



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Princípio da Vedação à Proteção Deficiente

Eduardo Faria Fernandes

Rio de Janeiro
2011

EDUARDO FARIA FERNANDES

Princípio da Vedação à Proteção Deficiente

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

Orientadores: Prof. Guilherme Sandoval

Prof^ª. Katia Silva

Prof^ª. Mônica Areal

Prof^ª. Néri Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2011

PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE

Eduardo Faria Fernandes

Graduado pela Faculdade Nacional de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ.
Advogado.

Resumo: Após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, o ordenamento jurídico penal brasileiro vem se deixando permeado pelo direito constitucional. A doutrina garantista, neste aspecto, merece destaque em respeito à sua grande influência neste processo. Ao longo desses 20 anos, o direito penal - material e processual - tem concentrado sua preocupação com a efetivação dos direitos e com o respeito às garantias constitucionais do criminoso. Contudo, não se pode esquecer que, se por um lado, é dever do Estado conceder um tratamento humano e digno ao autor do delito, por outro, não pode essa política implicar na ausência de proteção efetiva às vítimas e à sociedade em geral. A essência desse trabalho é discutir o Princípio da Vedação à Proteção Deficiente como o aspecto positivo da doutrina Garantista, demonstrando que a sociedade carece de efetiva proteção por parte do Estado, uma vez que o referido princípio não vem sendo observado nem pelo legislador, nem pela jurisprudência pátria.

Palavras-chave: Princípios Penais. Princípio da Proporcionalidade. Garantismo Penal. Vedação à Proteção Deficiente.

Sumário: Introdução. 1. A Doutrina Garantista do Direito Penal. 2. O Princípio da Vedação à Proteção Deficiente. 2.1 Histórico e Conceito. 2.2 Funções. 3. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto trata especificamente do princípio da vedação à proteção deficiente, conceito desenvolvido originariamente no direito germânico, mas que aos poucos vem sendo internalizado pela doutrina pátria, como mecanismo voltado, no âmbito constitucional, à aplicação do princípio da proporcionalidade na efetivação dos direitos fundamentais, enquanto, na seara penal, como uma resposta aos excessos do aspecto negativo do garantismo penal.

A análise tanto da legislação, quanto da jurisprudência, revela a preocupação do Estado com os direitos e garantias dos agentes criminosos, em detrimento dos direitos, também constitucionalmente conferidos à coletividade.

Por outro lado, atualmente, a realidade social brasileira, marcada por uma vertiginosa escalada de violência, requer que se repensem as formas de elaboração e aplicação das normas de forma a garantir aos bens jurídicos mais relevantes a devida proteção.

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.

A questão principal a nortear o desenvolvimento deste artigo é esclarecer os equívocos, apontando soluções às distorções dogmáticas em matéria penal-constitucional presentes na doutrina pátria, que ao tentar dar a máxima efetividade a alguns dos direitos e garantias insculpidos na Constituição, acaba por violar outros de mesma hierarquia.

A população se vê abandonada tanto pelo legislador quanto pelo judiciário. Por um lado as leis, cada vez mais apontam na direção de uma política de despenalização e diminuição do caráter punitivo do direito penal. Por outro lado, a jurisprudência, ao seu turno, vem adotando o mesmo posicionamento, deixando, por questão de política criminal, de prover a necessária e suficiente proteção à sociedade.

Nesse contexto, o tema abordado apresenta enorme relevância. Pois, pretende-se demonstrar que existe uma premente necessidade de compatibilizar direitos e garantias constitucionalmente conferidos ao cidadão, seja ele ofensor ou ofendido.

Ante ao exposto, objetiva-se com o presente trabalho uma abordagem crítica tanto sobre os desdobramento e aplicação do princípio da vedação à proteção deficiente como instrumento apto a corrigir a política criminal brasileira.

No decorrer deste artigo restará comprovado através da análise da melhor doutrina sobre o tema a necessidade de uma mudança no foco de toda política criminal desse país.

1. A DOUTRINA GARANTISTA DO DIREITO PENAL

Apesar de não ser o objetivo deste trabalho discutir as questões relativas à Doutrina Garantista do Direito Penal, é importante que alguns conceitos sejam esclarecidos para a melhor compreensão da real importância do tema central.

O direito penal é ramo da ciência jurídica voltado ao desempenho de duas funções essenciais. A princípio, proteger os bens jurídicos que a sociedade considera fundamentais, notadamente, vida, liberdade e propriedade. Em segundo lugar, garantir os direitos da pessoa humana frente ao poder punitivo do Estado.

