



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

BEM JURÍDICO E PROPORCIONALIDADE: A PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO
DEFICIENTE NO DIREITO PENAL

CELINA MARIA MACEDO

RIO DE JANEIRO
2010

CELINA MARIA MACEDO

BEM JURÍDICO E PROPORCIONALIDADE: A PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO
DEFICIENTE NO DIREITO PENAL

Artigo Científico apresentado à Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro,
como exigência para obtenção do título de
Pós- Graduação.

Orientadores: Prof^a. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares

RIO DE JANEIRO
2010

BEM JURÍDICO E PROPORCIONALIDADE: A PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE NO DIREITO PENAL

CELINA MARIA MACEDO

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Advogada.

Resumo: O princípio da proporcionalidade possui uma dupla face: a proibição de excesso, que aponta para um garantismo negativo; e a proibição de proteção deficiente, reveladora de um dever de proteção estatal positivo. Nesse sentido, como ambas as vertentes do referido princípio são aplicáveis ao direito penal, o dever de proteção dos bens jurídicos penais deve se concretizar também na vedação à atuação insuficiente do Estado, o que acarreta a limitação da liberdade de conformação legislativa. Com base em tais pressupostos, são analisados alguns casos do ordenamento jurídico pátrio, na seara do direito penal, em que há violação à proibição de proteção deficiente, trazendo à baila a discussão acerca da possibilidade de controle da constitucionalidade de tais normas penais.

Palavras-chaves: Princípio da Proporcionalidade. Bem jurídico. Vedação de Proteção Deficiente. Penal. Constitucional.

Sumário: Introdução. 1. O dever de proteção de bens jurídicos pelo direito penal. 2. O princípio da proporcionalidade e a sua dupla face. 2.1. Considerações iniciais sobre a princípio da proporcionalidade. 2.2. O princípio da proporcionalidade sob a ótica da proibição de excesso. 2.3. O princípio da proporcionalidade sob a ótica da proibição de proteção deficiente. 3. Análise de casos do ordenamento jurídico-penal em que se verifica a violação da proibição de proteção deficiente. 3.1. Artigo 225 do Código Penal. 3.2. Artigo 158, §3º, do Código Penal. 3.3. Artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06. 3.4. Artigo 61 da Lei nº 9.099/95 e Artigo 94 da Lei nº 10.741/03. 3.5. Artigo 9º da Lei nº 10.684/03. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o princípio da proporcionalidade sob a ótica da vedação da proteção deficiente no direito penal, no sentido de que os bens jurídicos penais merecem também uma proteção estatal positiva. Nesse ponto, tem como principal desiderato a demonstração de que as normas penais violadoras da cláusula de proibição da proteção

deficiente são incompatíveis com a Constituição da República.

Assim, este estudo enfatiza a necessidade de um enfoque mais amplo no dever de proteção estatal aos bens jurídicos penais para abranger também uma proteção positiva, indo além da função de proteção negativa. Para tanto, analisa-se a dupla face de proteção dos direitos fundamentais para inferir se a violação à Constituição pode advir tanto do excesso como da insuficiência da atuação do Estado.

Nesse contexto, pretende-se demonstrar que há um dever estatal de proteção dos indivíduos contra agressões provenientes de ilícitos penais, o que implica uma limitação na liberdade de conformação legislativa. O estudo envolve também a análise da concepção do bem jurídico à luz do Estado Democrático de Direito e da possibilidade da declaração de inconstitucionalidade de uma norma penal por violação ao dever de proteção a partir da proibição de proteção deficiente.

Busca-se chamar a atenção para a possibilidade de realização da proteção dos bens jurídicos, por intermédio do direito penal, especificamente a partir da cláusula de proibição de proteção deficiente, partindo do pressuposto de que apenas o garantismo negativo, sob a ótica da vedação do excesso, não é suficiente para garantir a concretização dos direitos fundamentais. Há diversos exemplos na legislação penal em que direitos fundamentais dos cidadãos não estão sendo devidamente tutelados pelo Estado em face de agressões provocadas por outros indivíduos. O trabalho se justifica pela necessidade de demonstração do direito de proteção que o cidadão possui, a ser proporcionado pelo Estado, inclusive por meio do direito penal.

Objetiva-se esclarecer que o direito penal não se restringe à garantia da proibição do excesso, de modo que não existe apenas um garantismo negativo, mas também um dever de proteção positivo. Com esse apoio teórico, sem olvidar questões atinentes à liberdade de conformação legislativa e à necessidade de proteção de determinados bens jurídicos pelo

direito penal, inclusive à luz do constitucionalismo contemporâneo, intenciona-se analisar alguns casos do ordenamento jurídico pátrio na seara do direito penal em que há violação à proibição de proteção deficiente.

Desse modo, o estudo traz à baila a discussão acerca da possibilidade de controle da constitucionalidade de normas penais violadoras do princípio da proporcionalidade na vertente da proibição de proteção deficiente, diante da necessidade de proteção estatal positiva de bens jurídicos fundamentais.

Ao longo do artigo, será comprovado que o direito penal também deve ser examinado a partir de um garantismo positivo - no sentido de que há um dever de proteção dos direitos fundamentais, a partir do direito penal, além do garantismo negativo – e será atestado que não há liberdade absoluta de conformação legislativa em matéria penal, cabendo inclusive a submissão da norma penal ao controle de constitucionalidade. Ainda, será analisada a dupla face de proteção dos bens jurídico-penais, quais sejam a proteção tanto contra o excesso como contra a proteção deficiente do Estado, bem como explicitado que a exigência de proteção de determinados bens fundamentais pelo direito penal não se esgota nos direitos individuais, estendendo-se aos bens jurídicos coletivos.

