

A proibição de proteção deficiente

JULIANA VENTURELLA NAHAS GAVIÃO

Introdução: 1. O contexto histórico-cultural em que surge a proibição de proteção deficiente. 2. A estrutura normativa do princípio da proporcionalidade. 3. Os contornos jurídico-constitucionais do princípio da proteção deficiente. 4. Os princípios parciais do princípio da proporcionalidade à guisa da proibição de proteção deficiente. 5. Aplicação do princípio da proibição de proteção deficiente.

INTRODUÇÃO

A idéia da presente investigação deve-se à importância que assume o princípio da proporcionalidade, notadamente na sua face da proibição de proteção deficiente, nesta quadra da história, em que os direitos fundamentais encerram o principal objetivo do Estado e assumem a posição de núcleo do Estado Democrático de Direito.

O princípio da proibição de proteção deficiente surge como uma nova face do princípio da proporcionalidade, ao lado de seu já sedimentado viés da proibição de excesso, e encontra amparo nesse novo modelo de Estado, que deverá dar a resposta para as necessidades de segurança de todos os direitos, inclusive de ordem prestacional.

O tema igualmente encontra importância na crise de operacionalidade que atravessa o direito, bem como na mudança de paradigma em que se insere, na medida em que não mais se subsume na função de resolver conflitos de natureza individual, em face dos direitos de natureza metaindividual, o que representa uma necessária visão sistemática do direito para que se busque a efetiva proteção e realização dos direitos fundamentais de todas as dimensões.

Assim, o que se pretende no presente estudo é, em um primeiro momento, situar o surgimento desta face do princípio da proporcionalidade no contexto histórico-social, para que se compreenda sua gênese e seu papel fundamental no direito constitucional.

Em um segundo momento, será analisada a estrutura normativa do princípio da proporcionalidade, o que contribuirá a título de pré-compreensão à análise do objeto desta investigação.

Posteriormente, serão examinados os contornos jurídico-constitucionais do princípio da proteção deficiente, e, ainda, os princípios parciais do princípio da proporcionalidade enquanto proibição de insuficiência.

E por fim, será analisada a aplicação do princípio da proibição de proteção deficiente, a partir do exame de alguns casos concretos da *praxis* jurídica atual.

1 – O CONTEXTO HISTÓRICO-CULTURAL EM QUE SURGE A PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE

É indiscutível que vivenciamos hoje uma crise de operacionalidade do direito, o que subjaz à persistência de conduzirmos os problemas jurídicos atrelados ao paradigma liberal-individualista – construído para o tão-só enfrentamento das questões individuais, e não comportando, no entanto, os conflitos de natureza metaindividual, que surgem no cenário jurídico a partir da transição do Estado Liberal para o Estado Social, e que vêm alcançando proporções consideráveis nesta quadra da história atual.

A problemática que se instaura deve-se muito ao apego excessivo a um formalismo normativista que existe ainda nessa quadra história, em plena era do Estado Democrático de Direito, em que se constata uma ausência de compreensão do direito visto como um todo, de modo sistemático, em que se pretenda a busca da *vontade axiológica do sistema*¹, à luz dos ditames constitucionais, mediante o uso da hermenêutica jurídica.²

¹ Expressão utilizada por Juarez Freitas [Cf. FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3 ed. Porto Alegre: Malheiros Editores, 1995, p.26].

² Juarez Freitas sustenta a improdutividade do critério da subsunção mecânica ou da automática vinculativamente das normas jurídicas, na medida em que estas técnicas esbarram nas necessárias investigações acerca da mínima legitimidade e da “nuclear correção valorativa do sistema. Ainda, chama a atenção para a constante superação da vontade do legislador na prática jurídica, especialmente no campo decisória, pelo que denomina a *vontade axiológica do sistema*, que deve ser buscada a partir da ponderação ou da axiológica hierarquização [FREITAS. *A interpretação sistemática do direito*..., p. 26]. Ainda, para que se compreenda o sentido de sistema (jurídico) que aqui se quer alcançar, destaca-se o conceito de sistema jurídico de Juarez Freitas: “uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição” [Cf. *Ibidem*, p. 54].

Transformando-se o Estado, antes absenteísta, em guardião dos direitos fundamentais do cidadão, passou este a ter como função precípua a proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (individuais, metaindividuais), o que acarreta o surgimento de um novo modelo de proteção de direitos, que vem exatamente acompanhar sua evolução histórico-social.

Por esta razão dizer-se que não mais se pode falar em uma função exclusivamente negativa do Estado, como outrora, o que STRECK chama de garantismo negativo³, devendo ser exigido, do mesmo modo, a partir de uma interpretação sistemática do direito, à luz dos mandamentos constitucionais, a defesa dos cidadãos contra os poderes sociais de fato. Segundo BARATTA, esse novo modelo de Estado deverá dar a resposta para as necessidades de segurança de todos os direitos, inclusive de ordem prestacional (direitos sociais, econômicos e culturais), e não somente daqueles direitos chamados de prestação de proteção, em particular contra agressões de natureza delitiva praticada por determinadas pessoas.⁴

Fala-se, portanto, na superação do modelo clássico de garantismo negativo exclusivo, o que, em verdade, corresponde a apenas uma das faces do princípio da proporcionalidade, como se este fosse apenas voltado à proibição de excesso por parte do Estado (*Übermassverbotes*)⁵.