Para Luiz Flávio Gomes¹ essa relação entre a necessidade de proteção dos bens jurídicos relevantes por um lado, e por outro, de garantir a efetividade dos direitos fundamentais do indivíduo, desemboca naturalmente no questionamento dos limites a serem impostos ao poder punitivo estatal.

Nesse embate, a doutrina garantista reflete um modelo de direito que preconiza uma liberdade regrada frente a um poder estatal limitado.

A Teoria do Garantismo Penal conforme idealizada por Luigi Ferrajoli², é um modelo normativo de direito que surgiu no campo do direito penal como um sistema de limites ao poder punitivo estatal em garantia dos direitos e liberdades do indivíduo como fundamento de uma teoria de democracia constitucional. Vincula-se, portanto, ao mesmo tempo, ao conceito de Estado de Direito, revelando-se um modelo jurídico destinado a limitar e evitar a arbitrariedade do poder estatal e a concepção de um “direito penal mínimo”.

Segundo o Dr. Alvaro Stipp³, Procurador da República junto ao TRF da 3ª Região, o Garantismo:

[...] nasce representando a base da filosofia liberal que retira do saber jurídico – comprometido com a defesa da liberdade – a necessidade de minimizar a violência exercida pelo poder punitivo do Estado: as garantias penais e processuais são as técnicas para tornar efetiva essa exigência de redução de violência e domínio punitivo. As garantias penais (taxatividade, materialidade, estrita legalidade, princípio da *ultima ratio*,

¹ GOMES, Luiz Flávio. *Limites do "ius puniendi" e bases principiológicas do garantismo penal*. Disponível em: <<http://www.lfg.blog.br>>. Acesso em: 10 de abril de 2011.

² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 258

³ STIPP, Alvaro. *Garantismo*. Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Garantismo>>. Acesso em: 14 de março de 2011.

etc.) afetam a configuração legal do delito e tendem, inclusive, a reduzir a esfera de atuação do próprio Poder Legislativo naquilo que ele possa sancionar (a esfera dos delitos) e imputação de penas. As garantias processuais (presunção de inocência, contraditoriedade, paridade de armas, *in dubio pro reo*, ônus da prova, publicidade, juiz natural, devido processo legal, etc.) afetam a comprovação judicial do fato punível e procuram reduzir ao máximo o arbítrio de quem desempenhe as tarefas estatais.

O Garantismo, em seu aspecto negativo, pretende adequar o Direito Penal aos princípios que garantem uma existência digna ao indivíduo, de forma a assegurar direitos e garantias tanto àquele que se encontre processado ou condenado quanto aos demais integrantes da sociedade frente aos poderes punitivos do Estado.

No que toca aos direitos e garantias fundamentais, compete às Constituições elencarem o respectivo rol, definindo o objeto e os limites do direito penal nacional. Nesse diapasão, sem sombra de dúvida, é a Constituição da República de 1988 uma Constituição Garantista.

O Garantismo Penal propõe uma releitura na elaboração e aplicação das leis à luz dos princípios fundamentais constitucionais e universais, apenas admitindo como legítima a restrição da liberdade individual quando o poder do Estado estiver limitado e vinculado aos princípios constitucionais, tais como legalidade, previsibilidade, segurança jurídica, igualdade e proporcionalidade.

Para Ferrajoli⁴ a expressão garantismo deve ser entendida sob três diferentes acepções: como doutrina de filosofia política; como modelo de direito; e como teoria jurídica.

Nesse sentido, Alvaro Stipp⁵ ensina:

Conseqüência da filosofia política do garantismo é um certo modelo normativo de direito com base na submissão à lei de todos os poderes estatais: o direito com sistema de garantias. O conceito garantista de ordem jurídica, portanto, coincide novamente com a ideologia do Estado Constitucional de Direito: o direito é um sistema de limites, vínculos e determinações ao poder político (as garantias) para a proteção de bens,

⁴ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 315.

⁵ STIPP, *op. cit.*, p. 2.

interesses respaldados pelos direitos subjetivos individuais, coletivos, ou mesmo difusos, quando estão em jogo as necessidades essenciais dos seres humanos, vale dizer, quando diga respeito ao interesse público primário.

Insta salientar que o modelo normativo de Ferrajoli reconhece dez axiomas para que um sistema normativo-penal possa ser considerado garantista, revelando condições imprescindíveis para que se estabeleça legitimamente a responsabilização penal e a aplicação da sanção.

Os três primeiros axiomas refletem garantias em relação à pena:

1) *Nulla poena sine crimenem* = é o princípio da retributividade, ou seja, só pode haver pena se houver a prática de um crime;

2) *nullum criminem sine legem* = é o princípio da legalidade, que determina ser a lei o único instrumento apto a prescrição de condutas penalmente típicas.