Por fim, restará revelada a possibilidade de controle da constitucionalidade de leis que violam o princípio da proporcionalidade, na ótica da proteção deficiente, como ocorre com o art. 225 do Código Penal; o art. 158, §3º, do Código Penal; o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06; o art. 61 da Lei nº 9.099/95; o art. 94 da Lei nº 10.741/03, e o art. 9º da Lei nº 10.684/03.

1. O DEVER DE PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS PELO DIREITO PENAL

A análise do dever de proteção de bens jurídicos pelo direito penal sob o viés do Estado Democrático de Direito, por meio de um garantismo positivo, bem como a partir da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais e a decorrente teoria dos deveres de proteção, é pressuposto indispensável para fundamentar a incidência do princípio da proporcionalidade sob a ótica da proibição deficiente nesse ramo do direito.

É cediço que a função do direito penal reside na proteção de bens jurídicos, entendidos como bens essenciais ao indivíduo e à comunidade GRECO (2008), sendo que, tradicionalmente, destina-se à tutela de bens jurídicos individuais.

Entretanto, a proteção penal deve ser estendida a bens jurídicos supraindividuais no contexto de um Estado Democrático de Direito, que se destina a assegurar “o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais” MENDES (2009, p. 171).

Contudo, na esteira do que afirma STRECK (2009), as bases dogmáticas dessa nova concepção ainda não foram devidamente delineadas, o que impede a definição esmerada dos bens jurídicos que devem prevalecer em uma escala axiológica para fins de tutela penal. Por tal motivo, em alguns casos, bens jurídicos individuais recebem um tratamento jurídico de cunho axiológico superior àquele dispensado a bens jurídicos coletivos, como ocorre na legislação que trata dos crimes de sonegação fiscal.

É necessário romper a tradição liberal-individualista para que o direito penal se destine efetivamente também à tutela de bens jurídicos coletivos, no sentido de evitar que haja violação à proporcionalidade em virtude de uma proteção deficiente ao bem fundamental constitucionalmente protegido STRECK (2010a).

Assim, se a Constituição busca claramente a proteção de direitos que transcendem a esfera individual para abranger interesses metaindividuais, prevendo um dirigismo estatal com

vistas a implementar direitos sociais, novos valores são erigidos à categoria de bens jurídicos penalmente tuteláveis.

Não se pode olvidar que os bens jurídico-penais devem encontrar respaldo na Constituição, entendida como norma diretiva fundamental MENDES (2009), sendo certo que estarão atrelados ao modelo de Estado Democrático de Direito. Não há, pois, ampla liberdade de conformação legislativa, na medida em que o legislador deve se ater aos comandos constitucionais tanto para criminalizar quanto para descriminalizar condutas, sujeitando-se a norma penal ao controle de constitucionalidade STRECK (2009).

Nesse passo, um dos aspectos do dever de proteção de bens jurídicos pelo direito penal está na máxima de que o Estado não pode se contentar apenas em proteger o indivíduo, exercendo o que se convencionou chamar de garantismo negativo, de proibição do excesso, na medida em que deve também efetivar as garantias constitucionais, de forma a proteger os direitos sociais e coletivos, o que se denomina de garantismo positivo SARLET (2008).

Pode-se afirmar que o dever de proteção de determinados bens jurídicos pelo direito penal decorre desse garantismo positivo, a partir da garantia de proibição de proteção deficiente. A lei deve, por via de consequência, combater as condutas que impedem a concretização dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

Desse modo, o garantismo negativo, função clássica do direito penal, insere-se no contexto do Estado Liberal, ao passo que a dupla face do garantismo decorre do constitucionalismo dirigente do Estado Democrático de Direito, que surge como um efetivador dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, os adeptos do garantismo negativo defendem o princípio da proporcionalidade como proibição do excesso, enquanto os adeptos do garantismo positivo sustentam uma segunda vertente do referido princípio, o da proibição de proteção deficiente.

No contexto de um Estado Democrático de Direito, ao Estado não competem apenas prestações negativas, mas também prestações positivas, a fim de promover a efetivação dos direitos fundamentais. O princípio da proporcionalidade, que originariamente servia de fundamento para a defesa de direitos individuais frente ao Estado, passa a embasar os deveres de proteção estatal.

Esses imperativos de tutela decorrem da dimensão positiva dos direitos fundamentais que sugere o dever de atuação positiva estatal, pela qual o Estado deve intervir de forma preventiva ou repressiva contra agressões, inclusive de particulares, enquanto a dimensão negativa dos direitos fundamentais manifesta-se na imposição de limites à atuação do Poder Público, impedindo ingerências indevidas na esfera dos bens jurídicos fundamentais SARLET (2008).

O garantismo positivo legitimador da aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica da proteção deficiente está intimamente relacionado com a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, na medida em que é este o contexto da teoria dos deveres de proteção.