Veja-se que no contexto histórico e constitucional atual devemos ter clara a noção de proporcionalidade, uma vez que, como bem assevera JUAREZ FREITAS, seria difícil compreender ou explicar a aplicação do direito sem a descoberta do princípio da proporcionalidade, na medida em que esta se encontra além da subsunção tradicional daqueles que mantêm a dicotomia coisificadora entre sujeito e objeto.⁶

Segundo SARLET, a proporcionalidade não pode se esgotar na categoria da proibição de excesso, porque vinculada, da mesma forma, a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive contra agressões de terceiros. Isso porque estamos diante de dimensões que reclamam maior densificação, principalmente no que tange aos desdobramentos da denominada proibição de insuficiência no campo penal e, do mesmo modo, na área da política criminal.⁷

³ Cf. STRECK, Lenio Luiz. A dupla face da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista clássico. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 10 de setembro de 2006.

⁴ Citado por STRECK, op. cit., p. 20.

⁵ Cf. STRECK, op. cit., p. 21.

⁶ Cf. FREITAS. *A interpretação sistemática do direito...*, p. 57.

⁷ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 10 de setembro de 2006.

Por outro lado, percebe-se que a crise do Estado, do Direito e da cidadania termina por gerar reflexos imediatos no âmbito dos direitos fundamentais, e não somente no que tange à sua efetivamente, mas, da mesma forma, no próprio reconhecimento destes e confiança na função que representam em uma sociedade democrática de direito.⁸

Os direitos fundamentais não se limitam à sua forma de direitos subjetivos de defesa dos cidadãos contra atos do poder público, constituindo, além disso, decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição (exurgindo daí sua dimensão objetiva), com eficácia em todo ordenamento jurídico, e pautando todos os atos dos poderes públicos⁹.

E mais, é a partir destas digressões que se afirma conterem os direitos fundamentais uma ordem dirigida ao Estado, na medida em que a ele incumbe a obrigação indiscutível de realizar e proteger estes direitos, não somente de atos abusivos ou excessivos do Estado, mas, da mesma forma, protegê-los contra agressões de particulares – função intrínseca aos direitos fundamentais denominada pela doutrina como imperativos de tutela¹⁰.

Segundo SARLET, “com o reconhecimento de uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, não se está fazendo referência ao fato de que qualquer posição jurídica subjetiva pressupõe, necessariamente, um preceito de direito objetivo que a preveja. Assim, podemos partir da premissa de que, ao versarmos sobre uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, não estamos considerando esta no sentido de um mero ‘reverso de medalha’ da perspectiva subjetiva.”¹¹ Nesse raciocínio, prossegue salientando que a faceta objetiva dos direitos fundamentais está a significar que é outorgada função autônoma às normas que estabelecem direitos subjetivos, que transcende a perspectiva subjetiva, além de acarretar o reconhecimento de conteúdos normativos e, assim, de funções distintas aos direitos fundamentais.¹²

Essa dimensão objetiva dos direitos fundamentais tem reflexo direto no campo do direito penal, notadamente porque este constitui uma dos mais importantes meios pelos quais o Estado realiza a proteção dos direitos fundamentais.

Inclusive, foi nesta seara que o Tribunal Constitucional Alemão, pela primeira vez, reconheceu a teoria dos deveres de proteção, e, consequen-

⁸ Cf. *Ibidem*.

⁹ Cf. *Ibidem*.

¹⁰ Citado por *Ibidem*.

¹¹ Cf. *Ibidem*.

¹² Cf. *Ibidem*.

temente, reconheceu o princípio da proibição de proteção deficiente, a partir da paradigmática (segunda) decisão sobre o aborto, que será comentada oportunamente¹³.

Nessa linha, então, o que segue tem em mira apresentar os elementos da estrutura do princípio da proporcionalidade, entendidos como necessários para a correta compreensão da proibição de proteção insuficiente e, evidentemente, para aplicação dessa proibição no direito penal.

2 – A ESTRUTURA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A compreensão da estrutura normativa do princípio da proporcionalidade é a chave para o alcance da teleologia e do próprio conteúdo dogmático do que se pretende com o reconhecimento do preceito da proibição da proteção deficiente, já que este é decorrência lógica (na medida em que representa uma de suas faces) daquele.

Antes, contudo, uma questão em favor da precisão terminológica. O que se pretende destacar é se efetivamente o *princípio* da proporcionalidade corresponde a algo que se identifica com o significado atribuído a expressão *princípio* no sentido de um mandamento de otimização que deve ser cumprido conforme as possibilidades fáticas e normativas, conforme a lei da ponderação.

A respeito dessa questão, Alexy diz que a expressão *princípio*, empregada no conceito de “princípio de proporcionalidade”, que não se confunde com a noção de princípio que comporta uma ponderação, conforme a *teoria dos princípios*. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são ponderadas, mas satisfeitas ou não-satisfeitas no caso concreto. O caso não é de ponderação como se dá com os princípios, mas de satisfação ou não-satisfação como ocorre na hipótese de conflito entre as regras. Nessa linha, a conclusão de Alexy é que os três *princípios parciais* da proporcionalidade devem ser entendidos como *regras*¹⁴. Ao examinar esse aspecto terminológico, Leivas emprega o conceito de preceito (*Grundsatz*)

¹³ Cf. BverfGE 88, 203 (254). In: SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução Beatriz Hennig et al. Montevideo: Fundação Konrad-Adenauer, 2005, p. 273-294.

