

## A PROPORCIONALIDADE NO ÂMBITO DAS NORMAS PENAIS: RECONHECENDO A DUPLA FACE DE PROIBIÇÃO DO EXCESSO E DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

### PROPORTIONALITY WITHIN CRIMINAL LAW: RECOGNIZING THE DOUBLE FACE OF PROHIBITION OF EXCESS AND INSUFFICIENT PROTECTION

Carolina Carraro Gouvea\*

#### RESUMO

A proporcionalidade no direito brasileiro possui uma ampla variação de aplicação. A falta de critérios e a simplificação de seu uso acaba por descontextualizar o sentido original, encobrendo toda técnica e tradição baseadas em critérios objetivos e de contenção do poder estatal na restrição de direitos. Considerando esse cenário, o presente trabalho aborda a proporcionalidade no âmbito das normas penais, a qual manifesta-se de dois modos: como proibição de excesso (*Ubermassverbot*) e proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Por meio de revisão bibliográfica, a abordagem destaca essas duas faces como critérios para aferir e fundamentar a violação dos bens jurídicos protegidos constitucionalmente por meio da atuação do legislador penal, que está vinculado aos direitos fundamentais. Assim, se busca uma leitura coerente da proporcionalidade, com parâmetros concretos, possibilitando identificar as falhas no exercício do poder estatal, seja por proibição de proteção insuficiente, seja por proibição do excesso.

Palavras-chave: Proporcionalidade; *Ubermassverbot*; *Untermassverbot*; Equanimidade

#### ABSTRACT

Proportionality has a wide variation in its application in Brazilian law. The lack of criteria and the simplification of its use decontextualize its original meaning, concealing all the technique and tradition based on objective measures and criteria to limit the state power to restrict rights. Taking this context into account, this study examines proportionality within criminal law. The principle presents itself in two ways: the prohibition of excess (*Ubermassverbot*) and the prohibition of insufficient protection (*Untermassverbot*). By means of literature review, this analysis features these two aspects as criteria to gauge and support the violation of constitutionally protected legal goods through the penal legislator's performance, which is attached to the fundamental rights. Hence, this paper seeks to achieve a coherent reading of proportionality using concrete parameters, enabling the identification of flaws in the exercise of the state power by means of prohibition of insufficient protection or prohibition of excess.

Key-words: Proportionality. *Ubermassverbot*. *Untermassverbot*. Equanimity.

\* Doutora e Mestra em Direito Público e Evolução Social (UNESA/RJ). Pós-Graduada em Ciências Criminais (CERS). Graduada em Direito (FIVJ) e Letras (UFJF). Professora. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2770342769917783>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5940-0074>. E-mail: [carolinacarrarog@gmail.com](mailto:carolinacarrarog@gmail.com).

## INTRODUÇÃO

A proporcionalidade no direito brasileiro possui uma ampla variação de aplicação, não possuindo um sentido unívoco, sendo utilizada em contextos totalmente diferentes. Assim, o significado do termo fica comprometido devido à falta de objetividade e clareza, se tornando uma ferramenta que serve para justificar qualquer decisão tomada.

Essa falta de critérios e a simplificação na aplicação da proporcionalidade acaba por descontextualizar o seu sentido original, encobrendo toda técnica e tradição baseadas em critérios objetivos e de contenção do poder na restrição de direitos.

O presente trabalho aborda a proporcionalidade como um instrumento a ser observado e capaz de corrigir incongruências legislativas, evitando arbitrariedades e discricionariedades do legislador. A proporcionalidade será abordada como equanimidade.

Devido à amplitude do tema e a impossibilidade de esgotá-lo, o recorte foi realizado no estudo da proporcionalidade e suas duas faces especificamente no âmbito das normas penais, representada pelos ensinamentos de autores como Lenio Streck e Luciano Feldens.

Assim, considera-se que a proporcionalidade se manifesta de duas maneiras: como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). A desproporcionalidade por infringir alguma das faces será porque ocorreu a violação de algum bem jurídico previsto constitucionalmente.

Com a mudança de paradigma para o Estado Democrático de Direito, a Constituição passou a elaborar as diretrizes e mandamentos para a atuação do legislador na proteção dos bens jurídicos, individuais e coletivos, por meio do direito penal.

Os direitos fundamentais passam a proteger os cidadãos frente aos possíveis abusos que possam ser praticados pela intervenção do Estado, mas também, por meio do Estado buscam a proteção em caso de violação por terceiros.