De acordo com SARLET (2006), amparado na doutrina e na jurisprudência europeias, os direitos fundamentais revelam dupla perspectiva: subjetiva e objetiva. A subjetiva consiste no direito do indivíduo em face do Estado, direito subjetivo individual, ao passo que a objetiva consiste no fato de que os direitos fundamentais são a base axiológica da Constituição e de todo o ordenamento jurídico, típicos elementos objetivos fundamentais da comunidade.

Nessa esteira, os direitos fundamentais, em sua perspectiva objetiva, legitimam que sejam feitas restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, desde que respeitado o mínimo existencial SARLET (2006).

Aponta-se o precedente paradigmático do caso *Lüth*, no qual o Tribunal Constitucional Alemão consignou que os direitos fundamentais não constituem apenas garantias dos interesses individuais, mas também configuram o parâmetro valorativo da atuação positiva estatal SARLET (2003). A vertente objetiva dos direitos fundamentais representaria, assim, um reforço à força jurídica dos direitos fundamentais, não limitados somente aos direitos de defesa, mas verdadeiros valores diretivos da atuação estatal.

Na perspectiva da dimensão objetiva, extrai-se a Eficácia Irradiante dos Direitos Fundamentais, que implica a interpretação conforme a Constituição - princípio hermenêutico e mecanismo de controle de constitucionalidade - e a Filtragem Constitucional, consistindo esta última na releitura das normas infraconstitucionais sob o ângulo dos direitos fundamentais SARMENTO (2004). A interpretação das leis adequada aos direitos fundamentais confere a estes a máxima eficácia.

O efeito de irradiação dos direitos fundamentais está diretamente relacionado com o fenômeno da constitucionalização do direito que, no que tange ao direito penal, impõe uma releitura dos institutos jurídico-penais, inclusive em relação ao princípio da proporcionalidade SARLET (2008).

É nesse contexto, ainda, que surge a Teoria dos Deveres de Proteção, *Schutzpflichten*, como um desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, segundo a qual cabe ao Estado não apenas abster-se, mas também proteger os titulares de direitos contra lesões ou ameaças de terceiros SARLET (2006). Seria a vertente positiva do dever de proteção que, tradicional e historicamente, tinha apenas uma dimensão negativa. Trata-se, pois, de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado ou de função dos direitos fundamentais como imperativo de tutela SARLET (2008).

Consoante aduz SARLET (2003), a teoria dos deveres de proteção na esfera jurídico-penal pode ser vista na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha,

especialmente na decisão concernente à descriminalização do aborto, oportunidade na qual ficou consignado que o dever de proteção estatal do bem fundamental vida deve ser exercido mesmo em face da mãe que pretende interromper a gravidez. E mais, entendeu-se que, em razão da relevância do bem a ser protegido, deve haver um tratamento jurídico-penal para a questão, uma vez que a descriminalização de condutas que atentam contra a vida – como é o caso do aborto – constituem flagrante desrespeito à Constituição. O mesmo entendimento foi adotado pelo Tribunal Constitucional Espanhol e pelo Tribunal Constitucional Português.

Com efeito, nas palavras de SARLET (2008, p. 142-143), os direitos fundamentais apresentam-se como “um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais”.

Desse modo, a omissão estatal ao comando protetivo, representada pela violação desses objetivos básicos e diretivos da atuação positiva, pode configurar uma violação à proteção deficiente ou insuficiente, ferindo o princípio da proporcionalidade.

Esse dever jurídico de proteção dos direitos fundamentais encontra fundamento no próprio Estado Democrático de Direito, bem como no direito fundamental à segurança, expressamente disposto no art. 6º da Constituição da República SARMENTO (2004). É nesse contexto que se insere o dever estatal de proteção dos indivíduos contra agressões provenientes de ilícitos penais.

Conforme ressalta MENDES (2007), os direitos fundamentais, em sua perspectiva objetiva, para além de uma proibição de intervenção, contêm um postulado de proteção, de modo que há a proibição do excesso e a proibição da omissão. Para o referido autor, o dever de proteção se subdivide em dever de proibição, pelo qual o Estado possui a obrigação de proibir determinadas condutas; dever de segurança, segundo o qual o Estado deve adotar medidas diversas com o fim de proteger o indivíduo; e dever de evitar riscos, o que autorizaria o Estado a adotar medidas de proteção e prevenção.

Na seara penal o dever de proteção estatal é mais marcante. O direito penal objetiva a proteção de certos bens jurídicos e, no exercício dessa finalidade, podem advir violações ao princípio da proporcionalidade, decorrentes tanto de uma tipificação penal como de uma ausência de tutela penal ou, ainda, de uma insuficiência de tal tutela.

É por esse motivo que o legislador não possui total liberdade de conformação para definir as condutas que serão tipificadas, as sanções que serão cominadas ou quaisquer outras medidas relacionadas à pretensão punitiva estatal, já que o texto constitucional é o parâmetro a ser utilizado, sob pena de violação da proibição do excesso ou da proteção deficiente SARLET (2008).

Examinadas as bases fundamentais da incidência do princípio da proporcionalidade sob a ótica da proibição de proteção deficiente no direito penal, impõe-se a análise das formas pelas quais o Estado pode afetar um direito fundamental de forma desproporcional, tanto sob a vertente da proibição de excesso como pela ótica da proteção deficiente.

2. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A SUA DUPLA FACE

2.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

De acordo com MENDES (2007), o princípio da proporcionalidade, conforme já proclamado pela doutrina e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, além de constituir um postulado ínsito ao Estado Democrático de Direito, encontra fundamento constitucional na cláusula do devido processo legal, com previsão expressa no art. 5º, LIV, da

Constituição da República. Com efeito, no que diz respeito ao aspecto material do devido processo legal, *due process of law*, os atos normativos devem se revestir de razoabilidade, de forma a proteger os direitos fundamentais.

Assim, não possui o legislador ampla liberdade de conformação legislativa, tendo em vista que a sua discricionariedade deve ser exercida dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos. Desse modo, as normas penais devem estar em consonância com o princípio da proporcionalidade, com vistas a impedir excessos e omissões legislativas que importem violação ao aludido princípio.

Destarte, o vício de inconstitucionalidade material de uma lei ou ato normativo pode resultar tanto de um excesso do poder legislativo quanto de uma omissão legislativa, por violação ao princípio da proporcionalidade, respectivamente, sob a ótica da proibição do excesso e sob a vertente da proibição de proteção deficiente.

2.2. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE SOB A ÓTICA DA PROIBIÇÃO DE EXCESSO

O princípio da proporcionalidade sob a ótica da proibição de excesso - *Übermassverbot* - está diretamente relacionado com o clássico garantismo negativo, segundo o qual compete ao Estado, visto como inimigo dos direitos fundamentais, abster-se de realizar condutas que violem tais direitos, aqui entendidos como direitos de defesa.

Trata-se da vertente do princípio da proporcionalidade afinada com os ideais do liberalismo, quais sejam os de proteção do indivíduo frente ao poder estatal. Para STRECK

(2008), destina-se a limitar a intervenção do direito penal e maximizar a proteção das liberdades, preocupando-se com criminalizações desproporcionais.

Desse modo, na vertente da proibição de excesso, o princípio da proporcionalidade é um instrumento de suma importância para verificar se a lei penal não impõe um sacrifício excessivo aos direitos fundamentais. Nesse ponto, não há controvérsia acerca da possibilidade de uma lei penal que restringe excessivamente um direito fundamental ser objeto de controle de constitucionalidade.

É por isso que o princípio da proporcionalidade configura um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais. Segundo MENDES (2007), é o que se denomina Teoria dos Limites Imanentes dos Direitos Fundamentais, segundo a qual o legislador, quando restringe direitos fundamentais, deve observar o seu núcleo essencial, isto é, impedir a ocorrência de restrições casuísticas e aplicar o princípio da proporcionalidade como critério limitador das restrições de direitos.

Para a verificação da legitimidade da medida restritiva, o princípio da proporcionalidade - sob a ótica da proibição de excesso - desdobra-se nos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Pelo requisito da Adequação, o meio é adequado quando se mostrar apto a promover o resultado desejado. Pelo requisito da Necessidade, Exigibilidade, Proibição do Excesso ou da Menor Ingerência Possível, os meios utilizados para atingir os fins visados devem ser os menos gravosos para o indivíduo. Pela Proporcionalidade em sentido estrito, devem ser sopesadas as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim, importando uma verdadeira análise da relação custo-benefício da medida BARROSO (2004).

Portanto, a norma penal deve representar uma intervenção proporcional nas liberdades individuais, sob pena de ser considerada inconstitucional, já que consiste em medida restritiva de direitos fundamentais.

A despeito de a proibição de excesso ser entendida, há muito, como sinônimo de proporcionalidade, o princípio em questão não se esgota nessa conhecida faceta, revelando-se também como fundamento da proibição de proteção deficiente, devido à função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela, obrigando o Estado ao exercício de um dever de proteção, inclusive por intermédio do direito penal.

2.3. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE SOB A ÓTICA DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE

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.

Trata-se da vertente do princípio da proporcionalidade afinada com os ideais do Estado Democrático de Direito, quais sejam os de concretização das garantias constitucionais a partir de um imperativo de tutela. Para SARLET (2008), destina-se a assegurar a proteção de um bem fundamental, bem como a impedir a atuação estatal insuficiente, a fim de garantir uma proteção de modo minimamente eficaz, evitando-se frustrar o dever de proteção.

Cuida-se, pois, de uma política integral de proteção dos direitos, porquanto o dever de proteção estatal passa a abranger tanto uma proteção negativa, contra abusos estatais, ao limitar o poder de intervenção do Estado, como uma prestação positiva, ao atuar de forma ativa na tutela da segurança e demais direitos fundamentais, de modo a proteger a sociedade

contra agressões de terceiros. A proteção dos direitos fundamentais deve ser exercida, então, em favor do cidadão frente ao Estado e em favor do cidadão por intermédio do Estado.

Desse modo, o Estado, além de deter a função de proteção das liberdades negativas, obriga-se a promover a concretização dos direitos prestacionais e a proteger a sociedade contra as consequências danosas dos comportamentos delitivos. Há, pois, segundo STRECK (2008), um dever estatal de tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos em face da violência perpetrada por outros, inclusive por meio do direito penal.

Desse modo, na vertente da proibição de proteção deficiente, o princípio da proporcionalidade é um instrumento de suma importância para verificar se a lei penal ou até mesmo a ausência de uma lei penal implica a violação do dever estatal de proteção dos direitos fundamentais. Nos dizeres de SARLET (2008, p. 150), “o princípio da proibição de insuficiência atua como critério para aferição da violação de deveres estatais de proteção e dos correspondentes direitos de proteção.”