¹⁴ Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 112.

para distingui-lo de princípio (*Prinzip*), referindo-se ao “preceito da proporcionalidade” e aos três “preceitos parciais” – a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito – que assumem o caráter de regra¹⁵.

Sobre esse tema, Ávila refere-se à proporcionalidade como “postulado normativo aplicativo” que se situa em nível diverso do das normas. Diversamente dos princípios, os postulados não impõem a promoção de um fim e tampouco prescrevem indiretamente comportamentos, mas estruturam a aplicação do dever de promover o fim e estabelecem modos de raciocínio e argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Diferentemente das regras, os postulados não descrevem comportamentos, mas estruturam a aplicação das normas que o fazem. Por isso, então, o dever de proporcionalidade deve ser designado como postulado da proporcionalidade¹⁶.

A doutrina brasileira, normalmente, não faz essas distinções, considerando a proporcionalidade como princípio¹⁷.

O que deve ser bem compreendido é que, independentemente do emprego a expressão *princípio* da proporcionalidade, do que se trata não é um princípio no sentido da teoria dos princípios. Na verdade, considerada essa teoria, trata-se não de um princípio, mas de uma regra de segundo grau. Considerada essa advertência, pode-se falar de *princípio* da proporcionalidade. No caso, contudo, deve-se pressupor que a expressão princípio que esteja sendo empregada não tem o mesmo sentido de princípio como mandamento de otimização conforme as possibilidades fáticas ou normativas. Em essência, o princípio da proporcionalidade descreve um comportamento, definindo o critério que deve ser observado quando da aplicação das normas – princípios como mandamentos de otimização conforme as possibilidades fáticas e jurídicas.

Com essa advertência, nada impede que se continue designar o critério de aplicação de aplicação das normas da proporcionalidade como princípio.

A correta compreensão do princípio da proporcionalidade, que constitui a própria essência dos direitos fundamentais, em sua estrutura dogmático-

¹⁵ Cf. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 47.

¹⁶ Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 80.

¹⁷ Isso pode ser verificado em: SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 77; STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 137; BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 76.

normativa, requer o exame dos seus princípios parciais: a idoneidade; a necessidade; e a proporcionalidade em sentido estrito¹⁸.

Para Alexy, os princípios parciais da idoneidade e da necessidade expressam mandamento de otimização no que tange às possibilidades fáticas, não tratando, portanto, de ponderação. Constituem, sim, forma de evitar “intervenções em direitos fundamentais que sem custos para outros princípios são evitáveis”. A ponderação será verificada no princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito, que constitui mandamento de otimização em relação às possibilidades jurídicas¹⁹.

O princípio da proporcionalidade será aplicado a situações em que há uma relação de causalidade entre um meio e um fim, devendo o seu exame ser feito em três diferentes aspectos. O exame da idoneidade indaga se o meio promove o fim. O exame da necessidade investiga se dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim não existe outro meio menos restritivo do direito fundamental. Por fim, o exame da proporcionalidade em sentido estrito procede ao exame do equilíbrio entre o meio e o fim, na medida em que indaga se as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio²⁰.

A propósito, a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão formulou o “princípio da necessidade” sustentando que “o fim não pode ser obtido de outra maneira que afete menos o indivíduo”²¹. Em outras palavras, o que se pretende saber é se, quando existe um meio M1, menos gravoso para o direito fundamental afetado que o meio M2, porém menos eficaz, qual dos meios será eleito para a promoção do fim que se pretende. A solução é que a eficácia do meio menos prejudicial deve ser, no mínimo, igual à do meio mais prejudicial. Se assim não for, não será possível a substituição deste por aquele. Na proporcionalidade em sentido estrito, o que interessa é a ponderação (e portanto o equilíbrio) entre o grau de afetação do direito que está em colisão e o de satisfação do direito que constitui pretendido fim. O fato de uma das medidas poder ser escolhida não é uma questão de possibilidades fáticas (e, portanto, não é uma questão de necessidade), mas uma questão de possibilidades jurídicas, ou seja, uma questão de ponderação entre os princípios

¹⁸ Cf. ALEXY, *Teoria de los derechos...*, p. 112.

¹⁹ Cf. ALEXY, Robert. A fórmula do peso. Tradução Luís Afonso Heck. *No prelo*. Este artigo encontra-se publicado na *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*. Joachim Jickeli/Peter Kreuzt/Dieter Reuter (Hg.). Berlin 203, S. 771 ff.

²⁰ Cf. ÁVILA, *Teoria dos princípios*, p. 104.

²¹ Citado por ALEXY, *Teoria de los derechos...*, p. 114.

em cheque. Por isso, quando também o meio menos gravoso afeta a realização de P2, deve-se acrescentar sempre a proporcionalidade em sentido estrito. Assim, tem-se que, colidindo dois princípios opostos, tem-se, a partir da lei da ponderação que: “quanto maior é o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, maior tem que ser a importância da satisfação de outro”²². Portanto, tem-se que, quanto mais alto é o grau de não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro princípio.