Por meio de revisão bibliográfica, a presente abordagem pretende contribuir para a elaboração de um ordenamento penal coerente, em conformidade com os ditames estabelecidos na Constituição Federal, utilizando a proporcionalidade como instrumento para conter o subjetivismo do legislador e que funcione como embasamento para a inconstitucionalidade das normas, precisamente as penais, tendo em vista a necessidade de estabelecer critérios e parâmetros na sua utilização, caso contrário, a proporcionalidade será utilizada para ampliar a discricionariedade e arbitrariedade.

Para isso, o trabalho foi demarcado em três momentos.

No primeiro serão analisados alguns aspectos e reflexões históricas para contextualizar a proporcionalidade, retomando seu sentido original no Código Geral Prussiano, como contenção, e passando pelo modo como Robert Alexy a desenvolve. Em contraponto, realça-se a abordagem hermenêutica da proporcionalidade, contexto em que o trabalho se insere.

No segundo momento se busca demonstrar a inequívoca interação entre o direito penal e a Constituição, verificando uma alta demanda de dispositivos constitucionais que requerem proteção, seja de possíveis violações pelo Estado, seja a proteção por meio do

Estado. Daí a proporcionalidade ser entendida em duas faces: como proibição de excesso (Übermassverbot) e proibição de proteção deficiente (Untermassverbot).

Por fim, a pesquisa explora situações em que o legislador penal violou preceitos constitucionais incorrendo em desproporcionalidade, em suas duas faces, ocasionando o que Feldens chama de “incoerência endonormativa” do sistema jurídico penal, demonstrando a falta de equanimidade que acompanha o ordenamento penal.

### Uma visão panorâmica da proporcionalidade

A proporcionalidade é adotada e desenvolvida de muitas maneiras pela doutrina e jurisprudência brasileiras. A variação de definições, bem como de modelos de aplicação utilizando o termo podem ser facilmente encontrados e não seguem o mesmo padrão, dando margem para discricionariedades e arbitrariedades.

A presente abordagem não pretende esgotar seu estudo, devido à limitação de espaço, porém cumpre analisar nesse tópico alguns aspectos e influências históricas da proporcionalidade com a finalidade de desenvolver uma melhor compreensão acerca da complexidade do tema.

Enquanto que na Alemanha, a proporcionalidade consiste em um mecanismo redutor de subjetividades, o qual restringe o poder subjetivo do Tribunal, no Brasil acaba por se tornar o fomentador de subjetividade, por isso é necessário problematizar esse importante mecanismo e estabelecer parâmetros concretos de aplicação.

Em 1792 o Código Geral Prussiano trazia alguns princípios que deveriam ser aplicados e, por força do artigo 10, na décima parte, a autoridade policial poderia elaborar medidas necessárias à preservação da segurança e ordem públicas, além do artigo 79 prevendo que leis ou atos estatais poderiam limitar a liberdade dos cidadãos na medida do interesse comum<sup>1</sup>.

Como expõe Laurentiis<sup>2</sup>, nas sequências de decisões expedidas pelo Superior Tribunal Administrativo prussiano esses dispositivos começaram a ter concreção e gerou grande reflexo na literatura jurídica, surgindo a proporcionalidade com feição unidimensional:

[...] Sua finalidade era controlar excessos de poder e arbitrariedades e sua feição era similar às figuras do excesso e desvio de poder administrativo. Ela continha dois elementos, ou subtestes. Existindo a comprovação da relação entre meio e fim, ou seja, comprovada a adequação da medida restritiva, a única variável a ser analisada era seu grau. Se considerada essas duas variáveis, a medida aplicada pudesse ser substituída por outra menos gravosa ao direito individual, a intervenção estatal seria considerada desproporcional. Caso contrário, o meio implementado seria preservado. Adequação e necessidade eram, portanto,

<sup>1</sup> Para maiores detalhes acerca do desenvolvimento da proporcionalidade no direito constitucional: LAURENTIIS, Lucas Catib de. A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática. *Tese de doutorado*. Universidade de São Paulo: Faculdade de Direito, 2015. 250 p.

<sup>2</sup> LAURENTIIS, Lucas Catib de, op.cit., p.48.

critérios voltados a limitar a discricionariedade do uso da força pela administração. Não continham ponderação, nem se valiam dela.