De acordo com SARLET (2008), o Tribunal Constitucional Alemão manifestou-se acerca da proibição de insuficiência quando proferiu a segunda decisão sobre o aborto, ocasião em que se posicionou no sentido da vinculação do legislador a esse postulado quando da implementação do dever de proteção, de tal sorte que as medidas adotadas deveriam ser suficientes para uma proteção adequada e eficaz.

A partir do paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito, a liberdade de conformação legislativa resulta restringida pela vinculação do legislador à proibição de insuficiência. A Constituição é o parâmetro para a atuação do legislador, tendo em vista que desempenha uma função diretiva para o Estado, relacionando os bens fundamentais que devem ser objeto de proteção estatal, e até mesmo pelo direito penal, como o faz expressamente em relação aos crimes hediondos.

Há controvérsia acerca da possibilidade de uma lei penal que representa uma proteção insuficiente a direito fundamental ser objeto de controle de constitucionalidade. Isso porque, conforme afirma STRECK (2010b), o entendimento ainda majoritário na doutrina é no sentido da impossibilidade de extirpação do ordenamento jurídico, via controle de constitucionalidade, de leis penais favoráveis ao réu, sob o argumento de que haveria ofensa ao princípio da legalidade, fortemente permeado pelo garantismo negativo.

Para STRECK (2010b), é possível a declaração de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado e difuso sempre que a lei favorável ao réu importar violação à Constituição e aos tratados internacionais firmados pelo Brasil. O autor sustenta, ainda, a possibilidade de que juízes e tribunais apliquem as ferramentas de interpretação conforme a Constituição e de declaração de nulidade parcial sem redução de texto em relação à lei penal benéfica inconstitucional.

Com efeito, FELDENS (2005) leciona que as normas que introduzem no ordenamento jurídico uma situação de desproporcionalidade extrema entre bens jurídicos protegidos devem ser afastadas, porque inválidas, com fundamento na proibição de proteção deficiente.

Compete ao Judiciário exercer o controle de compatibilidade da norma com o texto constitucional quando o legislador não tiver feito uso correto de sua discricionariedade. Se é certo que o legislador deve criminalizar e descriminalizar condutas à luz dos mandamentos constitucionais, bem como estabelecer penas proporcionais à gravidade do delito, ao juiz é atribuído o importante papel de não conferir aplicabilidade a uma norma que entenda ser incompatível com a Constituição.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal já se reconheceu a incidência dessa vertente do princípio da proporcionalidade. O pioneirismo do destaque ao garantismo positivo coube ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em voto proferido no Recurso Extraordinário nº

418.376, no qual se discutia se o convívio da vítima de crime sexual com o seu agressor legitimaria a aplicação da causa de extinção de punibilidade prevista no art. 107, VIII, do Código Penal.

Para o aludido Ministro, a equiparação ao casamento da situação de convívio narrada no caso concreto, para fins de aplicação da referida causa de extinção da punibilidade, configuraria blindagem de uma situação repudiada pela sociedade por meio de norma penal benéfica, o que caracterizaria hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, mais especificamente pelo Poder Judiciário, que está obrigado a proteger a dignidade das pessoas.

No voto em questão foi destacado que, para além do consagrado garantismo negativo, o princípio da proporcionalidade também abarca um garantismo positivo, sob a faceta da proibição de proteção deficiente, de suma importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, naqueles casos em que o Estado não pode se furtar à aplicação do direito penal para a proteção de bens fundamentais.

No julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 3510, acerca da regulamentação das pesquisas com células-tronco, o mesmo Ministro entendeu que o art. 5º da Lei 11.105/05 viola o princípio da proporcionalidade sob a ótica da proteção deficiente por deixar de instituir um órgão central responsável pela aprovação de pesquisas e terapias envolvendo células-tronco embrionárias. Por isso, manifestou-se pela necessidade de se conferir uma interpretação aditiva ao dispositivo em questão, de modo a exigir a prévia autorização do Comitê Central de Ética e Pesquisa para a realização de tais atividades, a fim de atender aos princípios da responsabilidade e da proporcionalidade.

Enfim, a despeito de já encontrar eco na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a elaboração dogmática da vertente da proibição de proteção deficiente do princípio da proporcionalidade está longe de equivaler àquela concernente à vertente da proibição de excesso, visto que se trata de uma noção mais recente.

Contudo, SARLET (2008), valendo-se das lições de Christian Calliess, aponta que é possível delinear o referido princípio em três etapas. A primeira consistiria na análise da adequação, isto é, se a medida prevista ou adotada para a tutela do direito fundamental é apta a proteger de modo eficaz o bem protegido. A segunda seria uma análise acerca da existência de outros meios de proteção mais eficazes e menos interventivos em interesses de terceiros ou da coletividade. A terceira e última envolveria uma investigação acerca das consequências da efetivação das medidas de proteção ponderadas com a necessidade de preservação de outros bens fundamentais.

Registre-se que a proteção deficiente não se esgota na omissão do Estado, embora seja a forma mais comum de descumprir com o imperativo de tutela estabelecido constitucionalmente. Dessa feita, pode ocorrer de o legislador atuar de modo a descriminalizar determinada conduta e, com esse comportamento, violar a proibição de proteção insuficiente SARLET (2008).

De qualquer forma, a norma penal deve estar coadunada com o dever jurídico estatal de proteção dos direitos fundamentais - verdadeiros imperativos de tutela - inclusive diante de agressões perpetradas por terceiros.