Assim, percebe-se que, pela lei da ponderação, deve-se proceder a um exame segundo os graus de importância da satisfação de um princípio e da afetação do outro. E veja-se que esses conceitos de grau de satisfação e importância não podem ser objeto de uma metrificação e assim conduzir a um “cálculo intersubjetivamente obrigatório de resultado”. A afirmação de que uma afetação muito intensa de um princípio somente se justifica pelo grau igualmente intenso de satisfação do princípio oposto, de fato, não explica quando se está diante de uma afetação muito intensa de um princípio e quando um grau de satisfação de um outro princípio é muito alto. Todavia, a lei da ponderação diz o que deve ser fundamentado para justificar “o enunciado de preferência condicionada”, que apresenta o resultado da ponderação. Trata-se de enunciados sobre os graus de afetação e importância²³.

Alexy sugere três passos para o alcance da ponderação: Primeiro, determina-se o grau de não-satisfação de um princípio, ou seja, o grau de afetação. Segundo, comprova-se a importância de satisfação do princípio em colisão. Terceiro, se estabelece se a importância da satisfação do princípio em sentido oposto justifica o prejuízo ou a não-realização do outro princípio²⁴.

Nesse contexto, desenvolveu-se o princípio da proporcionalidade no sentido da “proibição da não-suficiência” que exige que se alguém está obrigado a uma ação, não pode deixar de alcançá-la em limites pelo menos mínimos.

²² Cf. *Ibidem*, p. 161. A respeito, refere Alexy que a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão fala de “uma ponderação total entre a gravidade da intervenção e o peso e a urgência das razões que a justificam” (*Ibidem*, p. 160).

²³ Cf. ALEXY, *Teoria de los derechos...*, p. 164. Esclarece Alexy que os argumentos mencionados para a fundamentação desses enunciados não têm o caráter específico de ponderação (*Ibidem*, p. 164).

²⁴ Cf. ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing, and rationality. *Ratio Juris*, Oxford, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun., 2003, p. 136. Ver, também, ALEXY, *Direito constitucional...*, p. 43.

3 – OS CONTORNOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

Neste contexto é que se constata a importância que adquire o princípio da proporcionalidade na proteção dos direitos fundamentais como imperativos de tutela, notadamente em sua faceta da proibição de proteção deficiente. Ou seja, na medida em que o Estado se omite em seu dever de proteção de direitos fundamentais, ou não o faz de forma adequada e eficaz, seu ato estará eivado de inconstitucionalidade, por violação da proibição de proteção deficiente.

A doutrina e jurisprudência tradicionais costumam tratar o princípio da proporcionalidade quase que exclusivamente em seu viés da proibição de excesso (*Übermassverbot*). Contudo, a partir do desenvolvimento da teoria dos deveres de proteção, foi constatado que a estrutura da proporcionalidade possui diferentes variações que fazem dela decorrer, juntamente com a proibição de excesso, a proibição da proteção deficiente.

Como referido, a proibição da proteção deficiente foi reconhecida pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional Alemão, em sua segunda decisão sobre o aborto. Na oportunidade, o Tribunal afirmou que “o Estado deveria tomar medidas suficientes ao cumprimento do seu dever de tutela, que façam com que se obtenha uma tutela adequada e, enquanto tal, eficaz”²⁵. Ainda, reconhecendo que cumpre ao legislador a função de estabelecer o tipo de proteção a ser conferida ao titular do direito, afirmou que aquele está obrigado a observar a proibição de proteção deficiente no cumprimento do dever prestacional por força de mandado constitucional.

Portanto, pela proibição de proteção deficiente as medidas tutelares tomadas pelo legislador no cumprimento de seu dever prestacional na seara dos direitos fundamentais devem ser suficientes para oportunizar uma proteção adequada e eficaz, e ainda devem estar amparadas em averiguações cuidadosas dos fatos relevantes e avaliações justificáveis e razoáveis. De acordo com FELDENS, denota-se da exegese da decisão que, “caso não se pretenda violar a proibição da proteção deficiente, a configuração da tutela por parte do ordenamento jurídico deve corresponder a exigências mínimas”²⁶.

Segundo CARLOS BERNAL PULIDO, a proibição de proteção deficiente pode ser definida como um critério estrutural para a determinação

²⁵ Cf. BverfGE 88, 203 (254). In: SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução Beatriz Hennig et al. Montevideo: Fundação Konrad-Adenauer, 2005, p. 273-294.

²⁶ Cf. FELDENS, Luciano. *A constituição penal: A dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2005, p. 108.

dos direitos fundamentais, a partir do qual poderá ser constatado se um ato estatal viola ou não um direito fundamental de proteção. Trata-se de compreender, assim, o duplo viés do princípio da proporcionalidade: de proteção positiva ou de proteção de omissões estatais. Em outras palavras, tem-se que a inconstitucionalidade pode advir de um ato excessivo do Estado, ou pode advir de uma proteção insuficiente de um direito fundamental por parte deste (e. g., quando o Estado abre mão de determinadas sanções cujo objetivo é a proteção de direitos fundamentais). Esta dupla face do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos do poder público à Constituição, e tem como consequência a redução do espaço de conformação do legislador²⁷.

Com efeito, assim como o Estado pode agir desproporcionalmente ao efetivar seu dever de proteção e acabar por afetar um direito fundamental – hipótese que corresponde ao controle de constitucionalidade das medidas restritivas com base no princípio da proporcionalidade em seu viés da proibição de excesso –, poderá, da mesma forma, frustrar seu dever de proteção agindo de forma insuficiente (ou não agindo, no caso da omissão), e ficar aquém do mínimo exigido constitucionalmente – hipótese que corresponde ao controle da constitucionalidade do ato ou da omissão estatal com base no princípio da proporcionalidade em seu viés da proibição de proteção deficiente.

