primeira manifestação legal da política penal, dentro de cujo âmbito deve enquadrar-se a legislação penal propriamente dita, em face do princípio da supremacia constitucional.

O Estado Constitucional de Direito<sup>34</sup> mostra-se como uma ordem de domínio legitimada pelo povo, na qual o poder e o Direito se articulam, e o poder do Estado organiza-se e é exercido em termos democráticos. Em objetivas palavras, seria um Estado que se aplica a garantir o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais através da implantação de uma proteção jurídica.

Em um Estado Democrático de Direito é possível verificar, inclusive, que o foco de tensão e de discussões se amplia, hoje, e abarca questões que envolvem o Poder Judiciário, aumentando, assim, a importância do universo jurídico para a vida social, e criando a possibilidade de uma justiça constitucional. Tal realidade pode ser claramente percebida em países como Portugal, Espanha, Itália e Alemanha, nos quais os Tribunais Constitucionais possuem papel mais intervencionista.

Com a finalidade de se obter melhor compreensão sobre a importância do Estado Constitucional de Direito para um Direito Penal constitucional, é crucial o seguinte trecho de Streck e Feldens<sup>35</sup>:

O modelo de Estado Democrático de Direito (ou Estado Constitucional de Direito) redimensionou a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. Funcionalmente, apresenta-se como um plus normativo em relação às fases estatais anteriores (Estado Liberal e Estado Social). Assim, se no liberalismo o Estado ostentava uma função reduzida (eminentemente absenteísta), competindo ao Direito a subsidiária função ordenadora, no Estado Social- que surge da crise do modelo liberal- o Direito passaria a ter uma função promotora, contando, para isso com um Estado de perfil intervencionista. Todavia, o paradigma do Estado Democrático de Direito, que comparece em superação aos modelos de Estado (e de Direito) anteriores, tem como insuficiente a simples modificação do papel absenteísta do Estado Liberal pelo intervencionismo que caracterizaria a fase do Estado Social.

Os dois pilares que sustentam e balizam o Estado Democrático de Direito são: o respeito à democracia e aos direitos fundamentais-sociais<sup>36</sup>. Ao se observar tais

<sup>34</sup> Analisado como sendo o Estado pautado no respeito às hierarquias nacionais, assim como aos direitos fundamentais dos cidadãos do país. Tal estrutura estatal opõe-se ao uso arbitrário do poder – como ocorrido nas ditaduras e monarquias absolutistas, que violavam, e ainda violam, os direitos fundamentais conquistados pelo cidadão- e reconhece a imposição do respeito à Constituição sobre todos os cidadãos, inclusive os administradores da máquina pública.

<sup>35</sup> STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 16, 17.

marcos, é possível a compreensão de como o princípio da proporcionalidade propicia a ligação entre o Direito Constitucional, o Direito Penal e o Estado Democrático de Direito.

Tal vínculo se justifica, pois o princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente é proposto como forma de efetivação da proteção de direitos fundamentais quando esses não são protegidos de modo eficiente. Portanto, o princípio, a um só tempo, poderia proteger os direitos fundamentais-sociais, e, preliminarmente, fortaleceria o respeito à democracia. Assim, demonstrar-se-ia a completa e indiscutível coadunação entre o princípio e os pilares que sustentam o Estado Democrático de Direito. Porém, tal discurso pode ser problematizado com a análise da aplicação do instituto pelos poderes legislativo e judiciário, hodiernamente.

No tocante aos direitos fundamentais<sup>37</sup> - objeto da proteção do princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente - um brevíssimo entendimento sobre a formação de seu conceito demonstra que o utilitarismo teve importância em sua construção; porém, as mudanças ocorridas neste ideal geraram uma situação que se diverge com o que é defendido pela teoria garantista. Meramente a título de ratificação do que foi exposto, cabeo entendimento de Amaral<sup>38</sup>:

[...] o utilitarismo teve papel fundamental na formação do conceito de direitos fundamentais protegidos pelo Estado contra esse mesmo Estado. Todavia, a transformação desse utilitarismo num individualismo exacerbado e aut centrado demonstrou que ele não se coaduna com a proposta pós-positivista de humanização do direito nem tampouco com a teoria garantista.(...)Aliás, justamente por estar apoiado no componente utilitarista do paradigma da modernidade é que o positivismo normativista, ao contrário do que pode parecer, não é a melhor teoria jurídica para regular o direito penal e processual penal. Apesar de apresentar certas garantias aos cidadãos, o modelo formalista acentua os riscos inerentes ao positivismo (insuficiência para resolver os casos difíceis, arbítrio deixado ao julgador que decide discricionariamente e, sobretudo, incapacidade de manter uma relação entre o direito e a justiça), que podem ser especialmente perigosos no direito punitivo.

---

<sup>36</sup> Idem. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

<sup>37</sup> Para melhor compreensão, cabe a distinção do conceito de direito fundamental em sentido formal – os previstos constitucionalmente no catálogo do título II da Constituição Federal de 1988 – para o conceito material de direito fundamental – normas constitucionais que oferecem proteção específica a bens e interesses intimamente relacionados ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo reconhecido, portanto, seu caráter de fundamentalidade, como exemplo a previsão do artigo 225 da Constituição Federal, que trata da proteção ao meio ambiente equilibrado. Os direitos fundamentais são caracterizados por serem imprescritíveis, irrenunciáveis, cumulativos, históricos, universais, inalienáveis e relativos.

<sup>38</sup> AMARAL, Thiago Bottino Do. *Ponderação de Normas em Matéria Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 90.

Ainda sobre os direitos fundamentais, é importante expor brevemente sobre suas dimensões históricas. A primeira dimensão, reconhecida como sendo implementadora de direitos do Estado de direito liberal – notadamente os direitos políticos e civis, que impõem obrigações negativas, de abstenção, ao Estado - possui como continuidade a segunda dimensão, reconhecida como construtora de direitos do Estado social e democrático de direito – notadamente os direitos sociais ou direitos de igualdade, que impõem obrigações prestacionais positivas ao Estado – da qual se segue a terceira dimensão dos direitos fundamentais, reconhecida como sendo protetora de direitos transindividuais e interesses difusos e coletivos – notadamente os direitos coletivos *lato sensu*.

Para além dessas dimensões, há uma quarta dimensão de direitos fundamentais, reconhecida como sendo implementadora do direito fundamental à democracia, informação e pluralismo – notadamente, seria a busca pela efetivação de uma democracia real, material, pressupondo a participação direta dos indivíduos em maior número de questões políticas possíveis – seguida, por fim de uma quinta dimensão, fundadora do direito fundamental à paz – notadamente, seria a determinação segundo a qual o Estado não deve se envolver em conflitos armados, privilegiando soluções consensuais nacional e internacionalmente.

Mais especificamente sobre a constitucionalização do direito penal, pode-se afirmar um enfoque de direito penal que considere a Constituição não supõe, unicamente, que tal área do direito não possa estar em contradição com a Carta Maior. Mais que um limite, a Carta Magna deve ser entendida como fundamento da pena e do direito penal<sup>39</sup>. Com esta afirmação, conclui-se que o direito penal deve almejar sempre a maior efetividade aos direitos e garantias fundamentais, atendendo sempre os critérios de razoabilidade e proporcionalidade<sup>40</sup>.

Vale lembrar, de modo sintético, que ao longo da trajetória histórica, houve um importante caminho que passou de um direito ordenador, calcado em uma tradição liberal-individualista, para um direito promovedor e transformador, que é uma visão produzida pela concepção de Estado Social e Democrático de Direito<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> DONINI, Massimo. “*Underecho penal fundado em la carta constitucional: Razones y Límites. La experiencia Italiana*”. Revista Penal, n. 8, 2001, p. 24-25.

<sup>40</sup> Até porque, como visto anteriormente no presente estudo, os direitos fundamentais são caracterizados, dentre outros pontos, por serem relativos; logo, passíveis de ponderação e análise proporcional e razoável para sua efetiva aplicação.

<sup>41</sup> Como consequência dessa mudança, há uma evolução da visão do administrado/jurisdicionado, que deixa de ser mero sujeito passivo, cujos bens, direitos e garantias são ordenados e decididos de forma

Desse modo, a constitucionalização do Direito Penal deve ser enfrentada como um aprimoramento e uma caminhada na direção da melhor utilização do direito, visando à proteção das garantias e direitos fundamentais no país. Ao longo do texto serão analisadas e sopesadas diversas teses doutrinárias acerca da efetivação das garantias e direitos fundamentais.

O questionamento cabível, por fim - considerando que “O Direito Penal de um Estado de Direito não pode transformar-se em instrumento de uma guerra de símbolos grupais, se o que realmente tem como meta é a segurança jurídica”<sup>42</sup> - é se seria certo analisar-se o Direito Penal no século XXI, com estruturas valorativas do início do século XVIII ou se deveríamos observar e identificar pontos e valores baseados na nova realidade social com suas novas necessidades sociais e individuais.