Para Ferrajoli⁶, a base de sua doutrina é o princípio da legalidade, sendo através dele que se visualiza o garantismo.

A soma desses dois primeiros axiomas implica em reconhecer que: não a pena sem crime e não a crime sem lei.

3) *nulla lex penalis sine necessidade* = é o princípio da necessidade, ou princípio da intervenção mínima, ou seja, o direito penal só deve intervir quando for este necessário.

As próximas garantias 3 princípios dirigem-se à tipificação penal:

4) *nulla necessitas sine injuria* = é o princípio da lesividade (ou ofensividade), defendendo que não há necessidade de crime quando não há lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico tutelado.

⁶ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 170.

5) *nulla injuria sine actio* = assim, desse axioma extrai-se o chamado princípio da exterioridade da ação, de forma a se proibir o direito penal do autor, vedando a punição de posturas internas e o estilo de vida do cidadão, pois só haverá lesão ao em jurídico na medida que houver um comportamento que exteriorize essas posturas internas, essa forma de pensar, ou mesmo esse estilo de vida.

6) *nulla actio sine culpa* = deste axioma decorre o princípio da culpabilidade.

Por fim, as 4 últimas garantias destinam-se ao processo:

7) *nulla culpa sine iudicium* = ou seja, o reconhecimento de culpa pressupõe decisão judicial após a observância do devido processo legal. É o princípio da jurisdicionalidade.

8) *nullum iudicium sine accusationi* = deste axioma decore o princípio acusatório, vedando que o magistrado haja de ofício, necessitando do exercício de um direito de ação para que possa, eventualmente, reconhecer culpa.

9) *nulla acusation sine probatione* = este é o princípio do ônus da prova, que no direito penal compete, ao menos, inicialmente ao Ministério Público.

10) *nulla probation sine defensioni* = é o princípio do contraditório.

Assim, pode o garantismo, em apertada síntese, ser descrito da seguinte forma: não há pena sem crime; não há crime sem lei; não há lei sem necessidade. Não há necessidade sem uma concreta lesão ao bem jurídico; não há essa lesão sem uma conduta; não há essa conduta sem culpa. Apenas é possível o reconhecimento de culpa por órgão judicial; necessitando o órgão judicial de ser provocado; sendo necessário que a provocação tenha base em provas; sendo que as provas só existiram se submetidas ao contraditório.

Portanto, basta dizer que o garantismo preconiza a utilização de um direito penal mínimo, resumindo-se na previsão de um máximo de bem estar para o não delinqüente, e um mínimo de mal estar para o delinqüente.

Ultrapassadas estas questões iniciais, resta claro que no Brasil, doutrina e jurisprudência, têm desvirtuado o garantismo idealizado por Ferrajoli.

O Dr. Vlamir Costa Magalhães, Juiz Federal do TRF da 2ª Região, a abordar o tema, denominou esse fenômeno de “Garantismo à Brasileira”:

Há quem afirme que essa equivocada visão tem encontrado amparo, em parte, na jurisprudência dos tribunais superiores, no contexto do que se pode chamar de “garantismo à brasileira”, que nada mais é senão um discurso legitimador da impunidade por meio da desmedida exaltação da liberdade individual e do abuso do direito de defesa. Sobre o tema, precisa e integralmente correta é a conclusão de Lenart, segundo o qual, diante de tantos empecilhos que têm sido criados nesse campo minado que é o combate à delinqüência dourada, seria mais sincero e coerente que os tribunais renunciassem, de uma vez por todas, aos recentes contorcionismos retóricos que tem causado tanta perplexidade. Agindo dessa forma, poderiam, por exemplo, simplesmente rechaçar genericamente a possibilidade de decretar a prisão preventiva em casos de colarinho branco, por ausência de risco socialmente relevante. Lenart afirma ainda que tal medida iria de encontro à ardente reivindicação de parcela dos estudiosos pátrios que veem, na livre e desenvolta atuação de empreendedores desonestos, corruptos empedernidos e roedores de recursos públicos, uma ameaça significativa à ordem pública. Assim, em prevalecendo tal “garantismo à brasileira”, seria finalmente consagrado o lema, segundo o qual: onde não há sangue, não há realmente crime, mas apenas deslizos e contratemplos fiscais e mercadológicos.⁷

A crítica acima se destina aqueles que focam sua atenção exclusivamente no aspecto negativo da doutrina garantista, ou seja, aquele que preconiza a intervenção mínima do Estado, esquecendo-se completamente de sua perspectiva positiva.

⁷ MAGALHÃES, Vlamir Costa. *O garantismo penal integral*. Enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. Disponível em: < <http://jus.uol.com.br/revista/texto/19127/o-garantismo-penal-integral>>. Acesso em: 10 de abril de 2011.