Na medida em que a proibição de proteção deficiente traduz instrumento que permite ao intérprete determinar se um ato (ou omissão) do Estado vulnera direito fundamental, percebe-se, claramente, que o princípio em exame possui relação direta com a função de imperativos de tutela dos direitos fundamentais, notadamente no que demandam, para seu integral desenvolvimento, uma atuação positiva do Estado para a sua proteção. Opera, portanto, como ferramenta teórica que subjaz ao princípio da proporcionalidade e que, nessa condição, assume a função de controle da constitucionalidade sobre certos atos do legislador, exatamente quando tais medidas retiram a proteção normativa necessária ao adequado desfrute do direito fundamental, da forma como previsto pela Constituição.²⁸

A proibição de proteção deficiente encerra, pois, verdadeira ferramenta de medição do dever de prestação legislativa e de identificação do mínimo exigível a título de imperativo de tutela.

²⁷ Cf. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002, p. 798-799.

²⁸ Cf. FELDENS, op. cit., p. 109.

A proibição de insuficiência encontra-se, na *praxis*, na maior parte das vezes, representada por uma omissão, total ou parcial, do poder público no que tange ao cumprimento de um imperativo de tutela, mas não se esgota nesta dimensão, o que resta demonstrado nas hipóteses de descriminalização de condutas já tipificadas pela lei penal²⁹ (o que será objeto de estudo em outra oportunidade).

A proibição de proteção insuficiente constitui o limite inferior de valoração do legislador, na medida em que fica adstrito a um ato suficientemente adequado e eficaz para garantir a proteção mínima exigida pela Constituição. Desse modo, em não havendo uma proteção normativa ao direito fundamental, no que tange à sua dimensão objetiva (ou seja, como imperativo de tutela), verifica-se ato de omissão estatal flagrantemente inconstitucional, porquanto impedirá a realização e o desfrute do direito fundamental por seu titular.

Em outras palavras, não existe liberdade absoluta de conformação legislativa, ainda que deva ser reconhecido o espaço que é conferido ao legislador para adaptar os mandamentos constitucionais. E isso exsurge da própria interpretação sistemática do direito, que ensina que os atos estatais devem ser permanentemente pautados pelas diretrizes constitucionais, notadamente na quadra da história e da evolução dos direitos fundamentais que se encontra a humanidade.

Assim, o princípio da insuficiência estaria apto a afastar do ordenamento jurídico (por invalidez) normas que introduzam situação de desproporcionalidade extrema entre bens jurídicos que demandam proteção do Estado, pelo carimbo da fundamentalidade, promovendo, em relação àqueles reconhecidamente mais valiosos, menor proteção do que os considerados de menor valia – hipótese em que estaria evidenciada a proteção deficiente, por flagrante desproporcionalidade³⁰.

Importante ainda observar que ainda que inexista, por ora, uma elaboração dogmática rica e sedimentada da proporcionalidade enquanto proibição de insuficiência nos moldes do viés da proibição de excesso, e, ainda que exista certa resistência da doutrina em seu reconhecimento, já que ainda elevado é o grau de ceticismo em relação ao seu desenvolvimento no plano teórico-constitucional, há que reconhecer a riqueza e a dimensão de sua aplicação, porquanto está a por em prática a defesa dos direitos fundamentais enquanto imperativos de tutela – que ganha proporções imensuráveis quando se está a falar em um Estado Democrático de Direito.

²⁹ Cf. SARLET, op. cit., p. 17.

³⁰ Cf. FELDENS, op. cit., p. 110.

Segundo SARLET, argumenta-se que existe uma substancial congruência entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência, porquanto esta encontra-se abrangida pela primeira, no sentido de que aquilo que corresponde ao máximo exigível proporcionalmente no plano da proibição de excesso, equivale ao mínimo exigível quando se fala em proibição de insuficiência³¹.

Inclusive, como acertadamente conclui FELDENS, a decisão sobre o aborto proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão enseja um entendimento segundo o qual o espaço de atuação do legislador estaria estreitado por dois limites, o da vedação de proteção excessiva em prol do cidadão que teve sua liberdade restringida, e o da proibição da proteção insuficiente em prol do indivíduo a ser tutelado, sendo que subjaz da proibição de proteção excessiva a medida máxima e da proibição de insuficiência a medida mínima da atuação do legislador, constituindo-se, portanto, a zona de discricionariedade do legislador de um mínimo e máximo proporcionais.³²

A partir desses elementos, devem ser examinados os princípios parciais do princípio da proporcionalidade no sentido da proteção deficiente.

4 – OS PRINCÍPIOS PARCIAIS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE À GUIA DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE

Visto que o Estado deve agir sempre pautado pelo princípio da proporcionalidade, verifica-se que este encontra sua ação limitada, por um lado, por meio dos limites superiores da proibição de excesso, e, por outro, por meio de limites inferiores advindos da proibição de proteção deficiente.