Cumprido, então, analisar alguns casos do ordenamento jurídico-penal em que se verifica a violação da proibição de proteção deficiente que, como visto, deveriam sujeitar-se ao controle de constitucionalidade por inobservância da proporcionalidade.

3. ANÁLISE DE CASOS DO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL EM QUE SE VERIFICA A VIOLAÇÃO DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE

3.1. ARTIGO 225 DO CÓDIGO PENAL

O primeiro caso do ordenamento jurídico-penal a ser abordado relaciona-se com a Lei nº 12.015/09, que alterou diversos dispositivos da Parte Especial do Código Penal, notadamente o Título VI, que trata dos crimes contra a dignidade sexual.

A regra anterior era no sentido de que a ação penal seria de iniciativa privada, sendo pública condicionada à representação se a vítima fosse pobre e pública incondicionada nos casos de abuso do pátrio poder e de estupro com violência real, sendo esta última hipótese objeto do enunciado nº 608 da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal.

Sob a égide da Lei nº 12.015/09, a regra atual passou a considerar a ação penal pública condicionada à representação, nos termos do caput do art. 225 do Código Penal, com previsão de ação penal pública incondicionada para as hipóteses de vítima menor de dezoito anos e vulnerável, de acordo com o parágrafo único do art. 225 do referido diploma legal.

Com base na nova redação legal, surgiram vozes, a exemplo de NUCCI (2009), sustentando que o enunciado 608 não mais subsistiria, de modo que em caso de estupro de pessoa adulta, ainda que cometido com violência, a ação seria de iniciativa pública condicionada à representação.

Entretanto, GRECO (2010b) entende – e com maior razão – que permanece aplicável o enunciado 608 do Supremo Tribunal Federal, concluindo ser a ação penal de iniciativa pública incondicionada sempre que o delito de estupro for cometido com emprego de violência real, sendo certo que seria exigida a representação somente quando o crime fosse cometido mediante grave ameaça.

Desse modo, a interpretação do atual artigo 225 do Código Penal à luz do referido enunciado é a que melhor se coaduna com o princípio da proporcionalidade sob a ótica da proibição de proteção deficiente. Não se pode cogitar que o legislador, visando à proteção da vítima e ao recrudescimento do tratamento dispensado aos autores de crimes contra a dignidade sexual, tenha retrocedido para exigir a representação quando antes não era necessária, isto é, criado um empecilho para a instauração da persecução penal.

Outro aspecto da Lei nº 12.015/09, ainda no tocante ao artigo 225, diz respeito à exigência de representação para os casos de estupro com resultado morte. Com efeito, o estupro com resultado morte está previsto no Capítulo I, do Título VI do Código Penal e, nos termos do que dispõe o *caput* do art. 225, a ação penal dos crimes dispostos no referido Capítulo é de iniciativa pública condicionada à representação.

Admitir-se essa modalidade de ação penal para o caso de estupro com resultado morte tornaria o crime impune na hipótese de a vítima não possuir cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, pessoas que poderiam legitimamente exercer o direito de representação, conforme prevê o art. 24, §1º, do Código de Processo Penal.

De acordo com as lições de GRECO (2010b), a hipótese deve ser de ação penal pública incondicionada, em consonância com os princípios da razoabilidade, da proibição do retrocesso social e da conformação do legislador ordinário com a Constituição. Deve-se aplicar, portanto, a técnica de interpretação conforme a Constituição.

De fato, este é um exemplo contundente da limitação da conformação legislativa oriunda da aplicação do princípio da proporcionalidade na vertente da proibição de proteção deficiente no direito penal. A repressão aos crimes contra a dignidade sexual decorre do imperativo constitucional de defesa dos direitos e garantias fundamentais, que não pode ser desrespeitado pelo legislador ordinário, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade.

3.2. ARTIGO 158, §3º, DO CÓDIGO PENAL

O segundo caso do ordenamento jurídico-penal a ser estudado diz respeito ao crime de extorsão qualificada pela restrição de liberdade da vítima, previsto no art. 158, §3º, do Código Penal, incluído pela Lei nº 11.923/09, mais conhecido como o crime do “sequestro relâmpago”, consistente na prática criminosa pela qual o agente restringe a liberdade da vítima para que ela, por exemplo, saque dinheiro e faça compras com cartão de crédito.

Antes da Lei nº 11.923/09, o crime de extorsão admitia apenas as formas qualificadas pelo resultado lesão grave ou morte, ambas descritas no art. 158, §2º, do Código Penal. Desse modo, caso houvesse restrição de liberdade da vítima, a jurisprudência majoritária, conforme destaca GRECO (2010a), orientava-se no sentido de que se tratava de extorsão do *caput* do art. 158, podendo caracterizar a forma qualificada do §2º do art. 158 quando resultasse morte, hipótese em que o crime seria hediondo.

Todavia, em 2009, o legislador tipificou no §3º do art. 158 do Código Penal o sequestro relâmpago como hipótese de extorsão qualificada, na qual a extorsão é cometida mediante a restrição de liberdade da vítima como condição necessária para a obtenção da vantagem econômica indevida. Previu também, no mesmo dispositivo, os resultados lesão corporal grave e morte como qualificadores da extorsão com privação de liberdade da vítima.