2. O PRINÍPIO DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE

Antes de adentrar propriamente no tema, se faz necessário analisar alguns aspectos iniciais para que seja possível sua melhor compreensão.

2.1 EVOLUÇÃO E CONCEITO

Neste trabalho não se pretende questionar a doutrina do Garantismo Penal de Ferrajoli.

Pelo contrário, é evidente que o Direito Penal deve ser considerado *ultima ratio*, e que em virtude das consequências socialmente danosas da sua utilização os direitos e garantias dos acusados devem ser observadas em sua plenitude.

O equívoco que este artigo pretende apontar está exclusivamente no âmbito da aplicação desvirtuada daquela doutrina às hipóteses concretas. Doutrina e jurisprudência pátrias tem justificado as mais diversas interpretações quando da aplicação do direito positivo aos casos concretos. Partindo de premissas mal compreendidas, tem chegado a conclusões, *data venia*, equivocadas justificando-as sob uma iluminação garantista, sem, no entanto, preocupar-se com o real sentido na acepção de Ferrajoli.

A doutrina predominante no Brasil preocupa-se exclusivamente com o aspecto negativo do garantismo, caracterizando o que, em virtude de representar uma idéia apenas *parcial* dos ideais garantistas, foi pelo ilustre Procurador da República junto ao TRF da 4ª Região, Dr. Douglas Fischer denominado de “Garantismo hiperbólico monocular”:

Precisamos ser sinceros e incisivos (sem qualquer demérito a quem pensa em contrário): têm-se encontrado muitas e reiteradas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais com simples *referência* aos ditames do “*garantismo penal*”, sem que se compreenda, na essência, qual a extensão e os critérios de sua aplicação. Em muitas situações, ainda, há distorção dos reais pilares fundantes da doutrina de Luigi Ferrajoli (*quicá* pela *compreensão não integral* dos seus postulados). Daí que falamos que se tem difundido um *garantismo penal unicamente monocular e hiperbólico*, evidenciando-se de forma isolada a necessidade de proteção *apenas* dos *direitos* dos cidadãos que se vêem processados ou condenados. Relembremos: da leitura que fizemos, a grande razão histórica para o surgimento do *pensamento garantista* (que aplaudimos e concordamos, insista-se) decorreu de se estar diante de um Estado em que os direitos fundamentais não eram minimamente respeitados, especialmente diante do fato do sistema totalitário vigente na época.⁸

Nesse sentido, cumpre ressaltar que o garantismo penal não se esgota numa visão de coibir excessos estatais.

Os axiomas de Ferrajoli não se destinam a uma aplicação exclusiva na proteção do cidadão frente aos excessos do Estado na utilização de seus poderes, não se revelando adequado, à luz da Constituição de 1988, que se invoque a aplicação exclusiva do que se tem chamado de “garantismo negativo”.

A partir do momento que o Estado brasileiro assumiu a forma de Estado Democrático de Direito se obrigou com a sociedade, de forma que o direito penal passa ter de ser examinado também a partir de um garantismo positivo.

Se por um lado o Estado não pode se valer do *ius puniendi* para praticar arbitrariedades atentatórias aos princípios basilares da Constituição, por outro, no chamado Estado Democrático de Direito, tem o dever de proteção integral de todos os direitos, não

⁸ FISCHER, Douglas. *Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade*: Breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. Disponível em: <[http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/hllDocumentaPeriodicos 122009.pdf](http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/hllDocumentaPeriodicos%20122009.pdf)>. Acesso em: 10 de abril de 2011.

havendo mais como se falar apenas em uma função de proteção negativa do Estado, ou seja, aquela contra os abusos estatais.

Assim, pode-se dizer que ao Estado compete a defesa da sociedade, protegendo-a de todos os tipos possíveis de agressões.

Cabe, portanto, ao direito penal servir, tanto no controle aos excessos dos Poderes Constituídos, quanto no combate à criminalidade.

Nesse sentido, o mestre na matéria, Lenio Luiz Streck⁹ entende haver uma espécie de dupla face de proteção dos direitos fundamentais, a proteção negativa, que tutelas as ações excessivas, e a proteção positiva contra omissões estatais.

Por um lado, o Estado deve buscar proteger seus cidadãos dos excessos em suas próprias condutas, pois não pode o Poder Público se intrometer excessivamente, além do justificável, na esfera individual. Assim, há um dever de abstenção, de não fazer algo.

Por outro, não se pode deixar de reconhecer a existência de um dever estatal de agir quando necessário à proteção da população, pois alguns dos direitos constitucionalmente garantidos exigem condutas positivas do Estado para sua efetivação.