Segundo BOROWSKI, “a melhor realização possível do objeto da otimização dos princípios jusfundamentais-prestacionais é um objetivo prescrito pela

³¹ Cf. SARLET, op. cit., p. 18. Contudo, sobre tal congruência chama atenção Canaris para o fato de que, a despeito de uma possível – e não necessária –, equivalência no campo dos resultados da aplicação das duas faces da proporcionalidade, não incidem exatamente os mesmos argumentos, na proibição de insuficiência, que são utilizados na proibição de excesso, tendo em vista que correspondem a situações bem distintas: quando se fala na proibição de excesso está a se controlar a legitimidade constitucional de uma intervenção, enquanto que, no caso da proibição de insuficiência se está diante de uma omissão estatal em assegurar a proteção de um bem fundamental, ou de uma ação insuficiente para assegurar a proteção do direito nos moldes minimamente exigidos pela Constituição. Também Dietlein rechaça o argumento da substancial equivalência entre as faces da proporcionalidade, sustentando existir, sim, uma congruência parcial, pois, no que tange à proibição de excesso, o requisito da necessidade constitui uma grandeza vinculada a uma determinada e concreta medida legislativa, limitando-se sua aferição no âmbito interno da lei; por outro lado, o exame da necessidade na proibição de insuficiência diz com uma grandeza que transcende o ato legislativo concreto e baseada diretamente em um valor constitucional [Citados por SARLET, op. cit., p. 19].

³² Cf. FELDENS, op. cit., p. 110.

constituição.”³³ Portanto, na medida em que diferentes ações promovem, de modo diverso, a realização do objeto do direito enquanto dever de proteção, e, normalmente, em diferentes medidas, afastam diferentes posições jurídicas constitucionais contrárias, deve-se perquirir, na análise do caso concreto, se e em que medida sua aplicação é determinada pela Constituição³⁴.

A aferição da legitimidade do meio de promoção individual será realizada pelo princípio da proporcionalidade tomado em seu sentido amplo. Portanto, quando se examina a proporcionalidade enquanto proibição de proteção deficiente, serão, da mesma forma, examinados os seus princípios parciais.

Com efeito, em um primeiro momento, será analisado se o ato estatal é *adequado* (idôneo) para promover o fim que se pretende na norma jusfundamental. Se este não estiver apto a fazê-lo, será proibido porque ofensivo à cláusula da proteção de proibição deficiente.

A propósito, destaca JUAREZ FREITAS que “guardando parcial simetria com o princípio da proibição da proteção de excesso (*Übermassverbotes*), a medida implementada pelo Poder Público precisa se evidenciar não apenas conforme os fins almejados (*Zielkonformität*), mas, também, apta a realizá-los (*Zwecktauglichkeit*). Igualmente se mostra inadequada a insuficiência ou a omissão antijurídica causadora de danos.”³⁵

Após, será indagado acerca da efetiva *necessidade* da promoção do meio para alcance do fim pretendido de modo a que constitua o meio restritivo menos gravoso para o direito objeto da restrição. Portanto, se existir algum meio menos gravoso (porém igualmente adequado) para a promoção do fim, aquele meio primeiramente proposto será inconstitucional, em face da incidência da proibição da proteção deficiente em razão de não haver a necessidade da realização do tão questionado.

Por fim, será examinada a proporcionalidade em sentido estrito do ato (meio) que se pretende para a promoção do fim, estando, aqui, a se exigir a ponderação, ou seja, a manutenção de um equilíbrio entre o meio a ser utilizado e o fim colimado, para que haja razoabilidade na medida restritiva. Para que se obtenha a resposta, portanto, proceder-se-á, de um lado, ao exame do grau de satisfação do fim, e, de outro, o grau de afetação que o meio investigado, igualmente mediante a escala triádica, provoca na norma jusfundamental

³³ Citado por LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo Leivas. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 77.

³⁴ Cf. LEIVAS, op. cit., p. 77.

³⁵ Cf. FREITAS, Juarez. Princípio da precaução: vedação de excesso e de inoperância. *Revista Interesse Pública*. Porto Alegre, Notadez, Ano VII, 2006, n 35, p. 33-47.

colidente. Assim, se a satisfação do primeiro princípio tiver o grau médio, e a afetação daquele que for colidente tiver o grau grave, o meio será desproporcional, porque viola o princípio da proibição de proteção deficiente³⁶.

5. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE

Para que melhor se compreenda a própria teleologia e alcance dogmático-constitucional do princípio da insuficiência, importante que se proceda ao seu exame mediante o desenvolvimento de questões pragmáticas que alcançam a perfeita conexão e aplicação imediata daquilo que se propõe no presente estudo.

Importante destacar, num primeiro momento, a conexão direta que possui a cláusula da proibição de proteção deficiente com o direito penal (razão pela qual os exemplos cingir-se-ão neste campo), na medida em que este constitui umas das principais ferramentas do Estado no que diz com a proteção dos direitos fundamentais, principalmente quando se está a falar dos imperativos de tutela ou deveres de proteção.

A importância do papel do princípio da proteção deficiente na seara do direito penal se dá na medida em que já não mais se pode falar em um Estado que guarda exclusivamente das “liberdades negativas”. O Estado passou a ter função de proteção da sociedade em uma dupla acepção: transcendeu sua histórica função de proteção contra o arbítrio do poder, e alcançou a função de concretização dos direitos prestacionais e, ao lado destes, a obrigação de proteger os cidadãos contra as condutas delitivas de terceiros. Dentro deste paradigma surge, e.g., o direito à segurança erigida ao *status* de direito fundamental. Se violado este direito em face da proteção aquém do mínimo exigido pela Constituição, ou pela omissão (no caso da ausência da normatização necessária pelo legislador), verifica-se hipótese evidente de aplicação da proibição de insuficiência.