Assim, a proporcionalidade tinha como critérios a adequação e a necessidade para limitar a discricionariedade e arbitrariedade, não se utilizando a ponderação. Ela foi amplamente recepcionada pelo direito constitucional, logo começou a transitar e ser aplicada pelos tribunais constitucionais.

O desenvolvimento da jurisprudência do Tribunal constitucional alemão fez com que Robert Alexy elaborasse suas complexas teorias, sendo necessário, portanto, analisar a distinção estrutural entre regras e princípios que incide todo o estudo teórico do autor.

Para ele<sup>3</sup>, as regras valem e incidem sob um determinado fato, realizando exatamente o que elas exigem (subsunção); os princípios são tidos como mandamentos de otimização, satisfeitos em graus variados e, em caso de colisão entre eles, um deles deverá ceder em relação ao outro, utilizando a ponderação.

Para Alexy<sup>4</sup>, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de sopesamento, que ocorrerá por meio da máxima da proporcionalidade subdividida em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. As duas primeiras relacionadas em esclarecer as possibilidades fáticas, já a última é responsável pela solução das possibilidades jurídicas do conflito<sup>5</sup>.

Contudo, na teoria de Alexy existe margem para a discricionariedade estrutural, permitindo ao legislador ou tribunal agir ou não agir<sup>6</sup>.

Em contraponto, a Crítica Hermenêutica do Direito se apresenta de maneira mais adequada, considerando que reduz o espaço de discricionariedade do legislador e do intérprete da lei:

A diferença entre a hermenêutica e a teoria da argumentação é que enquanto esta última compreende os princípios (apenas) como mandados de otimização, portanto, entendendo-os como abertura interpretativa, o que chama à colação, necessariamente, a subjetividade do intérprete (filosofia da consciência), a hermenêutica – aqui sob a ótica da Crítica Hermenêutica do Direito – parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no Direito, “fechando” a interpretação, ou seja, diminuindo, ao invés de aumentar, o espaço da discricionariedade do intérprete<sup>7</sup>.

As regras e os princípios são normas que formam o Direito. Os princípios estão contidos nas regras, realçando o mundo prático escondido no enunciado imposto pela regra, na “medida em que o mundo prático não pode ser dito no todo – porque sempre

<sup>3</sup> ALEXY, 2008 apud BARBA, Rafael Giorgio Dalla. *Nas Fronteiras da Argumentação: a discricionariedade judicial na Teoria Discursiva de Robert Alexy*. 2 ed. ver. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, p.70.

<sup>4</sup> ALEXY, 2008 apud BARBA, Rafael Giorgio Dalla. *Nas Fronteiras da Argumentação: a discricionariedade judicial na Teoria Discursiva de Robert Alexy*. 2 ed. ver. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, p.71.

<sup>5</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário da Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, verbete Ponderação.

<sup>6</sup> BARBA, Rafael Giorgio Dalla, op.cit., p.99-101.

<sup>7</sup> STRECK, Lenio Luiz, op.cit..

sobra algo – o princípio traz à tona o sentido que resulta desse ponto de encontro entre texto e realidade, em que um não subsiste sem o outro”<sup>8</sup> (grifo do autor).

Como explica Dalla Barba<sup>9</sup>, “na medida em que uma regra jurídica não consegue abarcar por si só todas as diversas possibilidades que faticamente acontecem sob o manto de seu campo semântico [...]”, os princípios atuam de maneira “a dar espaço aos acontecimentos reais que não podem ser transportados de antemão a uma previsão legal”. Desse modo, a interpretação dependerá do contexto fático e temporal e nunca será produzida a partir de conceitos gerais.

Ressalta-se a importância de resgatar a feição original da proporcionalidade, que trabalhava com parâmetros concretos e que oferecia maior controle na restrição de direitos: era abordada como um teste que relacionava atos reais e fatos que deles decorriam; sua atuação era voltada à comparação desses fatos com outros, também verificados na prática, com diferentes consequências, talvez menos gravosas ao titular de direitos fundamentais<sup>10</sup>.

Como ensina Streck<sup>11</sup>, a proporcionalidade não pode ser considerada isoladamente, devendo estar presente em toda a *applicatio*, obedecendo uma equanimidade como, por exemplo, uma justa proporção entre as penas do direito penal. Para o autor, desproporcionalidades irão ocorrer pela violação da isonomia ou da igualdade, isso porque a proporcionalidade está relacionada à igualdade na proteção de direitos e a concretização da igualdade é a ideia nuclear da coerência e integridade<sup>12</sup> do Direito.