## **2.1. Proporcionalidade como vedação da proteção deficiente: conceituação e contextualização**

O conceito de princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente é apresentado, no presente capítulo, como forma de facilitar o entendimento da obra e posicionar o leitor no tema.

De modo objetivo, o princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente seria aplicado quando houvesse uma ausência de, ou uma baixa, proteção aos direitos fundamentais da vítima no caso concreto. Seja por previsão legal - que não protegesse eficientemente os interesses da vítima - seja por falta de previsão legal para punir o agente da conduta criminosa, estaria, assim, caracterizado o terreno de aplicação do presente instituto.

Luiz Flávio Gomes mostra que, por força do princípio, nem o Estado, nem mesmo a lei pode apresentar insuficiência em relação à proteção dos direitos fundamentais<sup>43</sup>. Tal entendimento é louvável, já que extremamente benéfico um

---

imperativa; para um efetivo cidadão, sujeito ativo de bens, direitos e interesses que serão ordenados e decididos com a sua participação conjunta nas escolhas públicas. Faz-se menção aqui ao instituto da audiência pública, potencializador da participação popular nas questões e escolhas públicas.

<sup>42</sup> ZAFFARONI; PIERANGELI. op. cit. p. 91.

<sup>43</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da proibição de proteção deficiente*. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 16 de Nov. 2016.



princípio que se propõe a impedir a insuficiência em relação a proteção dos direitos fundamentais.

A questão que deve ser levantada é: como realizar esse impedimento da insuficiência protetiva? Cabe uma problematização ainda maior: como a atuação do Legislativo auxilia ou agrava a insuficiência protetiva?

Ainda nessa linha, Gomes expõe que tal princípio pode ser usado no Direito Penal, no âmbito da política criminal, para projetar a futura legislação<sup>44</sup>. Esta observação é cabível, pois o princípio da vedação da proteção deficiente não pode superar a barreira da legalidade do Direito Penal.

Portanto, o princípio estaria, de certo modo, vinculado à legislação existente. Melhor dizendo, não se pode querer que o juiz admita o que não está na lei. Sendo assim, a legalidade estrita seria uma barreira para a aplicação da proporcionalidade<sup>45</sup>.

Para este entendimento, a legalidade estrita seria uma barreira para o princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente ao buscar uma interpretação que se coadune com o Estado Democrático de Direito, e não aumente a qualquer custo a punitividade; havendo a possibilidade de encontrar - em tal noção de legislação sendo um obstáculo para a aplicação do princípio - uma posição segura para impedir avanços de um conservadorismo punitivo infundado.

Luiz Flávio Gomes ainda expõe que Ingo Sarlet ao demonstrar que a noção do princípio de proporcionalidade não se esgota no âmbito da proibição de excessos por parte do Estado - garantismo negativo - abrange também um dever de proteção por parte do órgão estatal. Nesse último caso, se mostra presente a ocorrência do que Sarlet tratou como “proibição de insuficiência no campo jurídico-penal”<sup>46</sup>. Analisa-se o exposto por Sarlet<sup>47</sup>:

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

---

<sup>44</sup>Ibid.

<sup>45</sup>Ibid.

<sup>46</sup>Ibid., Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 16 de Nov. 2016. Apud SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, ano XXXII, nº 98, junho/2005, p.107.

<sup>47</sup> Ibid, p. 107.

Conforme observado acima, o autor trata da dicotomia entre vedação ao excesso e proibição de proteção deficiente. Ainda sobre o princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente e uma eventual violação de tal instituto, Sarlet<sup>48</sup> esclarece as maiores incidências de equívoco da utilização e implementação do postulado, expondo que:

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 imperativo de tutela ou 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, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo).

Partindo da análise de tal trecho, entende-se que o princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente atingiria o nobre fim de cumprir um imperativo constitucional de tutela dos direitos fundamentais.

É inegável o potencial garantidor de importantes direitos fundamentais às vítimas de delitos, quando bem aplicado o princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente. Contudo, deve-se questionar quais são as possíveis consequências de uma aplicação errônea de tal instituto – seja na técnica legislativa de elaboração de normas; seja na confecção de decisões judiciais nas cortes brasileiras. Dessa forma, mostra-se fácil concluir que não há uma presunção absoluta de que sempre que o princípio for aplicado haverá uma proteção correta e eficaz dos direitos fundamentais das vítimas.

Gilmar Mendes<sup>49</sup>, que utilizou tal princípio em algumas decisões citadas em capítulo oportuno, explica a noção de proibição da proteção insuficiente da seguinte forma:

Schlink observa, porém, que, se o Estado nada faz para garantir um dado objetivo para o qual deva envidar esforços, não parece que esteja a ferir o princípio da proibição da insuficiência, mas sim um dever de atuação decorrente de dever de legislar ou de qualquer outro dever de proteção. Se se comparam, contudo, situações do âmbito das medidas protetivas, tendo em vista a análise de sua eventual insuficiência, tem-se uma operação diversa da verificada no âmbito da proibição do excesso, na qual se examinam as medidas igualmente eficazes e menos invasivas. Daí concluiu que “a conceituação de uma conduta estatal como insuficiente (*untermässig*), porque ela não se revela suficiente para uma proteção adequada e eficaz, nada mais

---

<sup>48</sup>Ibid., p. 132.

<sup>49</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 227, 228.

é, do ponto de vista metodológico, do que considerar referida conduta como desproporcional em sentido estrito (unverhältnismässigimengerenSinn).”

O Ministro, ao conceituar o princípio, apresenta que esse seria como uma operação inversa da verificada na proibição do excesso. Buscar-se-ia então uma medida igualmente eficaz e mais invasiva. Ou seja, através da análise de forma crítica desta passagem, é possível concluir que o princípio pode ser usado, se aplicado incorretamente, para buscar uma resposta penal cada vez mais agressiva.

Cabe, assim, a problematização: será que tal aplicação de um princípio com potencial garantidor tão importante, é a adequada para um Estado que se diz Democrático de Direito? E mais, ainda é possível questionar se finalisticamente o princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente foi criado visando tal objetivo ou não<sup>50</sup>.

Fernandes<sup>51</sup>, ao defender a aplicação do princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente, vincula-o com o suposto garantismo positivo:

Como resposta à excessiva valorização do aspecto positivo do garantismo penal, o Princípio da Vedação de Proteção Deficiente sustenta uma nova perspectiva. Emanando diretamente do princípio da proporcionalidade, propõe uma alternativa que evite a tutela penal insuficiente. Ou seja, da mesma forma que os criminosos titularizam direitos dignos de proteção, a exemplo à vida, ao gozo das liberdades, ao trabalho, ao convívio familiar, não se pode, a pretexto de proporcionar sua efetivação, descuidar da proteção dos direitos das vítimas e da sociedade como um todo.

O autor propõe-se a defender uma maior proteção aos direitos fundamentais da vítima, o que seria um “garantismo positivo”, pois o Estado não teria atuado da melhor forma possível a fim de gerar uma proteção eficiente no caso concreto. É inevitável a análise de que as afirmações mostram-se arraigadas de fragilidade argumentativa.

Isso ocorre, pois houve o tratamento do “criminoso” como um ser afastado de toda a sociedade, e objeto de um “garantismo positivo”. O equívoco ocorre no momento em que, para tratar da necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade neste viés, o autor tenta mostrar que os “criminosos” possuem maior proteção a seus direitos do que a sociedade. Será que é razoável tratar o Direito Penal através de uma simplificação baseada na luta entre dois polos: o delinquente (representando todo o mal e o desvio do mundo) versus a sociedade? Não seria o criminoso parte do todo social?

<sup>50</sup> Remete-se o leitor para o capítulo 1, que trata do histórico de criação do princípio da proporcionalidade.

<sup>51</sup> FERNANDES, Eduardo Faria. *Princípio da Vedação à Proteção Deficiente*. Artigo Científico (Pós-graduação em Direito)- Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. p. 3.

O presente arcabouço argumentativo torna-se ainda mais preocupante em um país, como o Brasil, no qual há a existência de um Direito Penal de classes e a criminalização da pobreza, conforme pode ser observado por Streck<sup>52</sup>:

[...] a preocupação maior sempre foi com a proteção da propriedade privada e dos interesses lato sensu das camadas dominantes, questão que ficou bem visível no Código de 1940, que surge em pleno Estado Novo, agora com a preocupação de atingir a um outro tipo de ‘clientela’: um Brasil que aos poucos se urbanizava e que passava pela segunda fase do processo de substituição de importações (não esqueçamos que até 1930 o Brasil se sustentava na base da economia agrário-exportadora). Inspirado no modelo fascista, o Código Penal apontou efetivamente para o ‘andar de baixo’, com especial preocupação com os crimes contra o Estado.