Para ilustrar o que se pretende demonstrar, é pertinente que se inicie com o exame da questão objeto de polêmica decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que considerou o reconhecimento da agravante da reincidência inconstitucional por representar *bis in idem*. O fundamento foi o de que o duplo gravame da reincidência (como fator de majoração da pena e de impedimento de garantias penais) é antigarantista e incompatível com o Estado Democrático de Direito, inclusive por seu fator estigmatizante³⁷.

³⁶ Cf. LEIVAS, op. cit., p. 78-79.

³⁷ TJRS, Ap. Cri. 699.291.050, j. 11/08/2000. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 10 setembro de 2006.

Sem embargo de a tese não ter sido acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça, e sem adentrar no mérito da decisão, impende tecer algumas considerações acerca do debate à luz do princípio da proporcionalidade³⁸. Como bem salienta SARLET (após refutar outros argumentos utilizados na decisão supracitada), ao atentarmos para a dimensão da proibição insuficiente, que exige que se proteja efetivamente os direitos fundamentais, é de se questionar se a pura e simples declaração de inconstitucionalidade da norma que estabelece a reincidência não contribuiria no mínimo para estimular uma reiteração na prática de delitos³⁹.

Outra questão a ser trazida ao debate é a hipótese em que o Estado-juiz concede a liberdade provisória a um indivíduo de forma ilegal ou inconstitucional (no caso, e.g., que o indivíduo pratica um crime hediondo e possui inúmeros antecedentes criminais, estando sua prisão dentro do prazo legal), o que da mesma forma enseja a incidência da proibição de proteção insuficiente, na medida em que o Estado frustra seu dever de proteção da segurança, direito fundamental dos cidadãos⁴⁰.

Hipótese que igualmente deve ser analisada à guisa do princípio da proteção deficiente é a questão (bastante polêmica) da possibilidade de ser concedido aos condenados pela prática de crimes de natureza hedionda o benefício da progressão de regime, o que, sem embargo de ser vedado por lei (artigo 2º da Lei 8.072/90), foi objeto de recente alteração de posição pelo Supremo Tribunal Federal, que, quando do julgamento do *habeas corpus* nº 82.959, ocorrido em 23 de fevereiro de 2006, declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da referida norma, por ofensa ao direito (fundamental) à individualização da pena (art. 5º, inc. XLVI, da Constituição Federal)⁴¹.

³⁸ STJ, REsp. 401.274-RS, j. 17/06/2003. Disponível em: <http://www.stj.gov.br> Acesso em: 10 setembro de 2006.

³⁹ Cf. SARLET, op. cit., p. 23.

⁴⁰ Exemplo trazido por STRECK, op. cit., p. 27. Nesse contexto, Sarlet acertadamente sustenta a vinculação inequívoca (na seara do direito penal) entre os deveres de proteção (imperativos de tutela) e a teoria da proteção dos bens jurídicos fundamentais, como elemento que legitima a intervenção estatal neste campo (Cf. SARLET, op. cit. p.).

⁴¹ A respeito dessa questão, não se pode deixar de salientar que, após anos sustentando a constitucionalidade da norma que veda a progressão de regime nos crimes hediondos, o Supremo Tribunal veio recentemente alterar sua posição acerca do assunto, mediante o controle concentrado de constitucionalidade. A partir desse julgamento, juízes e tribunais de todo país vem concedendo a progressão de regime aos condenados por crimes de natureza hedionda, muito embora a decisão tenha operado efeito *inter parte*, porquanto não remetida a decisão ao Senado federal, para que este, de acordo com o artigo 50, inc. X, da CF, alcançasse à decisão o efeito *erga omnes*; bem como não resolvida a questão em sede de controle abstrato de constitucionalidade – esta constitui a razão pela qual muitos se encontram irrisignados com a proporção que tomou a decisão, que, de certa forma, viola as regras sobre o controle de constitucionalidade do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

Analisando a problemática em face do conteúdo dogmático-constitucional do princípio da proporcionalidade considerado em sua dupla face, importa salientar que o fundamento que vem sendo utilizado por alguns juristas para fundamentar a inconstitucionalidade da norma que veda a progressão de regime no caso da prática de crimes hediondos é exatamente no fato de que constitui excesso por parte do Estado, incidindo, portanto, na hipótese, a cláusula da proibição de excesso.⁴²

Contudo, analisando a questão posta sob outra ótica, parece igualmente possível a incidência do princípio da proporcionalidade enquanto proibição de proteção deficiente. Isso porque o tratamento idêntico dispensado pelo Estado a condenados por crimes de gravidade e reprovabilidade diversas termina por configurar hipótese de incidência da cláusula da proibição de insuficiência, por violação dos deveres de proteção do Estado, notadamente por infração ao direito à segurança (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal).