Sustentando o fundamento hermenêutico da proporcionalidade, Morais<sup>13</sup> destaca que esse elemento é primordial à decisão judicial e ao combate à discricionariedade. Ele destaca que a proporcionalidade pode ser qualificada como um elemento metódico de índole constitucional que objetiva solucionar as questões relacionadas à restrição, violação e concretização dos direitos fundamentais:

[...] quando se compreende o princípio da proporcionalidade como uma necessidade de por em diálogo a interpretação, como *applicatio*, do problema jurídico diante de uma leitura coerente com a integridade do sistema jurídico, seria possível identificar as falhas no exercício do poder, sejam elas por excesso ou deficiência. Essa clareza na reflexão provocada pelo critério duplo da proporcionalidade coloca o intérprete diante de uma responsabilidade junto ao sistema jurídico, devendo apontar argumentativamente que a sua compreensão

<sup>8</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p.116-117.

<sup>9</sup> BARBA, Rafael Giorgio Dalla, op.cit., p.125.

<sup>10</sup> LAURENTIIS, Lucas Catib de, op.cit., p.80. Importante destacar que o autor não recorre à figura da proteção deficiente, afirmando que existem algumas inconsistências no seu uso. Consultar páginas 76 até 81.

<sup>11</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.536.

<sup>12</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário da Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, verbete Coerência e Integridade.

<sup>13</sup> MORAIS, Fausto Santos de. Descobrimo o pressuposto hermenêutico do princípio da proporcionalidade. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. 6(1), jan-jun. 2014, p.54 à 59.

evidenciou falhas quanto ao dever de proteção do Estado. Pode-se dizer que essa postura proporciona um salto democrático qualitativo ao fazer com que o intérprete apresente a falha do ato impugnado diante de uma obrigação do Estado consagrada no sistema jurídico. Nessa postura, a utilização decisionista do princípio da proporcionalidade é substituída por uma publicidade e transparência democrática decorrente da necessidade de demonstração intersubjetiva da violação do dever de proteção<sup>14</sup>.

Para Streck<sup>15</sup>, é “irrelevante epitetar a exigência de proporcionalidade como princípio ou não”, sendo a proporcionalidade o nome a ser dado à necessidade de coerência e integridade de qualquer decisão:

[...] Por exemplo quando se está dizendo que determinada lei é inconstitucional porque fere o princípio da proporcionalidade, em realidade, antes disso, a referida lei é inconstitucional porque, por certo, violou determinado preceito constitucional (com perfil de princípio ou não)<sup>16</sup>.

Assim, é por meio da adequação constitucional que se enfrenta a discricionariedade e as arbitrariedades que possam ocorrer a partir do uso da proporcionalidade.

O Estado possui o dever de proteção, portanto, deve-se observar as possíveis violações desse dever, seja por excesso ou por insuficiência.

A proporcionalidade, portanto, se manifestará em duas faces: quando a lei é inconstitucional por excesso, porque o Estado ultrapassou os limites (proibição de excesso – *Übermassverbot*); ou quando a lei é inconstitucional porque o Estado agiu de maneira insuficiente (proibição de proteção deficiente – *Untermassverbot*).

Deve-se considerar essas duas manifestações da proporcionalidade e os limites e possibilidades da atuação estatal, mais especificamente na elaboração de uma legislação penal coerente.

Na relação que envolve direito penal e direitos fundamentais, a proporcionalidade deve ser tida como uma ferramenta hermenêutica, tendente a reduzir a arbitrariedade com o menor grau de subjetivismo<sup>17</sup>, principalmente porque esse ramo lida com a liberdade dos cidadãos.

---

<sup>14</sup> MORAIS, Fausto Santos de. A proporcionalidade como princípio epocal do Direito: O (des)velamento da discricionariedade judicial a partir da perspectiva da nova crítica do Direito. *Dissertação de Mestrado*. Universidade do Vale do Rio dos Sinos: São Leopoldo, 2010, 220p., p.159.

<sup>15</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.536

<sup>16</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário da Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, verbete Ponderação.

<sup>17</sup> FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p.13.

## A dimensão constitucional fundante do Direito Penal

As demandas da sociedade variam de acordo com as necessidades e desenvolvimento em cada época.