Nesse ponto é de vital importância a análise da tese de Sutherland, para haver uma contraposição construtiva de ideias e respeitar o pilar da honestidade intelectual. Em rápida síntese, a teoria da associação diferencial sustenta ser o comportamento criminoso resultado de um aprendizado por parte do indivíduo sobre a conduta criminosa, através da assimilação, não podendo, pois, ser entendido como produto de uma predisposição biológica ou econômico-social. Não bastaria, pois, viver em um meio propício ao crime, nem manifestar determinados traços da personalidade ou situações frequentemente associadas ao delito.

Primeiramente, mostra-se necessário expor que o presente texto não visa aniquilar os preciosos estudos realizados por Sutherland, mas sim demonstrar que tais afirmações teóricas não podem ser aplicadas à realidade tratada no trabalho.

Logicamente, Sutherland sofreu grande influência do momento histórico em que vivia. Franklin Roosevelt, em 1933, ao assumir a presidência dos Estados Unidos, apresentou o seu plano de combate à depressão econômica, denominado de New Deal. Tal plano previa investimentos monumentais em políticas públicas, bem como em infraestrutura, entre outras medidas.

A análise histórica apresentada pode ser demonstrada pelo seguinte trecho de Costa<sup>53</sup>:

Porém, a importância do New Deal é a mudança da visão de Estado, o qual passou a ter uma atuação ativa e interventiva no domínio econômico, estabelecendo novas regras destinadas ao controle das atividades negociais.

---

<sup>52</sup> STRECK, Lenio Luiz. “Bem Jurídico no Estado Democrático de Direito: ‘*Todavía*’ la ley es como la serpiente; sólo pica a los descalzos?”. In: GRECCO, Rogerio (Coord.). *Comentários ao Projeto do Novo Código Penal (PLS 236/2012)*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p.11.

<sup>53</sup> COSTA, Natália Araujo Costa. *Considerações sobre a teoria da associação diferencial*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/49704/consideracoes-sobre-a-teoria-da-associacao-diferencial>>. Acesso em: 09, Nov. 2017.

Tais medidas intervencionistas sofreram obstruções de diversas naturezas, pois o interesse de poderosas corporações em manter as antigas “regras do jogo”, era o que lhes permitia infringir as leis já existentes.

Quanto a esses “novos criminosos”, que passaram a ser analisados por Sutherland, Costa<sup>54</sup> define que:

Sutherland então passa a estudar esses comportamentos e fundamenta a sua teoria da associação diferencial ao demonstrar um novo conceito, específico para as pessoas que, por determinadas características, não se espera que venham a cometer certos delitos. É uma nova categoria de criminosos, que ele chamará de criminosos do colarinho branco. A expressão white-collar crime (crime do colarinho branco) é cunhada no final dos anos 30.

Pode-se perceber que Sutherland criou sua teoria pautada em um tipo específico de violação de norma penal, o que poderia ser expresso por um grupo de crimes específicos que tem por fim criminalizar condutas de classes mais abastadas.

Contudo, embora se reconheça que há tipos penais criminalizadores de condutas vinculadas a classes abastadas, tal realidade não impede a afirmação de que a maior parte das condutas tipificadas como crime ou contravenção penal buscam um “cliente penal” específico, principalmente no que toca a realidade brasileira.

Ou seja, não se quer excluir a contribuição teórica de Sutherland para análise de “crimes de colarinho branco” – principalmente, em épocas como as de Mensalão e Lava Jato – porém, a faceta analisada no presente estudo é de uma visão mais global do direito penal e de suas tipificações.

Ainda analisando a relação entre o conceito de princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente e o “garantismo positivo” pode ser citado entendimento de Macedo<sup>55</sup>:

O princípio da proporcionalidade sob a ótica da proibição de proteção deficiente - *Untermassverbot* - está diretamente relacionado com o garantismo positivo, segundo o qual compete ao Estado, amigo dos direitos fundamentais, um comportamento ativo na concretização desses direitos, a fim de cumprir com o seu dever de proteção.

Logo, o viés “positivo” do garantismo teria como finalidade a proteção de forma mais ampla dos direitos fundamentais da vítima da conduta analisada. Porém, para conseguir alcançar este fim, muitas vezes, o jurista e o legislador deveriam procurar o caminho penal mais incisivo.

---

<sup>54</sup>Ibid. Acesso em: 09, Nov. 2017.

<sup>55</sup> MACEDO, Celina Maria. *Bem Jurídico e Proporcionalidade: a Proibição de Proteção Deficiente no Direito Penal*. Artigo Científico (Pós-graduação em Direito)- Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010, p.13.

Pelos motivos relatados é que, analisando o que a doutrina denomina de “garantismo positivo”, acredita-se, através desse trabalho, haver uma interpretação que possa levar a um equívoco de origem, que desague em uma possível maior criminalização de condutas, o que efetivamente não geraria a solução para a criminalidade. De tal modo que uma leitura radical de garantismo positivo pode ser extremamente impiedosa e gerar graves consequências para a sociedade.

A distinção entre garantismo positivo e negativo não se mostra correta, sob qualquer circunstância. Tendo em vista que o Garantismo Penal, corrente única e indissolúvel, representa o respeito estrito às garantias e direitos previstos em lei, bem como sua aplicação esmerada ao caso concreto, é equivocado lhe impor qualquer bifurcação teórica.

A divisão doutrinária do garantismo penal em dois blocos não se apresenta como sendo construtiva para o enriquecimento teórico ou prático da aplicação do ordenamento jurídico à casuística concreta. Por tal motivo, é equivocada.

Assim, além da consequência acadêmica, que é a fomentação de uma discussão sobre a necessidade de se criar um modo de operar o direito penal que seja vedado para a inserção de argumentos de defesa de aumento da punitividade infundada, há a consequência “concreta” do presente trabalho, que é a possibilidade de problematizar a atuação legislativa e jurisprudencial que aplica, muitas vezes, deturpadamente, o presente princípio.

### 3. APONTAMENTOS SOBRE A PONDERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE NA JURISPRUDÊNCIA PENAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E EM PREVISÕES LEGISLATIVAS

Neste capítulo, busca-se analisar alguns casos em que o princípio da proporcionalidade foi aplicado como vedação da proteção deficiente em decisões jurisdicionais e em construções legislativas. Ter-se-á, aqui, como finalidade, apontar possíveis erros e acertos na utilização do princípio nos casos apresentados.

#### 3.1. Julgamento do recurso extraordinário 418.376, MS

Inicialmente, pode-se trazer o julgamento do Recurso Extraordinário 418.376 que, em voto vista, o Ministro Gilmar Mendes cuidou do princípio tratado para fazer incidir o Direito Penal em um caso no qual se almejava extinguir a punibilidade de agente condenado por atentado violento ao pudor, praticado contra uma menina de oito anos, de quem aquele abusara por quatro anos e que, aos doze anos, engravidou, gerando um filho e iniciando com o seu agressor uma união estável.

Neste julgamento, a Corte recusou a extensão à união estável da aplicação de dispositivo do Código Penal - hoje revogado - que previa a extinção de punibilidade do crime de estupro sempre que o autor se casasse com a vítima. Para melhor entendimento, segue a ementa da decisão<sup>56</sup>:

EMENTA: PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ESTUPRO. POSTERIOR CONVIVÊNCIA ENTRE AUTOR E VÍTIMA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE COM BASE NO ART. 107, VII, DO CÓDIGO PENAL. INOCORRÊNCIA, NO CASO CONCRETO. ABSOLUTA INCAPACIDADE DE AUTODETERMINAÇÃO DA VÍTIMA. RECURSO DESPROVIDO. O crime foi praticado contra criança de nove anos de idade, absolutamente incapaz de se autodeterminar e de expressar vontade livre e autônoma. Portanto, inviável a extinção da punibilidade em razão do posterior convívio da vítima - a menor impúbere violentada - com o autor do estupro. Convívio que não pode ser caracterizado como união estável, nem

---

<sup>56</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Penal. RE 418376, MS - MATO GROSSO DO SUL, RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA. Julgamento: 09/02/2006. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJ Nr. 57. Data da publicação: 23/03/2007. *Lex*: jurisprudência do STF, Brasília, Mar. 2007. (Acórdão na integra no anexo 01).

mesmo para os fins do art. 226, § 3º, da Constituição Republicana, que não protege a relação marital de uma criança com seu opressor, sendo clara a inexistência de um consentimento válido, neste caso. Solução que vai ao encontro da inovação legislativa promovida pela Lei nº 11.106/2005 - embora esta seja inaplicável ao caso por ser lei posterior aos fatos -, mas que dela prescinde, pois não considera validamente existente a relação marital exigida pelo art. 107, VII, do Código Penal. Recurso extraordinário conhecido, mas desprovido.