É preciso o autor ao afirmar que:

Na verdade, a tarefa do Estado é defender a sociedade, a partir da agregação das três dimensões de direitos – protegendo-a contra os diversos tipos de agressões. Ou seja, o agressor não é somente o Estado. O Estado não é único inimigo! Registre-se, nesse sentido, a doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ou de sua eficácia perante terceiros, produto de uma constatação básica e evidente: a de que os direitos fundamentais também são violados por particulares, e não apenas pelo Estado. No caso do direito penal, é exatamente essa a relação que se tem: uma pessoa física violando direito fundamental de outra.¹⁰

⁹ 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: <www.mpes.gov.br/.../14_2114957161772008_O%20dever%20de%20proteção%20do%20Estado.doc>. Acesso em: 10 de abril de 2011.

¹⁰ Idem. *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. *Brasília*: Revista Jurídica Virtual, vol. 2, n. 13, junho/1999.

No mesmo sentido, Ingo Sarlet:

não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente a 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, em que encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.¹¹

Assevera o autor:

O Estado - também na esfera penal - poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É nesse sentido que – como contraponto à assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência têm admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*).¹²

Não se pode, portanto, olvidar a respeito da existência de uma obrigação positiva estatal quanto a efetivação dos direitos fundamentais, dentre eles o direito à segurança, que desde 1988 consta do rol positivado no *caput* do art.5º da CRFB.

A discussão a cerca da existência de um dever estatal de proteção, segundo Lenio Streck¹³, surgiu na Alemanha, em 1975 quando foi promulgada lei que descriminalizou o aborto.

Segundo o mesmo autor, naquela oportunidade o Tribunal Constitucional Alemão pela primeira vez fez a distinção entre a proibição de excessos e a vedação à proteção deficiente:

Assim, na Alemanha, há uma distinção entre os dois modos de proteção de direitos: o primeiro – o princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) – funciona como proibição de intervenções; o segundo – o princípio da proibição de proteção insuficiente

¹¹ SARLET, Ingo. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. In: Revista de Estudos Criminais n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul: Editora Nota Dez, 2003, p. 86.

¹² *Ibid.*, p. 88.

¹³ 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: <www.mpes.gov.br/.../14_2114957161772008_O%20dever%20de%20proteção%20do%20Estado.doc>. Acesso em: 10 de abril de 2011.

(*Untermassverbot*) – funciona como garantia de proteção contra as omissões do Estado, isto é, será inconstitucional se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.¹⁴

Dessa feita, foi no julgamento de recurso no qual se discutia a descriminalização do aborto na Alemanha que um Tribunal Constitucional pela primeira vez efetivamente fundamentou sua decisão no Princípio da Vedação à Proteção Deficiente. Lenio Streck ao comentar essa decisão faz a seguinte análise:

A efetiva utilização da *Untermassverbot* (proibição de proteção deficiente ou insuficiente) na Alemanha deu-se com o julgamento da descriminalização do aborto (BverfGE 88, 203, 1993), com o seguinte teor:

"O Estado, para cumprir com o seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que permitam alcançar – atendendo à contraposição de bens jurídicos – uma proteção adequada, e como tal, efetiva (*Untermassverbot*). (...)

É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência (...). Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. *Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis. [...]*¹⁵

Nesse julgamento o Tribunal Constitucional Alemão jogou uma pá de cal sobre as dúvidas que pairavam sobre a existência ou não de um direito fundamental de proteção. Segundo Streck¹⁶, tal direito corresponde àquele dever de proteção do estado, que para efeitos de estudo deve ser dividido em seus três aspectos: o *Verbotspflicht*, que significa "o dever de se proibir uma determinada conduta"; o *Sicherheitspflicht*, que significa, que o Estado tem o dever de proteger o cidadão contra ataques provenientes de terceiros, sendo que, para isso, tem o dever de tomar as medidas de defesa; e o *Risikopflcht*, pelo qual o Estado, além do dever de proteção, deve atuar com o objetivo de evitar riscos para o indivíduo”.

¹⁴ *Ibid.* p.1

¹⁵ *Ibid.* p.7

¹⁶ *Ibid.* p.8

Ou seja, nem sempre o agressor será o próprio Estado. Realmente, para as hipóteses em que o próprio Poder Público esteja, com sua conduta, viole direito fundamental do indivíduo a muito tempo não se questiona a respeito da sindicabilidade de tais atos.

Entretanto, é certo que em outros casos, são os próprios indivíduos que violam os direitos alheios. Em tais casos, também existe um dever estatal de proteção dos indivíduos, pois, na verdade, sua tarefa é defender a sociedade, a partir da agregação das três dimensões de direitos – protegendo-a contra os diversos tipos de agressões.