Ocorre que, fazendo isso, acabou por conferir um tratamento mais benéfico para os autores do crime de sequestro relâmpago. Isso porque apenas o art. 158, §2º, do Código Penal, que tipifica a extorsão qualificada pela morte, é previsto como crime hediondo, nos termos do art. 1º, III, da Lei nº 8.072/90. Já o art. 158, §3º, do mesmo diploma legal, 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, antes da inclusão do dispositivo em comento, o crime de sequestro relâmpago com resultado morte era tipificado no art. 158, §2º e, portanto, era considerado hediondo, com as implicações penais e processuais correspondentes. Hoje a conduta se amolda à descrição típica do art. 158, §3º, sendo que o legislador, por descuido, deixou de proceder à alteração do art. 1º, III, da Lei 8.072/90 para incluir o novo caso de extorsão qualificada no rol dos crimes hediondos.

Desse modo, um crime mais grave – extorsão mediante restrição de liberdade com resultado morte – recebe 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 afronta o princípio da proporcionalidade, sendo certo que o objetivo do legislador era reprimir uma conduta criminosa cuja prática vem se difundindo na sociedade brasileira.

O dever de tutela do bem jurídico imposto pelo texto constitucional resultou esvaziado por meio de uma conduta contraditória do legislador de pretender reforçar a proteção da sociedade contra tal comportamento e, ao mesmo tempo, retirar o seu caráter hediondo antes amplamente aceito pelos tribunais pátrios.

Registre-se que o tratamento do crime de sequestro relâmpago com resultado morte é bem menos severo do que o dispensado aos crimes de extorsão e roubo também com resultado morte.

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.

3.3. ARTIGO 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06

O artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 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.

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

Desse modo, o legislador desatendeu o comando constitucional ao estabelecer a possibilidade de uma diminuição de pena, que, de tão drástica, pode resultar em uma pena mínima inferior a dois anos, o que é incompatível com o tratamento mais severo desejado pela Constituição. Registre-se que a diminuição máxima de pena no montante de dois terços somente encontra equivalente legal na Parte Especial do Código Penal em relação ao crime de furto privilegiado, o que revela a incoerência do legislador nesse ponto.

De acordo com STRECK (2010b), o crime de tráfico de drogas é tão grave e reprovável que a insuficiência da punição, decorrente da aplicação do dispositivo em tela,

equivale à impunidade e à não aplicação do comando constitucional de criminalizar. Para o autor, ainda, o legislador banaliza a punição na contramão dos ditames constitucionais, que apontam de forma explícita para uma atuação eficiente do Estado na repressão de tal crime.

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 direito fundamental da coletividade à segurança pública resultar desprotegido.

Portanto, cuida-se de mais uma hipótese no direito penal de violação ao princípio da proporcionalidade na sua vertente de proibição de proteção insuficiente.

3.4. ARTIGO 61 DA LEI Nº 9.099/95 E ARTIGO 94 DA LEI Nº 10.741/03

Os Juizados Especiais Criminais possuem competência para o processo e julgamento das infrações de menor potencial ofensivo, nos termos do art. 60 da Lei nº 9.099/95 e do art. 2º da Lei nº 10.259/01.

De acordo com o art. 61 da Lei nº 9.099/95, com redação dada pela Lei nº 11.313/06, consideram-se infrações de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa.

No contexto de um Estado Democrático de Direito, o direito penal deve alcançar as condutas que prejudicam a realização dos objetivos constitucionais do Estado, violam direitos fundamentais, ofendem bens jurídicos atinentes à autoridade estatal e ferem a dignidade humana, consoante preleciona STRECK (2010b). Aqui reside a importância da diferenciação entre bens jurídicos individuais e transindividuais ou sociais.

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.

De fato, o legislador conferiu o mesmo tratamento dispensado às contravenções penais a crimes que tutelam bens jurídicos de extrema relevância social. A título exemplificativo, STRECK (2009) enumera os crimes de abuso de autoridade, contra o meio ambiente, contra a ordem tributária, contra crianças e adolescentes, de porte ilegal de arma de fogo e de licitações.

Nesse passo, o autor afirma, acertadamente, que não se pode adotar um critério homogêneo diante de infrações penais heterogêneas, como ocorreu com o critério legal ora analisado, o que autoriza a aplicação da técnica de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto para excluir certos tipos penais do conceito de infração de menor potencial ofensivo.

A mesma tese vale para o caso do art. 94 da Lei nº 10.741/03, segundo o qual é aplicado o procedimento da Lei nº 9.099/95 para os crimes definidos no Estatuto do Idoso cujas penas máximas privativas de liberdade não ultrapassem quatro anos.

É flagrante a violação à proibição de proteção deficiente, na medida em que o dispositivo em comento autoriza a utilização de mecanismos previstos na Lei nº 9.099/95, a exemplo da transação penal, para crimes qualificados pelos resultados morte e lesão corporal

grave, como ocorre, respectivamente, com os delitos previstos no parágrafo único do artigo 97 e no parágrafo primeiro do artigo 99, ambos da Lei nº 10.741/03.

A despeito de a Constituição determinar, em seu artigo 230, que é dever do Estado assegurar a dignidade das pessoas idosas e garantir-lhes o direito à vida, o artigo 94 do Estatuto do Idoso viola o princípio da proporcionalidade sob a ótica da proibição de proteção deficiente, tendo em vista que a lei simplesmente denomina as infrações penais como sendo de menor potencial ofensivo sem qualquer análise do bem jurídico protegido pelo tipo penal.