O então relator, Ministro Marco Aurélio<sup>57</sup>, votou pela extinção de punibilidade do agente, nos termos do art. 107, VII do Código Penal, defendendo que se deve proteger aqui não o agente em si, mas a família<sup>58</sup>; considerando que:

[...] De minha parte, parto de premissa básica- ao Estado cumpre proteger o mais frágil nessa história: o filho que resultou dessa relação. Ao fim, será a criança que arcará com as consequências de uma punição pífia, de objetivos no mínimo dúbios: a título de dar satisfação à sociedade, a título de exemplo, acaba-se por solapar a auto-estima de uma criança, sobre cujos ombros recairá todo o peso da carga de preconceitos também enfrentada pelo pai “estuprador” e pela mãe que, após a condenação, transmutar-se-á na companheira de um presidiário, transformado de trabalhador a mero pária, merecedor de todo o opróbio. A quem interessa tanto contra-senso?

(...)

O caso deste processo é mais favorável, porquanto a união veio a acontecer não entre a vítima e terceiro, mas considerado o próprio ofensor. Não se trata de simples vontade do agente de vir a morar com a vítima, quando se poderia cogitar do elemento subjetivo, da tentativa de fuga à glosa penal.

Observa-se que o relator não utilizou o princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente para fundamentar sua decisão; e entendeu pelo reconhecimento da causa extintiva de punibilidade, ao analisar, inclusive, o elemento subjetivo da conduta do agente.

Já o voto do Ministro Gilmar Mendes<sup>59</sup> não acompanhou o relator, pautando sua argumentação na aplicação do princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente, como pode-se ver a seguir:

<sup>57</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Penal. RE 418376, MS - MATO GROSSO DO SUL, RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Julgamento: 09/02/2006, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJ Nr. 57. Data de publicação: 23/03/2007. *Lex*: jurisprudência do STF, Brasília, Mar. 2007. (Acórdão na íntegra no anexo 01).

<sup>58</sup> Tal julgado foi à época que a jurisprudência e doutrina ainda viam a família como instituto protegível *per se*, e não como potencializador das qualidades humanas. Ou seja, prevalecia a defesa da permanência da instituição casamento, em prol da real felicidade e potência dos seres humanos envolvidos. Em época de proteção das famílias eudemonistas, não se deve mais defender a qualquer custo a permanência de um casamento que não gere mais felicidade para seus membros.

<sup>59</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Penal. RE 418376, MS - MATO GROSSO DO SUL, RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Julgamento: 09/02/2006, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJ Nr. 57. Data da



[...] De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente reputada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico.

Quanto a proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental. (...)

Conferir à situação dos presentes autos o status de união estável, equiparável ao casamento, para fins de extinção da punibilidade (nos termos do art. 107, VII, do Código Penal) não seria consentâneo com o princípio da proporcionalidade no que toca à proibição de proteção insuficiente.

Vale, ainda, analisar o voto do Ministro Joaquim Barbosa, que também divergiu do entendimento do relator, porém pautou sua divergência não no princípio da proporcionalidade, porém no fato de que apenas o casamento regularmente celebrado ter, para ele, o condão de extinguir a punibilidade no caso. O Ministro, com a finalidade de fundamentar seu voto, ainda indagou se poderia ser considerado o que diz uma criança de nove ou dez anos de idade.

Quanto a esse ponto, cabe expor que, atualmente, entende-se, em observância aos princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente - principalmente a peculiar condição de ser humano em desenvolvimento – artigo 6 da Lei 8069/1990; primazia do interesse da criança- artigo 4 da Lei 8069/1990 e a proteção integral da criança – art. 3 da Lei 8069/1990; que sempre que houver decisões, as quais afetem direitos ou garantias de alguma criança, ela deve ser ouvida sempre que possível.

Logo, na atualidade, o último fundamento do ministro não poderia ser aplicado, por violação a base principiológico-normativa do ordenamento jurídico brasileiro no que tange a análise das questões *infanto-juvenis*.

Da mesma forma, o Ministro Eros Grau, acompanhando o voto do Ministro Joaquim Barbosa, divergiu do Ministro-Relator. Porém, o Ministro Eros Grau<sup>60</sup> entendeu que:

[...] não me impressiono com os argumentos relativos à família, eis que, de acordo com a minha compreensão, família que começa com uma violência

---

publicação: 23/03/2007. *Lex*: jurisprudência do STF, Brasília, Mar. 2007. (Acórdão na integra no anexo 01).

<sup>60</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Penal. RE 418376, MS - MATO GROSSO DO SUL, RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Julgamento: 09/02/2006, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJ Nr. 57. Data da publicação: 23/03/2007. *Lex*: jurisprudência do STF, Brasília, Mar. 2007. (Acórdão na integra no anexo 01).

contra uma menina de 9 anos- e aparentemente prossegue com mais violência ainda-, não é, seguramente, a família da qual nasce a sociedade civil e depois se realiza, como supressão, no Estado. Nem ela é, na minha précompreensão, a família que deva ser preservada a partir dos valores constitucionais.

Com a análise dos votos expostos, pode-se concluir que a tese de cabimento de extinção de punibilidade no caso concreto poderia ser refutada, sem a utilização do princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente, já que outros fundamentos de igual ou maior efetividade foram utilizados no julgamento.

Além disso, pode-se considerar que a utilização do princípio da proporcionalidade com esse viés, para justificar uma negação de status de união estável, equiparável a casamento, seria uma posição passível de crítica; visto que não é lógica a utilização do princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente sequer para defender um garantismo positivo, nem para negar o status de união estável.

Aqui cabe a mesma crítica feita no primeiro capítulo do presente trabalho, deve-se cuidar para não se gerar uma banalização da aplicação dos princípios, sob pena de haver uma redução de sua força normativa, segundo a Teoria da Katchanga<sup>61</sup>.

Vale no presente momento demonstrar que nesse caso concreto até concorda-se com a não possibilidade de consideração de causa de extinção de punibilidade; porém pautada em outros argumentos já apresentados, que não o princípio da proporcionalidade.

Desse modo, conclui-se que a aplicação em análise do princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente não foi realizada da melhor forma, segundo os fundamentos demonstrados.

---

<sup>61</sup> Todas as críticas que geralmente são feitas à técnica da ponderação – por proporcionar uma discricionariedade na busca de soluções – são, em grande medida, procedentes diante da realidade brasileira. Na aplicação do ordenamento jurídico pátrio, há forte incidência da teoria da Katchanga, já que ninguém sabe ao certo quais são as regras do jogo. Virgílio Afonso da Silva conseguiu captar tal fenômeno em texto “O Proporcional e o Razoável”, apontando diversos casos em que o STF, utilizando do pretexto de que os direitos fundamentais podem ser relativizados com base no princípio da proporcionalidade, simplesmente invalidou o ato normativo questionado sem demonstrar objetivamente porque o ato seria desproporcional.

### 3.2. Ação direta de inconstitucionalidade 4301: artigo 255 do Código Penal

Como forma de exposição de outra situação na qual houve a utilização do referido princípio, é válido demonstrar que o mesmo foi invocado pelo Procurador-Geral da República, em Ação Direta de Inconstitucionalidade número 4301 (Anexo 01), para fundamentar seu pedido de inconstitucionalidade do artigo 225 do Código Penal c/c artigo 213, Código Penal, que prevê que a ação penal no caso de estupro com resultado morte ou lesão corporal grave passou a ser pública condicionada, como regra. Esta lógica apresenta somente duas exceções: 1) quando a vítima é menor de 18 anos; 2) quando a vítima é pessoa vulnerável.

Segundo o Procurador-Geral, a ação condicionada representaria uma proteção penal insuficiente, e isso seria a causa do pedido de declaração de inconstitucionalidade sem supressão de texto. Para fundamentar seu pedido, o Procurador-Geral expôs que:

Referida condição de procedibilidade da ação penal em casos tais- de altíssimo nível de gravidade, de elevado grau de reprovabilidade, e que só beneficia o sujeito ativo do crime-, constitui franca transgressão ao postulado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e ao princípio da proibição da proteção deficiente, importante vertente do princípio da proporcionalidade (art. 5º, LIV, da CF).