Caso o legislador na criação do direito penal ou, o Executivo e o Judiciário na sua aplicação, se omitam ou violem essa proteção haverá hipótese de violação ao compromisso constitucional da “proibição de proteção deficiente”.

Partindo de premissas distintas, mas chegando às mesmas conclusões Roxin leciona que o direito penal serve, simultaneamente, como limitação ao poder de intervenção do Estado, como ferramenta de combate ao crime. Portanto, com a mesma intensidade, deve proteger o indivíduo de uma repressão desmedida por parte do Estado, bem como, proteger igualmente a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo. Para esse autor, são dois os componentes do direito penal: a) o correspondente ao Estado de Direito e protetor da liberdade individual; b) e o correspondente ao Estado Social e preservador do interesse social mesmo à custa da liberdade do indivíduo.¹⁷

Assim, o Estado pode agir contrariamente à Constituição Federal de pelo menos duas formas distintas.

Na primeira hipótese, para a efetivação de seu dever de proteção o Estado ataca desproporcionalmente direito fundamental que pode nesse caso ser tanto do autor do delito

¹⁷ Roxin, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Lisboa: Veja Universitária, 1998, p. 76.

quanto da vítima. Tais casos ensejam a aplicação do princípio da proporcionalidade, em seu aspecto positivo, como critério de controle de constitucionalidade.

Na segunda hipótese, pode o Estado faltar com seu dever de proteção por atuar de forma insuficiente, seja deixando de prover o mínimo de proteção constitucionalmente exigido, ou mesmo por ausência de qualquer atuação.

Seguindo esse entendimento Lenio Streck resume brilhantemente:

Sintetizando, em nossa compreensão, embora construídos por premissas e prismas um pouco diversos, o princípio da proporcionalidade (em seus dois parâmetros: o que não ultrapassar as balizas do excesso e da deficiência é *proporcional*) e a teoria do garantismo penal expressam a mesma preocupação: o *equilíbrio* na proteção de *todos* (individuais ou coletivos) *direitos e deveres* fundamentais expressos na Carta Maior. Quer-se dizer com isso que, em nossa *compreensão (integral) dos postulados garantistas*, o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a eficiência e segurança, evitando-se a impunidade. O *dever de garantir a segurança* não está em apenas *evitar* condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas também (segundo pensamos) na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito, e, em sendo o caso, da punição do responsável. Se a *onda* continuar como está, poderá varrer por completo a também necessária proteção dos interesses sociais e coletivos. Então poderá ser tarde demais quando constataremos o equívoco em que se está ocorrendo no presente ao se maximizar exclusiva e parcialmente as concepções fundamentais do *Garantismo Penal*.¹⁸

Posto isto, é possível conceituar o Princípio da Vedação à Proteção Deficiente como sendo um critério com bases constitucionais que, como aspecto positivo do princípio da proporcionalidade, atua como parâmetro de controle das omissões estatais.

Segundo Luiz Flávio Gomes:

Por força do princípio da proibição de proteção deficiente nem a lei nem o Estado pode apresentar insuficiência em relação à tutela dos direitos fundamentais, ou seja, ele cria um dever de proteção para o Estado (ou seja: para o legislador e para o juiz) que não pode abrir mão dos mecanismos de tutela, incluindo-se os de natureza penal, para assegurar a proteção de um direito fundamental. O princípio da proibição de proteção

¹⁸ 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 constitucionais. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=66&Itemid=40>. Acesso em: 20 de abril de 2011.

deficiente emana diretamente do princípio da proporcionalidade, que estaria sendo invocado para evitar a tutela penal insuficiente.¹⁹

Gilmar Mendes faz a seguinte consideração:

os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção [...], expressando também um postulado de proteção [...]. Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de omissão (Untermassverbot). Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção: [...] (b) Dever de segurança [...], que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas; [...] Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental. [...].²⁰

Ao fazer menção à “proibição de omissão” na transcrição supra, o Ministro Gilmar Mendes revela este segundo aspecto dos direitos fundamentais, que, além de implicar uma abstenção do Estado no que concerne a intervenções desnecessárias na esfera individual dos seus cidadãos, acarreta para o Poder Público o dever de agir quando necessárias medidas para a proteção e efetivação dos direitos individuais e coletivos.