3.5. ARTIGO 9º DA LEI Nº 10.684/03

O último caso a ser estudado também representa uma violação à proibição de proteção deficiente, porque, em síntese, o art. 9º da Lei nº 10.684/03, ao permitir a extinção da punibilidade pelo pagamento integral do débito, estimulou a sonegação e deixou de proteger suficientemente o bem jurídico supraindividual tutelado pelos crimes fiscais que é ínsito à idéia de Estado Social, no qual a arrecadação de tributos é de curial importância para a consecução das políticas públicas.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente artigo, buscou-se justificar a aplicação do princípio da proporcionalidade - sob a ótica da proibição de proteção deficiente - no âmbito do direito

penal, no sentido de que os bens jurídicos penais merecem também uma proteção estatal positiva. Desse modo, teve-se como principal desiderato a demonstração de que as normas penais violadoras da cláusula de proibição de proteção deficiente são incompatíveis com a Constituição da República.

Nesse sentido, considerando que o Estado Democrático de Direito está relacionado com o exercício do dever geral de efetivação dos direitos fundamentais por um imperativo de tutela, esclareceu-se que o garantismo negativo, representativo da vedação do excesso, não é suficiente para garantir a concretização dos direitos fundamentais, pelo que se reputou imprescindível a proteção dos bens jurídicos, por meio do direito penal, a partir da cláusula de proibição de proteção deficiente, o que revela a existência de um garantismo positivo.

Assim, procurou-se evidenciar que o princípio da proporcionalidade, na vertente da proibição de proteção deficiente, configura um instrumento de suma importância para verificar se a lei penal ou até mesmo a ausência de uma lei penal importa a violação do dever estatal de proteção dos direitos fundamentais.

Conforme salientado durante este estudo, a violação à Constituição pode advir do excesso ou da insuficiência do Estado. Nesse contexto, sustentou-se haver restrições à liberdade de conformação legislativa, visto que a Constituição é o parâmetro para a atuação do legislador, o qual está vinculado à proibição do excesso e à proibição de proteção deficiente. Por esse motivo, a norma penal deve estar coadunada com o dever jurídico estatal de proteção dos direitos fundamentais, inclusive diante de agressões perpetradas por terceiros.

Por fim, a partir da análise de casos do ordenamento jurídico-penal pátrio, concluiu-se pela possibilidade de utilização de mecanismos de controle de constitucionalidade, a exemplo da interpretação conforme a Constituição e da declaração de nulidade parcial sem redução de texto, para corrigir violações à proporcionalidade oriundas da proteção deficiente.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição da República, DE 05 DE OUTUBRO DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17. jun. 2010.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, DE 07 DE DEZEMBRO DE 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 17. jun. 2010.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, DE 13 DE OUTUBRO DE 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 17. jun. 2010.

BRASIL. Lei nº 8.072, DE 26 DE JULHO DE 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 17. jun. 2010.

BRASIL. Lei nº 9.099, DE 27 DE SETEMBRO DE 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 17. jun. 2010.

BRASIL. Lei nº 10.259, DE 13 DE JULHO DE 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 17. jun. 2010.

BRASIL. Lei nº 10.684, DE 31 DE MAIO DE 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.684.htm>. Acesso em: 17. jun. 2010.

BRASIL. Lei nº 10.741, DE 03 DE OUTUBRO DE 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 17. jun. 2010.

BRASIL. Lei nº 11.105, DE 28 DE MARÇO DE 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm>. Acesso em: 17. jun. 2010.

BRASIL. Lei nº 11.343, DE 24 DE AGOSTO DE 2006. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 17. jun. 2010.

BRASIL. Lei nº 11.923, DE 17 DE ABRIL DE 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11923.htm>. Acesso em: 17. jun. 2010.

BRASIL. Lei nº 12.015, DE 10 DE AGOSTO DE 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm>. Acesso em: 17. jun. 2010.

BRASIL. Enunciado nº 608 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, DE 29 DE OUTUBRO DE 1984. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>. Acesso em: 17. jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 418.376. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Publicado no DOU de 23.03.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3510. Relator: Min. Ayres Britto. Publicado no DOU de 28.05.2010.

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

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 10. ed. Niterói: Impetus, 2008.

GRECO, Rogério. Adendo - Lei nº 11.923/2009: tipifica o chamado sequestro relâmpago. Disponível em: <<http://www.editoraimpetus.com.br>>. Acesso em: 16. jun. 2010a.

GRECO, Rogério. Adendo - Lei nº 12.015/2009: dos crimes contra a dignidade sexual. Disponível em: <<http://www.editoraimpetus.com.br>>. Acesso em: 18. jun. 2010b.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a Dignidade Sexual: comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista de Estudos Criminais*. Sapucaia do Sul, n. 12, p. 86 e segs, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. *Revista da AJURIS*, n. 109, v. 35, p. 139 e segs, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Bem Jurídico e Constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>. Acesso em: 21. dez. 2009.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. *O Direito Penal e o Princípio da Proibição de Proteção Deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*, 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2008. Disponível em: <http://bdtd.unisinos.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=721>. Acesso em: 10. jun. 2010a.

STRECK, Lenio Luiz. *O Dever de Proteção do Estado (schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes”?* Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>. Acesso em: 16. jun. 2010b.