Diante do reconhecimento de que o Estado tem o dever de agir na proteção de bens jurídicos de índole constitucional, a doutrina vem assentando que a violação à proporcionalidade não ocorre apenas quando há excesso na ação estatal, mas também quando ela se apresenta manifestamente deficiente.<sup>62</sup>

Mesmo considerando que em casos de crime de estupro, do qual resulte lesão corporal grave ou morte, deva realmente haver a procedência mediante ação penal condicionada à representação, poder-se-ia expor outros motivos, que não o princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente, para salvaguardar esta ideia.

Quanto a essa noção, pode-se inclusive perceber que o próprio Procurador-Geral ao utilizar o princípio da proporcionalidade para defender sua tese, pautou sua argumentação também no postulado da dignidade da pessoa humana - art. 1º, III, da CF.

Com essa simples realidade apresentada, cabe a problematização: o postulado da dignidade da pessoa humana, reconhecido constitucionalmente, já não se mostra argumento forte o suficiente para defender uma tese? Além disso, é prudente, mesmo tendo outros fundamentos (como o da dignidade da pessoa humana), escolher-se utilizar

---

<sup>62</sup> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4301. Elaborada pela Subprocuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira. Aprovada pelo Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos. Brasília, 14 de Setembro de 2009. p. 5.

um alicerce ideológico que possa, de maneira mediata, gerar consequências negativas caso seja mal aplicado?

Após introduzir de forma genérica o princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente, o Procurador-Geral, a fim de materializar o conceito de tal princípio no caso concreto, demonstrou que:

A ofensa aos princípios da proporcionalidade, sob o prisma da proibição da proteção deficiente (ou insuficiente), e da dignidade da pessoa humana materializa-se, no caso, pelo empecilho à persecução penal nos crimes de estupro qualificado por lesão corporal grave ou morte, tornando vulneráveis bens jurídicos de maior importância – vida e saúde – sem uma razão suficientemente forte que justificasse a opção legislativa. Sob outro ângulo, a falta de razoabilidade ainda decorre da constatação de que, nos demais crimes definidos na legislação penal, cujos resultados são lesão grave ou morte – ou nos próprios crimes de homicídio e de lesão corporal grave, inclusive culposos-, a ação penal é sempre pública incondicionada. O tratamento diferenciado no delito de estupro qualificado não se sustenta, visto que a conduta antecedente não tem força para atenuar o enorme interesse público decorrente do resultado qualificado.<sup>63</sup>

Através da análise deste trecho, mais uma vez pode-se perceber que o princípio da proporcionalidade não foi usado como único fundamento para o objetivo almejado. A simples exposição da falta de razoabilidade, como foi realizada pelo Procurador-Geral, já seria uma forte argumentação para basear seu entendimento.

Desse modo, conclui-se que o instituto normativo foi mais uma vez mal aplicado na casuística concreta pelo Procurador-Geral.

No presente momento, buscaremos evidenciar algumas previsões na legislação penal que, segundo entendimento de parte da doutrina, sofreram influências da aplicação do princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente.

### 3.3. Artigo 158, parágrafo 3º do Código Penal

Um dos casos a ser estudado diz respeito ao crime de extorsão qualificada pela restrição de liberdade da vítima, previsto no artigo 158, parágrafo 3º do Código Penal, incluído pela Lei nº 11.923/09, mais conhecido como o crime do “sequestro relâmpago”. Tal conduta consistente na prática pela qual o agente restringe a liberdade

---

<sup>63</sup> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4301. Elaborada pela Subprocuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira. Aprovada pelo Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos. Brasília, 14 de Setembro de 2009. p. 8.

da vítima para que ela, por exemplo, saque dinheiro e faça compras com cartão de crédito. Ou seja, há um elemento subjetivo especial na conduta criminosa, qual seja, o fim de obter vantagem ilícita.

O crime de extorsão, antes da Lei nº 11.923/09, admitia apenas as formas qualificadas pelo resultado lesão grave ou morte, ambas descritas no artigo 158, parágrafo 2º do Código Penal. Dessa maneira, havendo restrição de liberdade da vítima, parte da jurisprudência orientava-se no sentido de que se tratava de extorsão do caput do artigo 158, podendo caracterizar a forma qualificada do parágrafo 2º do artigo 158, quando resultasse morte, hipótese em que o crime seria hediondo.

Todavia, em 2009, o legislador tipificou no parágrafo 3º do artigo 158 do Código Penal o sequestro relâmpago como hipótese de extorsão qualificada; ou seja, a extorsão cometida através de restrição de liberdade da vítima como condição necessária para a obtenção da vantagem econômica indevida, prevendo, também, os resultados lesão corporal grave e morte como qualificadores da extorsão com privação de liberdade da vítima.

De tal modo, há o entendimento de que a referida mudança gerou um tratamento mais benéfico para os autores do crime de sequestro relâmpago. Isso se basearia no fato de apenas o artigo 158, parágrafo 2º, do Código Penal - que tipifica a extorsão qualificada pela morte - ser previsto como crime hediondo, segundo art. 1º, inciso III, da Lei nº 8.072/90.

Já o art. 158, parágrafo 3º, do Código Penal, que prevê o crime de extorsão qualificada pela restrição de liberdade da vítima e também pelos resultados lesão grave e morte, não é previsto como crime hediondo, por absoluta falta de previsão legal.

Assim, há entendimento que o crime mais grave - extorsão mediante restrição de liberdade com resultado morte - receberia tratamento penal menos severo do que o dispensado a um crime menos grave - extorsão com resultado morte.

O fato de o crime mais grave não poder ser considerado hediondo afrontaria o princípio da proporcionalidade, no seu viés de proibição da proteção deficiente. Pelo motivo supracitado, alguns defendem que é necessário aplicar a técnica da interpretação conforme a Constituição, já que não se pode admitir que a falha do legislador permaneça diante de uma ofensa à Constituição. Quanto a esse entendimento pode-se citar entendimento de Macedo<sup>64</sup>, segundo a qual:

---

<sup>64</sup>MACEDO, op. cit., p. 21.

Nesse ponto, tem-se que houve violação à proporcionalidade, na ótica da proibição de proteção deficiente, sendo mais uma vez necessário aplicar a técnica da interpretação conforme a Constituição, sendo certo que não se pode admitir que o descuido do legislador permaneça intocável diante de uma grave ofensa à Carta Magna.

Considerando o exposto, poder-se-ia até pensar que pode ter ocorrido um descuido por parte do legislador. Porém, tal situação deve, sobretudo, respeitar o exposto pelo princípio da legalidade. Logo, não se pode considerar hediondo tipo penal que não seja expressamente previsto como tal.

Com essa tese, quer-se demonstrar que, mais uma vez, o princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente foi aplicado de forma deficiente quanto à técnica legislativa.

### **3.4. Artigo 33, parágrafo 4º da Lei 11.343/06**

Mais uma disposição legal passível de análise é o artigo 33, parágrafo 4º da Lei nº 11.343/06, que prevê que as penas dos crimes definidos no caput e nos parágrafos do referido dispositivo poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, possua bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Ao observar tal dispositivo, pode-se até imaginá-lo como sendo um pequeno avanço, para parte da doutrina, tendo em vista que, em tese, visaria a uma aplicação proporcional da política de combate às drogas no Brasil.

Porém, é necessário registrar que o debate jurídico acerca das drogas ilícitas é muito polarizado. Mesmo havendo esse entendimento, no outro oposto, há juristas que consideram um viés diverso da questão. Com o fulcro de demonstrar tal afirmação, é válido citar o seguinte trecho de Macedo<sup>65</sup>, que também possui como objeto o artigo 33, parágrafo 4º da Lei nº 11.343/06:

Trata-se de uma causa especial de diminuição de pena que traduz um verdadeiro favor legal previsto em desacordo com o mandado de criminalização estabelecido na Constituição da República, em seu art. 5º, inciso XLIII. No caso dos crimes hediondos e equiparados, e especificamente no caso do tráfico ilícito de drogas, a liberdade de conformação legislativa resulta expressamente restringida pela obrigação de criminalizar contida na Carta Maior, que chega a vedar a concessão de graça e anistia. No que tange ao crime de tráfico ilícito de drogas, a violação ao princípio da proporcionalidade, sob a ótica da proibição de proteção deficiente, é mais

---

<sup>65</sup>Ibid. p. 22.

nítida porque o próprio texto constitucional especifica a forma pela qual o dever de proteção deve ser exercido.

Através do primeiro ponto de vista, o fragmento supracitado mostrar-se-ia retrógrado e oposto aos avanços que a noção de política de drogas vem adquirindo no Brasil; sendo um exemplo de como o princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente pode ser aplicado com a finalidade de justificar ideias conservadoras e que ambicionam um único fim: o aumento do punitivismo. Além disso, segundo tal corrente, a proporcionalidade como vedação da proteção deficiente seria respeitada com a justa aplicação de tal previsão da Lei de Drogas, já que observaria a proporcionalidade devida para a justa defesa do bem jurídico tutelado. Tal corrente ainda busca esvaziar a força argumentativa da aplicação de tal princípio no caso em tela, considerando que uma das justificativas para a sua utilização é o desrespeito à proteção do direito fundamental à segurança pública<sup>66</sup>.