2.1 FUNÇÃO DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE

O Princípio da Proibição de Proteção Deficiente esta é exercer o controle tem grande utilidade como mecanismo de controle de constitucionalidade. Quanto a possibilidade de

¹⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da proibição de proteção deficiente*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 16 de março de 2011.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Brasília: Revista Jurídica Virtual, vol. 2, n. 13, junho/1999.p25.

controle de constitucionalidade sobre normas penais, cumpre ressaltar que não há, pois, qualquer ressalva na Constituição Federal que afaste a norma penal da obrigatoriedade de estar em consonância com os ditames constitucionais.

Corroborando a esse entendimento Lenio Streck afirma:

Ora, nenhum campo do direito está imune a essa vinculação constitucional. Conseqüentemente, na medida em que a Constituição figura como o alfa e o ômega do sistema jurídico-social, ocorre uma sensível alteração no campo de conformação legislativa. Ou seja, a partir do paradigma instituído pelo novo constitucionalismo e a partir daquilo que o Estado Democrático de Direito representa na tradição jurídica, o legislador não mais detém a liberdade para legislar que tinha no paradigma liberal-iluminista.²¹

Assim, revelam-se propícias à aplicação da *untermassverbolte* aquelas situações em que se está diante de uma situação em que estejam ameaçados os níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos. Deve, portanto, a proibição de proteção deficiente servir como critério no julgamento se determinado ato estatal violou ou não aquele seu dever fundamental de proteção. Em sendo positiva a resposta estará caracterizada a inconstitucionalidade do questionado ato.

De acordo com o entendimento de que a proporcionalidade pode ser analisada sob um duplo aspecto, fica claro que a inconstitucionalidade pode encontrar duplo fundamento, explicando, pode decorrer tanto de conduta que viole a proibição de excesso, quanto por aquela que viole a proibição de proteção deficiente 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. Em qualquer das duas hipóteses o ato deverá ser reputado desproporcional.

²¹ 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 constitucionais. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=66&Itemid=40>. Acesso em: 20 de abril de 2011.

Streck considera que “este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como conseqüência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.”²²

Nesse sentido, o legislador infra-constitucional estaria limitado em sua liberdade de conformação legislativa pelo princípio da proporcionalidade. Ou seja, não poderia criar lei nova que, ainda sob o argumento de efetivar direitos e garantias fundamentais, reduzisse a proteção já existente.

Ademais, a Constituição Federal deve ser interpretada de forma a se garantir a máxima efetividade de suas normas. Em assim sendo, não cabe ao interprete optar acerca de quais normas merecem tal interpretação, pois à todas as suas normas, por terem formalmente a mesma hierarquia, deve ser garantida a máxima efetividade possível.

Por fim, insta salientar que existem ao menos dois precedentes da aplicação do Princípio da Vedação à Proteção Deficiente no Supremo Tribunal Federal.

O Tribunal Supremo, quando da análise do Rext de n ° 418.376, foi reconhecida a inconstitucionalidade do art. 107, VII do Código Penal, que trazia o favor legal de extinção da punibilidade, nos crimes contra os costumes, pelo casamento do agente com a vítima, considerando em tal dispositivo teria o legislador protegido de forma insuficiente o bem jurídico dignidade da pessoa humana.

O Min. Gilmar Ferreira Mendes fundamentou sua decisão justamente na violação do Princípio da Proibição de Proteção Deficiente (*Untermassverbot*).

²² Ibid.

Esse julgamento tem enorme valor simbólico tendo em vista representar um aviso ao legislativo, no sentido de que ao legislador ordinário não é facultado uma liberdade absoluta para concessão de favores legais aos delinquentes.

O último julgamento no qual a vedação à proteção deficiente fundamentou decisão do plenário do STF ocorreu no caso do julgamento a respeito da constitucionalidade da utilização de células-tronco embrionárias no desenvolvimento de novas tecnologias genéticas (ADIn 3510), mais uma vez, pelo Ministro Gilmar Mendes:

O presente caso oferece uma oportunidade para que o Tribunal avance nesse sentido. O vazio jurídico a ser produzido por uma decisão simples de inconstitucionalidade/nulidade dos dispositivos normativos impugnados torna necessária uma solução diferenciada, uma decisão que exerça uma “função reparadora” ou, como esclarece Blanco de Moraes, “de restauração corretiva da ordem jurídica afetada pela decisão de inconstitucionalidade”. Seguindo a linha de raciocínio até aqui delineada, deve-se conferir ao art. 5º uma interpretação em conformidade com o princípio da responsabilidade, tendo como parâmetro de aferição o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Conforme analisado, a lei viola o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) ao deixar de instituir um órgão central para análise, aprovação e autorização das pesquisas e terapia com células-tronco originadas de embrião humano. O art. 5º da Lei n.º 11.105/2005 deve ser interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, deve ser condicionada à prévia aprovação e autorização por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde. Entendo, portanto, que essa interpretação com conteúdo aditivo pode atender ao princípio da proporcionalidade e, dessa forma, ao princípio da responsabilidade.²³

3. CONCLUSÃO

A promulgação da Constituição Federal de 1988 implicou uma completa modificação na estrutura do Estado brasileiro. Considerada uma constituição social e dirigente,

²³ BRASIL. *Ação declaratória de constitucionalidade 3510*. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Carlos Ayres Brito. Publicado no DOU de 30 de maio de 2005.

não apenas consagrou direitos dos cidadãos, mais do que isso, reconheceu como dever do Estado a efetivação desses direitos.