Na senda esposada, e fugindo um pouco da análise do preceito da proibição de insuficiência na esfera penal, não se pode deixar de fazer menção à sua incidência também no campo do direito ambiental, à guisa da exegese do princípio da precaução. Como bem argumenta JUAREZ FREITAS, verifica-se, no contexto atual do direito ambiental, o recorrente fenômeno da “insuficiência acintosa das medidas de precaução”⁴³. Em um primeiro momento, reconhece que certas medidas de precaução por parte do Estado, em nome da defesa do meio ambiente, podem acarretar a incidência da proporcionalidade em seu viés da proibição de excesso, como nas hipóteses em que a há precaução demasiada e aplicada em situações ilegítimas (amparadas em temores excessivos ou dessarrazoados). De outra parte, sustenta que a ação insuficiente (ou omissão) do Estado quando se depara com uma situação de possível risco ao meio ambiente conduz à violação do princípio da proporcionalidade em sua face da proibição de proteção deficiente. É a proporcionalidade, pois, juntamente com a motivação, que irá equacionar o grau de justiça das medidas interventivas do poder público, baseadas no princípio constitucional da precaução, para que não haja excesso ou desídia.⁴⁴

⁴² Um dos juristas que defendem a inconstitucionalidade da regra contida no art. 2º da Lei nº 8.072/90 por incidência da proibição de excesso é Sarlet. Sustenta, contudo, que até deveria haver a diferença de tratamento por parte do legislador àqueles que praticam crimes de natureza hedionda, em relação aos condenados por crimes comuns (uma vez que aqueles são mais graves); todavia, aduz que a vedação total da progressão de regime nestes casos é inconstitucional, por desproporcional [fonte.....].

⁴³ Cf. FREITAS, *Princípio da precaução: vedação de excesso e de inoperância*..., p.

⁴⁴ Cf. *Ibidem*, p. Nesse ponto, é pertinente fazer breve menção à diferença dos princípios da prevenção e da precaução enquanto princípios bastante difundidos no direito ambiental (e também em outras áreas). Ambos são princípios de aplicação direta, sendo que na prevenção, o poder público, certo de que certa atividade irá

Assim, a partir da análise dos casos supracitados, vislumbra-se a força vinculativa e a importância do princípio da proporcionalidade como instrumento de medida dos deveres do Estado no que tange aos direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da proporcionalidade em sua face da proibição de proteção deficiente encontra fundamento na própria essência dos direitos fundamentais, na medida em que constitui instrumento de controle da constitucionalidade dos atos do Estado no que tange ao seu dever (precípua) de proteger e realizar esses direitos supremos.

É tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito a superação das desigualdades sociais e a instauração do regime democrático que realiza a justiça social. E é nesse eixo central de nossa dogmática jurídico-constitucional que reside a importância do princípio da proibição da proteção deficiente, que visa à garantia dos direitos fundamentais de todas as dimensões, notadamente os direitos de natureza prestacional, que demandam, quase sempre, uma atuação positiva do Estado.

Desse modo, na medida em que o Estado se omite em seu dever de proteção dos direitos fundamentais, ou não o faz de forma adequada e eficaz, seu ato estará eivado de inconstitucionalidade, por violação da proibição de proteção deficiente.

Em outras palavras, tem-se que a inconstitucionalidade pode advir de um ato excessivo do Estado, ou pode advir de uma proteção deficiente de um direito fundamental por parte deste. Esta dupla face do princípio da proporcionalidade (enquanto proibição de excesso e proibição de proteção deficiente) decorre da necessária vinculação de todos os atos do poder público à Constituição, e acarreta a redução do próprio espaço de conformação do legislador.

Nesta perspectiva, tem-se que o princípio da proporcionalidade não pode deixar de ser compreendido em sua dupla dimensão, uma vez que ambas as faces guardam conexão com as noções de razoabilidade e equilíbrio, contendo em seu âmago o instrumento perfeito para aferir-se a legitimidade

causar dano ao ambiente, deverá agir de modo a impedir sua ocorrência, desde que possível no plano orçamentário. O princípio da precaução traduz-se no dever do Estado de evitar determinada atividade que supõe (a partir de fundada convicção) seja danosa ao meio ambiente, e possa causar prejuízo desproporcional (manifestação superior aos custos da atividade). Embora ténue, a diferença entre os princípios reside no grau de probabilidade da ocorrência do evento danoso, que, no primeiro caso, é de certeza, enquanto que no segundo, de verossimilhança. [Cf. *Ibidem*, p.].

constitucional de todos atos (sejam estatais ou de terceiros) que representam restrição aos direitos fundamentais.

Sem embargo de o princípio da proibição de proteção deficiente ainda estar caminhando timidamente em nosso direito constitucional, não há dúvida quanto à sua importância e ligação direta com os deveres do Estado no que tange à realização de direitos fundamentais, bem como quanto à sua potencialidade de ser sedimentado e reconhecido como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 17, 1999.

_____. Constitutional rights, balancing, and rationality. *Ratio Juris*, Oxford, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun., 2003.

_____. Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada. Tradução Luís Afonso Heck. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 799, p. 33-51, maio 2002.

_____. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Tradução Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

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

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

_____. *A teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: A dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3 ed. Porto Alegre: Malheiros Editores, 1995.

_____. Princípio da precaução: vedação de excesso e de inoperância. *Revista Interesse Pública*. Porto Alegre, Notadez, Ano VII, 2006, n 35, p. 33-47.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988.

_____. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 10 de setembro de 2006.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução Beatriz Hennig *et al.* Montevideo: Fundação Konrad-Adenauer, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista clássico. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 10 de setembro de 2006.