Para a segunda posição, a previsão de uma amenização de tratamento de um crime como o tráfico de drogas geraria, também, uma nítida violação ao princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente, já que geraria uma defesa aquém da necessária para um crime que viola bem jurídico tão importante, como a saúde pública. Geraria, assim, uma proteção deficiente de toda a sociedade, por penalizar de maneira indesejada a conduta praticada pelo agente.

Através dessa distinção, pode-se observar como o princípio em análise pode ser utilizado para fundamentar e basear argumentos completamente contrários. Esse é mais um motivo para tal instituto ser tratado com profundidade e cuidado; a fim de evitar sua aplicação equivocada.

Com a finalidade de, mais uma vez, exemplificar tal posição, pode-se citar a visão de Macedo<sup>67</sup>:

Além disso, é possível afirmar que, ao estabelecer esse favor legal, o legislador agiu de forma a esvaziar a força normativa da Constituição e a desproteger o direito fundamental à segurança pública. Ademais, a redução da proteção legal exigida pela Constituição perpetrada por meio de uma lei ordinária se deu sem que houvesse qualquer autorização constitucional.

Nesse caso, é de se aplicar ao dispositivo a técnica da declaração de nulidade parcial sem redução de texto, de modo a esclarecer que essa causa de diminuição de pena não pode ser entendida como regra, e sim como medida excepcional, destinada a casos de menor repercussão social, sob pena de o

---

<sup>66</sup>Para tal visão, seria retrógrado o pensamento de proteger a coletividade diante do “ser desviante” ou “delinquente”, como outrora se analisava. Estar-se-ia a aplicar o direito penal do autor em prol do direito penal do fato. Ou seja, seria uma aplicação da matéria criminal considerando as qualidades subjetivas do agente e não a objetividade do fato concreto da conduta delituosa, violando, assim, a proibição de responsabilização penal objetiva.

<sup>67</sup>Ibid. P. 23.

direito fundamental da coletividade à segurança pública resultar desprotegido.

Através de tal fragmento, pode-se observar a análise da atuação do legislador como potencial redutor da força normativa da Constituição, desprotegendo o direito fundamental à segurança pública. Por tal análise, mostra-se necessário o enquadramento da técnica legislativa ao instituto da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente.

### 3.5. Artigo 61 da Lei 9.099/95

Outro ponto da legislação que pode ser verificado é o artigo 61 da Lei 9099/95. Os Juizados Especiais Criminais possuem competência para o processo e julgamento das infrações de menor potencial ofensivo, nos termos do artigo 60 da Lei nº 9.099/95 e do art. 2º da Lei nº 10.259/01. Segundo o art. 61 da Lei nº 9.099/95, com redação dada pela Lei nº 11.313/06, infrações de menor potencial ofensivo são as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa.

Considerando tal realidade e sabendo que o fim maior da criação de uma cominação de pena inferior foi justamente tornar mais proporcional e razoável a atuação estatal diante de ações que não justificavam uma maior punição, é de extrema importância considerar e posteriormente problematizar, que atualmente há juristas que entendem o extremo oposto. A fim de zelar pela concretização do posicionamento dos juristas que entendem de maneira contrária, citar-se-á o seguinte trecho:

Nesse sentido, a adoção do referido critério de pena para a definição de infrações de menor potencial ofensivo, sem conjugação com quaisquer outros requisitos objetivos ou subjetivos, viola o princípio da proporcionalidade sob a ótica da proteção deficiente, na medida em que não protege suficientemente bens jurídicos relevantes.<sup>68</sup>

Ao se analisar tal posição pode-se problematizá-la, tendo em vista que se pauta em uma ideia de restrição de direitos - através de uma análise do bloco de garantias e direitos reconhecidos ao réu - que já foram garantidos e reconhecidos em sede legal. Tendo tal equívoco em mente, cabe, inclusive, a formulação do seguinte questionamento: se o próprio legislador considerou que tais condutas mereceriam uma

---

<sup>68</sup>Ibid. p. 24.



cominação de pena menos severa, que bens jurídicos relevantes são esses que não seriam protegidos suficientemente?

Dessa forma, percebe-se que em todos os casos apresentados, tanto jurisprudenciais quanto legislativos, pode-se perceber que a utilização do princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente não foi a melhor, nem foi o mais forte argumento possível a ser apresentado.

Assim, pode-se concluir que como há outros argumentos mais fortes para defender as teses, nas quais o princípio foi utilizado e, ademais, como o emprego de tal princípio pode acarretar consequências negativas para a realidade da política criminal brasileira; torna-se lógica e natural a conclusão pelo descabimento da aplicação do princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente nos exemplos trazidos.

## CONCLUSÃO:

Após ter-se debruçado sobre o estudo das laudas do presente estudo, pôde se alcançar algumas considerações um tanto importantes. De início, foi possível afirmar que o direito penal progressivamente está sendo influenciado pelo direito constitucional; vale dizer que não se quer afirmar a superioridade de um ou dependência em relação ao outro, mas, tão somente, que se complementam e devem ser utilizados em conjunto na prática e no estudo da matéria criminal.

Através de uma visão mais específica sobre o tema central do estudo, analisou-se de maneira crítica a efetiva função do direito penal e sua aplicação nos dias de hoje. Pôde ser compreendido que se deve estudar o princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente não de forma ingênua e acrítica; porém, com um posicionamento ativo e que possibilite uma problematização.

Como forma de facilitar o entendimento, bem como, para demonstrar algumas ideias que foram objeto de reflexão ao longo do estudo, é válido destacar momento da entrevista eletrônica, em que Salo de Carvalho expôs a existência de uma questão preliminar, de ordem criminológica, que deveria ser problematizada.

Questionamentos como: se as normas penais cumprem efetivamente a função de proteção de bens jurídicos; e se o direito penal cumpre suas funções declaradas - nos termos colocados reiteradamente por Baratta, Pavarini, Zaffaroni e Batista, seguindo a metodologia foucaultiana – embasaram todo o estudo.

Mostra-se necessária tal análise mais crítica, respeitando posições divergentes, tendo em vista que a aplicação de tal princípio pode, de maneira mediata, servir para fundamentar posições equivocadas, ora gerando ausência absoluta de proteção à vítima do delito; ora gerando um potencial punitivo exacerbado e desmedido.

Considerada tal verdade, demonstrada inúmeras vezes ao longo do estudo, e - após análise da realidade do cárcere no Brasil, bem como de suas consequências sócio-culturais – pôde se afirmar que ainda há muito estudo a ser feito sobre o tema da vedação da proteção deficiente.

Percebeu-se que o instituto tem potencial para gerar um aumento da onda de hiper encarceramento – caso seja aplicado equivocadamente – como tem potencial de gerar a absoluta falta de aplicabilidade e efetividade das normas penais na devida proteção das vítimas – caso seja esquecido por completo.

No primeiro capítulo, foi exposto o histórico gerador do princípio da proporcionalidade no campo jurídico global. Analisou-se o caso das Farmácias da Bavária, bem como a posição da Corte alemã quanto a tal lide.

No segundo capítulo, debruçou-se sobre a definição e as controvérsias conceituais que rondam o princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente. A partir de tais noções e com uma visão pautada na criminologia crítica, ainda se buscou derrubar a ideia de um “garantimos positivo” e “garantismo negativo”, que, supostamente, visaria uma proteção maior dos direitos fundamentais.

Por fim, almejou-se, com a análise de casos de jurisprudência e de previsões legislativas, demonstrar que nos casos concretos nos quais foi utilizado, como forma de argumentação, o princípio da proporcionalidade como vedação de proteção deficiente não só mostrou-se frágil, como havia outras argumentações um tanto mais plausíveis e adequadas para a realização de uma defesa mais consistente e respeitosa para com os ditames de um Estado Democrático de Direito.

Além disso, pôde ser considerado, ainda, que havendo outra fundamentação que possa basear uma tese, deve-se valorizar a sua aplicação em comparação com um mecanismo que possa gerar uma contínua redução de importância de um princípio tão significativo como a proporcionalidade; visto que, caso usado em excesso e para todas as hipóteses, no momento de real necessidade de sua aplicação, tal instituto perderá sua força argumentativa.

Portanto, deve-se ter cautela ao utilizar o princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente, justamente pela realidade brasileira. Se há a possibilidade desse princípio ser aplicado para ampliar as chances de encarceramento, como já demonstrado; isso se torna crônico ao se perceber que o país passa por um Estado que se mostra como um Estado de exceção – em todos os seus sentidos: exceção sanitária, ambiental, judicial, legislativa, policial e social.