A noção de Estado Democrático de Direito adotada pela Constituição impõe o abandono dos radicalismos oriundos da concepção de Estado liberal, pois se quando da concepção desse as liberdades individuais representavam os bens jurídicos fundamentais, a partir deste novo paradigma não só essas merecem a proteção do direito. O Estado social, principalmente sob a égide de uma Constituição dirigente como a brasileira, impõe que aos direitos seja conferida efetividade, pois estes não podem ser considerados promessas inseqüentes do legislador constituinte.

Atualmente, não é mais suficiente a proteção negativa do Estado, exigindo-se deste atuação positiva. Há a necessidade de que, além da proteção do indivíduo contra os excessos estatais, efetive-se por meio do Estado a proteção dos indivíduos contra eles mesmos.

Ao longo deste trabalho buscamos trabalhar a importância de uma análise crítica sobre o dever estatal de prover uma proteção eficiente aos indivíduos. Com esse objetivo, analisou-se a ótica majoritariamente difundida na doutrina pátria sobre a doutrina garantista de Ferrajoli e como sua interpretação “hiperbólica e monocular” ignora o referido dever de proteção. Em seguida, ficou demonstrado o conceito do princípio da vedação à proteção deficiente e sua função como critério de julgamento da constitucionalidade dos atos estatais.

Disso pode-se concluir pela indissociabilidade da vedação à proteção deficiente e a visão do garantismo em seu aspecto negativo. Considerando que todos os direitos constitucionalmente garantidos são dotados de efetividade, não é possível que o Estado, a pretexto de oferecer ao indivíduo proteção contra seus próprios excessos, retirar ou deixar de

oferecer-lhe a necessária proteção. Nesse aspecto, a proteção aos direitos fundamentais deve ser integral.

Encampando este entendimento o Supremo Tribunal Federal já vem aplicando a vedação à proteção deficiente como critério para determinação do grau de inconstitucionalidade por violação ao dever de proteção.

Em fim, chega-se à conclusão de que é fundamental que se analise o direito penal sob um enfoque constitucional para que não se admita que este esteja em contradição com a Constituição.

Nesse diapasão, deve ficar claro que a Constituição é o fundamento de validade de todas as normas que integram o ordenamento pátrio. Sendo assim, o direito penal deve estar de acordo com os mandamentos constitucionais. Por conseguinte, é dever do legislador num primeiro momento, e do judiciário, posteriormente, dar a resposta proporcionalmente mais adequada às situações concretas.

Posto isso, considerando a realidade nacional na qual de um lado se distinguem leis que “pegam” e leis que “não pegam” e de outro se torna cada vez mais evidente o descrédito na justiça, revela-se crucial que a doutrina e a jurisprudência pátrias abracem essas idéias.

Com efeito, tanto legisladores quanto magistrados devem levar em consideração a vedação à proteção deficiente no desempenhar de suas funções para que desta forma seja garantida a tutela integral dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. São Paulo: Renovar, 2000.

BITTENCOURT, Lucio. *O controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. São Paulo, Saraiva, 2004.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

FELDENS, Luciano. *Tutela Penal dos Crimes do Colarinho Branco*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Lisboa: Coleção Veja Universitária, 1998.

GOMES, Luiz Flávio. *Limites do "ius puniendi" e bases principiológicas do garantismo penal*. Disponível em: <<http://www.lfg.blog.br>>. Acesso em: 10 de abril de 2011.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. *O garantismo penal integral*. Enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19127/o-garantismo-penal-integral>>. Acesso em: 10 de abril de 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Brasília: Revista Jurídica Virtual. Vol. 2, n. 13, junho/1999.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2001-03-03.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SARLET, Ingo. "Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência." In: *Revista de Estudos Criminais* n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul: Editora Nota Dez, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

STRECK, Lenio Luiz ; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003 .

_____ *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/index2.php?option=com_docman&task=docview&gid=66&Itemid=40>. Acesso em: 22 de abril de 2011.

_____ “A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais”. In: *Revista da Ajuris*, n. 97, p. 171-202.