Como solução possível a ser apresentada até o presente momento do estudo, conclui-se que, a fim de evitar as danosas consequências da aplicação equivocada de tal instituto, deve-se – sempre – pautar o princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente em uma análise razoável, adequada à interpretação finalístico-teleológica de tal instituto, e utilizá-lo como *ultima ratio* de argumentação.

Diante das dúvidas e equívocos persistentes na aplicação de princípio tão caro ao direito, o presente estudo busca plantar uma pequena semente que possa irromper tal

realidade e iniciar a concretização de uma diretriz orientada para um efetivo Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia Uma Fundamentação para o Direito Penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris ICPC, 2010.

ALVES, Roque de Brito. *Constituição e Direito Penal*. Direito Constitucional os desafios Contemporâneos. Uma homenagem ao Professor Ivo Dantas. Curitiba: Juruá, 2012.

AMARAL, Thiago Bottino Do. *Ponderação de Normas em Matéria Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Introdução à Sociologia do Direito Penal. 3. ed. Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Renavan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARATTA, Alessandro. *La Política Criminal y el Derecho Penal de la Constitución: Nuevas Reflexiones Sobre el Modelo Integrado de las Ciencias Penales*. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Granada, nº. 2, 1999.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2013.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch Alternativa, 1999.

CARVALHO, Salo de: Criminologia, Garantismo e Teoria Crítica dos Direitos Humanos. DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA NA ERA GLOBAL. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte, 2009.

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 3. ed, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

DIAS, Jorge Figueiredo. Direito Penal e Estado-de-Direito Material. *Revista de Direito Penal e Criminologia*. Rio de Janeiro: Forense, v. 31, 1981.

FERNANDES, Eduardo Faria. *Princípio da Vedação à Proteção Deficiente*. Artigo Científico (Pós-graduação em Direito)- Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Rázon: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Afonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocio Cantanero Bandrés. Madrid: Trotta, 1997.

GIORGI, Alessandro De. *A miséria governada através do sistema penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da proibição de proteção deficiente*. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 14 de Mai. 2014. Apud SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, ano XXXII, nº 98, junho/2005.

\_\_\_\_\_; CUNHA, Rogerio Sanches (Coord.). *Direito Penal Introdução e princípios fundamentais*. Coleção Ciências Criminais v.1. 2. ed. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. *Princípio da proibição de proteção deficiente*. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 14 de Mai. 2014.

MACEDO, Celina Maria. *Bem Jurídico e Proporcionalidade: A Proibição de Proteção Deficiente no Direito Penal*. Artigo Científico (Pós-graduação em Direito)- Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira et BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: gen. método, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 9. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI. *Individualização da pena*. 5. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 3. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de Direito Penal Parte Geral*. 3. ed. Grupo Conceito Distribuidora, e Livrarias, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência*. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SCHOLLER, Heinrich. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha. *Revista Interesse Público* nº 2, Minas Gerais, 1999.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal Después del Milenio*, Madrid: Tecnos, 2002.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de Direito Penal* 1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. “Bem Jurídico no Estado Democrático de Direito: ‘Todavía’ la ley es como la serpiente; sólo pica a los descalzos?”. In: GRECCO, Rogerio (Coord.). *Comentários ao Projeto do Novo Código Penal (PLS 236/2012)*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

\_\_\_\_\_; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito*. 2. ed., revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. *O Princípio da Proibição de Proteção Deficiente (Untermassverbot) e o Cabimento de Mandado de Segurança em Matéria Criminal: Superando o Ideário Liberal-Individualista Clássico*. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/1.pdf>>. Acesso em: 14 de Mai. 2014.

\_\_\_\_\_. *Direito Penal do Fato ou do Autor? A insignificância e a reincidência*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-out-09/senso-incomum-direito-penal-fato-ou-autor-insignificancia-reincidencia>>. Acesso em: 09/10/2014.

TOLEDO, Suzana de Barros. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle da Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro* V.1. Parte Geral. 8. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

WEINMANN, Amadeu de Almeida. *Princípios de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Rio, 2004.

WUNDERLICH, Alexandre; OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. *Direito Penal no Terceiro Milênio*. Estudos em Homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ANEXO 1:



EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, com fundamento nos artigos 102, I, “a” e “p”, e 103, VI, da Constituição Federal e nos dispositivos da Lei 9.868/99, vem propor AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, com pedido de medida cautelar, em impugnação a parte do art. 225 do Código Penal (Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940), na redação dada pela Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, em virtude de ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana e da proibição da proteção deficiente por parte do Estado.

2. O texto vigente do dispositivo é o seguinte:

“Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação. Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.”

3. A impugnação dirige-se especificamente contra a nova previsão de que, no crime de estupro do qual resulte lesão corporal grave ou morte, deve proceder-se mediante ação penal pública condicionada à representação, não mais por meio de ação penal pública incondicionada.

4. A Lei 12.015/2009 alterou o Título VI da Parte Especial do Código Penal – bem como a Lei de Crimes Hediondos e o Estatuto da Criança e do Adolescente – para estabelecer nova disciplina a respeito dos agora designados crimes contra a dignidade sexual.

5. Entre outras providências, a recente lei promoveu a fusão dos delitos de estupro e de atentado violento ao pudor em um mesmo tipo penal, sob o nomen juris único de estupro e com a seguinte configuração:

“Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. § 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. § 2º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.”

6. Além da reunião de elementares daqueles dois crimes em um só tipo penal, as circunstâncias qualificadoras foram inseridas no mesmo artigo em que veiculada a figura típica fundamental, em abandono à previsão apartada, antes contida no art. 223 do Código Penal (revogado pela Lei 12.015/2009).

7. Com as inovações trazidas aos artigos 213 e 225 do Código Penal, a persecutio criminis relativa ao delito sexual, tanto na sua forma simples quanto nas modalidades qualificadas, passou a se viabilizar mediante ação penal pública condicionada à representação (art. 225, caput), admitindo-se, em caráter excepcional, ação penal pública incondicionada, estritamente nos casos em que a vítima seja menor de dezoito anos ou pessoa vulnerável (art. 225, parágrafo único).

8. Antes do advento da Lei 12.015/2009, a regra referente aos crimes então definidos como estupro e atentado violento ao pudor era a da ação penal de iniciativa privada:

Art. 225 - Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.

§ 1º - Procede-se, entretanto, mediante ação pública:

I - se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;

II - se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

§ 2º - No caso do nº I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação.

9. Além das exceções previstas no antigo art. 225, a ação penal pública incondicionada era adequada ainda ao delito sexual do qual decorresse lesão corporal grave ou morte. A razão é que tais resultados estavam definidos como crimes qualificados no mesmo capítulo em que inserido o art. 225 e não nos capítulos anteriores, aos quais esse remetia. Aplicava-se, então, a regra geral prevista no art. 100 do Código Penal e no art. 24 do Código de Processo Penal.

10. Intensa controvérsia se desenvolveu quanto à ação penal apropriada quando o crime sexual fosse praticado mediante violência real traduzida em vias de fato ou lesão corporal de natureza leve, não obstante a existência, há muito tempo, da Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual, “no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”<sup>2</sup>.

11. A jurisprudência sumulada parte da premissa de que se estaria a tratar de crime complexo, havendo de prevalecer, em consonância com o disposto no art. 101 do Código Penal, o cabimento de ação penal pública incondicionada, visto que era por meio desta que se procedia nos crimes de lesão corporal leve.

12. Apesar de a lei nova representar, em termos gerais, um avanço, houve um grave retrocesso em relação aos crimes de estupro dos quais resulte lesão corporal grave ou morte, visto que a persecução penal nesses casos, antes incondicionada, passou a depender de representação da vítima ou de seu representante legal.

13. Referida condição de procedibilidade da ação penal em casos tais – de altíssimo nível de gravidade, de elevado grau de reprovabilidade e que só beneficia o sujeito ativo do crime – constitui franca transgressão ao postulado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e ao princípio da proibição da proteção deficiente, importante vertente do princípio da proporcionalidade (art. 5º, LIV, da CF).

14. Diante do reconhecimento de que o Estado tem o dever de agir na proteção de bens jurídicos de índole constitucional, a doutrina vem assentando que a violação à proporcionalidade não ocorre apenas quando há excesso na ação estatal, mas também quando ela se apresenta manifestamente deficiente.

15. O tema ganhou destaque no voto do Ministro Gilmar Mendes, em julgamento no qual a Corte recusou a extensão, à união estável, da aplicação de dispositivo do Código Penal (hoje revogado), que previa a extinção de punibilidade do crime do estupro sempre que o autor se casasse com a vítima. Eis fragmento do voto:

“[...] De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção deficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico. Quanto à proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado

não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental. Nesse sentido, ensina o Professor Lênio Streck: 'Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (Abwägung) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos 5 RE 418.376, Plenário, relator o Ministro MARCO AURÉLIO, redator para o acórdão o Ministro JOAQUIM BARBOSA, DJ de 23/3/2007.

6

estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.' (Streck, Lênio 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. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, marco/2005, p.180). No mesmo sentido, o Professor Ingo Sarlet: 'A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, (...), um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.' (Sarlet, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005, p. 107.) E continua o Professor Ingo Sarlet: '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 imperativo de tutela ou 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, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo).' (Sarlet, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005, p. 132.)" (grifou-se)

16. A ofensa aos princípios da proporcionalidade, sob o prisma da proibição da proteção deficiente (ou insuficiente) e da dignidade da pessoa humana materializa-se, no caso, pelo empecilho à persecução penal nos crimes de estupro qualificado por lesão corporal grave ou morte, tornando vulneráveis bens jurídicos que da mais alta importância – vida e saúde – sem uma razão suficientemente forte que justificasse a opção legislativa.

17. Sob outro ângulo, a falta de razoabilidade ainda decorre da constatação de que, nos demais crimes definidos na legislação penal, cujos resultados são lesão grave ou morte – ou nos próprios crimes de homicídio e de lesão corporal grave, inclusive culposos –, a ação penal é sempre pública incondicionada. O tratamento diferenciado no delito de estupro qualificado não se sustenta, visto que a conduta antecedente não tem força para atenuar o enorme interesse público decorrente do resultado qualificado.

18. Em razão das considerações expostas, pretende-se que o Supremo Tribunal assente que, no estupro qualificado por morte ou lesão grave, a ação penal será pública incondicionada.

19. Registre-se que o recurso ao art. 101 do Código Penal soará inadequado, uma vez que o novel art. 225 veicula norma posterior e especial em relação à contida naquele dispositivo.

20. Por idêntica razão, certamente surgirá a compreensão de que a Súmula 608 da Corte não se aplica à hipótese.

#### DO PEDIDO LIMINAR

21. A inconstitucionalidade da nova previsão normativa é manifesta, transcendendo a mera plausibilidade jurídica, o que enseja, por si só, periculum in mora.

22. De resto, a nova regra, por ser mais favorável ao réu, retroage em benefício daqueles que já respondiam por crimes de estupro e atentado violento ao pudor perpetrados na forma qualificada (art. 5º, XL, da CF, e art. 2º, parágrafo único, do CP).

23. Portanto, os processos relativos a esses crimes, atualmente em tramitação, passaram a depender da anuência da vítima ou de seu representante legal.

24. O direito de representação está regulado no art. 38 do Código de Processo Penal e no art. 103 do Código Penal, e deve ser exercitado, sob pena de decadência, no prazo de seis meses, contado do dia em que a vítima ou seu representante legal veio a saber quem é o autor do crime.

25. Os processos atualmente em curso apresentam, por óbvio, a identificação dos acusados. Por isso, o referido prazo decadencial passa a fluir não mais da ciência da autoria, mas da entrada em vigor da lei nova, ou seja, do dia 10 de agosto de 2009.

26. Em suma, País afora, promotores de Justiça terão que sair à cata das vítimas ou de seus representantes legais, no sentido de obter, em tempo hábil, a representação. É fácil perceber que, ainda que se empregue um esforço enorme, os acusados da prática de tão grave injusto penal serão certamente beneficiados pelos efeitos da decadência.

27. Nesse sentido é que se formula pedido de concessão de medida liminar, para efeito de se obter, até o desfecho desta ação, a suspensão da eficácia, sem redução de texto, da parte do caput do art. 225 do Código Penal, na redação dada pela Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, que estabelece a exigência de ação penal pública condicionada nos crimes de estupro qualificado por lesão corporal grave ou morte.

#### DO PEDIDO PRINCIPAL

28. O requerente pleiteia ainda que, colhidas as informações necessárias, seja ouvido o Advogado-Geral da União, nos termos do art. 103, § 3º, da Constituição da República, e, em seguida, seja-lhe aberta vista dos autos.

29. Requer, por fim, seja julgado procedente o pedido, a fim de se declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do caput do art. 225 do Código Penal (Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940), na redação que lhe foi conferida pela Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, para excluir do seu âmbito de incidência os crimes de estupro qualificado por lesão corporal grave ou morte, de modo a restaurar, em relação a tais modalidades delituosas, a regra geral da ação penal pública incondicionada (art. 100 do Código Penal e art. 24 do Código de Processo Penal).

Brasília, 14 de setembro de 2009.  
DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA  
SUBPROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA

APROVO:  
ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS  
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

ANEXO 02:

ENTREVISTA COM SALO DE CARVALHO, REALIZADA EM 4 DE SETEMBRO DE 2014, POR MEIO DE CORRESPONDÊNCIA ELETRÔNICA.

- 1) Qual a sua posição sobre o uso do princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente para a interpretação de normas penais?

Há uma questão preliminar, de ordem criminológica, que deve ser problematizada. As normas penais cumprem efetivamente a função de proteção? No caso, de proteção de bens jurídicos? O direito penal cumpre suas funções declaradas (nos termos colocados reiteradamente por Baratta, Pavarini, Zaffaroni e Batista, seguindo a metodologia foucaultiana)? Este discurso de tutela via direito penal, que é o mais corrente entre os teóricos do direito penal, não encontra correspondência na realidade empírica do sistema de justiça criminal. A falácia da função de tutela de bens jurídicos foi amplamente denunciada pela criminologia crítica e mesmo o criminólogo mais ingênuo não aceita esta premissa como absoluta.

Parto de um princípio, que foi desenvolvido por Ferrajoli, que é o da "presunção da irregularidade dos atos dos poderes punitivos". Assim, qualquer ingerência positiva (criminalizadora ou punitiva) deve ocorrer apenas em casos extremos. No entanto, minha perspectiva criminológica se afasta daquela de Ferrajoli no que tange à exclusão dos dados da realidade para a crítica do sistema penal. Desde a perspectiva crítica, o confronto entre funções reais e declaradas se dá no palco social no qual o direito penal intervém.

Colocada a questão nestes termos, penso, com Zaffaroni e Batista, que o direito penal racionaliza e o poder punitivo concretiza uma violência política que deve ser sempre contida, pois tendente ao excesso.

Neste sentido, entendo que o uso da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente possibilita, em sentido geral (teríamos que analisar qual seria o caso de referência), um argumento retórico para potencializar a intervenção punitiva, visto que a função de tutela enunciada não se realiza na prática.

- 2) Qual o seu entendimento sobre a existência de um "garantismo positivo". E quais as possíveis consequências desse garantismo para o trato que o Direito Penal oferece à sociedade?

Na linha argumentativa exposta acima, o modelo denominado "garantismo positivo" é exatamente a instrumentalização (racionalização) do argumento retórico de relegitimação do direito penal. Trata-se, na acepção oferecida por Herrera-Flores e Sanchez Rúbio, de um procedimento de inversão ideológica dos direitos humanos, i.e., instrumentaliza-se um argumento redutor para ampliar a potência do direito penal na sociedade. Esta é a consequência direta do modelo proposto: renovar o arsenal bélico do direito penal.

- 3) Como a criminologia crítica atual, a seu ver, pode rebater a defesa da aplicação do princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente?

Conforme referi, demonstrando a falácia do discurso do direito penal como protetor de bens jurídicos.

- 4) De acordo com o seu entendimento, há a possibilidade de utilizar o princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente sem obter como consequência um aumento de utilização do poder punitivo por parte do Estado?

Creio que está respondido na primeira questão, em relação aos efeitos do uso do princípio.

- 5) Qual o seu entendimento sobre a possibilidade de aplicarmos o princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente em um Estado Democrático de Direito?

Conforme referi, tenho muitas dúvidas e, sobretudo, receios. Receios notadamente pelo tipo de argumento que tenho acompanhado. Teses que contrapõem direitos individuais e direitos sociais, p. ex., e teses que "espiritualizam" determinados bens jurídicos como "segurança pública" e "ordem pública". Aliás, o próprio Ferrajoli não acredita que categorias desta natureza sejam bens jurídicos tuteláveis pelo direito penal e que apenas reforçam a razão de Estado contra a razão de Direito. Mas a análise não pode ser genérica. Talvez (e isso é apenas uma hipótese que deve ser problematizada), no que diz respeito aos valores de referência que conformam o núcleo de intervenção proposto por uma pauta minimalista (bens jurídicos de pessoas concretas, de carne e osso), o uso da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente possa apresentar uma faceta garantidora e não violadora de direitos.