No final do século XVIII e durante o século XIX, no Estado Liberal de Direito, a classe burguesa verificava nos poderes públicos as maiores ameaças a seus direitos fundamentais, uma vez que ela não se preocupava com os particulares lesando seus direitos, afinal, os burgueses eram os sujeitos privados mais poderosos naquele tempo<sup>18</sup>.

Influências históricas se manifestam até os dias atuais (em certa medida), refletindo a ideia dos liberais-individualistas em que o Estado é o opressor e, com isso, deve valer-se do direito penal para proteger o indivíduo e resguardar os direitos fundamentais.

Com a passagem para o século XX, no Estado Democrático de Direito superou-se a contraposição sociedade-Estado e o legislador não possui mais a liberdade para legislar como havia no paradigma liberal-individualista<sup>19</sup>.

De acordo com Maria Luiza Schafer Streck<sup>20</sup>:

[...] Trata-se de uma questão que envolve um novo olhar sobre o direito. Trata-se de rupturas paradigmáticas. Afinal, ao legado do liberalismo (proteção do indivíduo contra o estado) agora se agregam as demandas de um constitucionalismo que passa a se importar com a sociedade. Assim, se no liberalismo o patamar é o indivíduo e no estado social é o grupo, no Estado Democrático de Direito é o conjunto dos cidadãos envolvidos na transformação social, que implica até mesmo, no limite, considerar inconstitucional determinadas omissões do legislador.

Cada vez mais exige-se a intervenção estatal na proteção dos direitos individuais dos cidadãos, mas não apenas isso, sendo exigida também a “presença efetiva dos poderes públicos para limitar atuações individuais que afetam, impedem e danificam direitos e interesses de grupos ou comunidades”<sup>21</sup>.

De acordo com Streck e Copetti<sup>22</sup>, a norma constitucional possui a função de unificação do ordenamento em torno de determinados valores, porém, ocorre um impasse nessa unidade e integração a ser cumprida pela Constituição. Para os autores, quando se adentra no campo de produção de normas infraconstitucionais penais existe uma dificuldade na coexistência de princípios e valores tradicionalmente imputados ao direito

<sup>18</sup> FELDENS, Luciano, op.cit., p.43.

<sup>19</sup> STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, v.32, n. 97, março 2005, pp.172-201, p.177.

<sup>20</sup> STRECK, Maria Luiza Schafer. O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. *Dissertação de Mestrado*. Universidade do Vale do Rio dos Sinos: São Leopoldo, 2008. 161p, p.63.

<sup>21</sup> STRECK, Lenio Luiz; COPETTI, André. O direito penal e os influxos legislativos pós-Constituição de 1988: um modelo normativo e eclético consolidado ou em fase de transição? *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS*. São Leopoldo, Editora Unisinos, 2003, p.7.

<sup>22</sup> STRECK, Lenio Luiz; COPETTI, André, op.cit., p.9 e ss.

penal pelas vertentes liberais-iluministas, de caráter individualista, além de uma gama de princípios e valores que sustentam a legitimidade de novas matrizes normativas dirigidas à proteção de bens não individuais.

A Constituição Federal de 1988 possui um extenso catálogo de dispositivos que exigem a atuação do Estado, seja na proteção de bens individuais ou não individuais. Nas palavras de Luisi<sup>23</sup>:

[...] as Constituições contemporâneas tem, ao lado dos princípios até agora analisados, uma série de preceitos destinados a alargar a incidência do direito criminal no sentido de fazê-lo um instrumento de proteção de direitos coletivos, cuja tutela se impõe para que haja uma justiça mais autêntica, ou seja, para que se atendam as exigências de Justiça material. [...].  
Esse tipo de normas constitucionais tem sido chamadas de “cláusulas de criminalização”, sendo algumas expressas e inequívocas, e outras facilmente deduzíveis do contexto das normativas constitucionais.

O amplo rol de bens enquadra indicações constitucionais criminalizadoras e ampliadoras da intervenção estatal. Disso resulta, como explica Streck<sup>24</sup>, na transferência do “princípio da intervenção estatal penal de uma posição minimalista para uma situação de adequação de sua magnitude numa relação direta com a gama de bens constitucionalizados merecedores de tutela jurídica”.

Para Feldens<sup>25</sup>, existem três níveis de interação entre a Constituição e o direito penal: o primeiro consiste no limite material do direito penal, relacionando-se com a elaboração de tipos penais e limitando o legislador na criminalização de determinadas condutas; o segundo nível consiste na fonte valorativa do direito penal, tendo a Constituição função orientadora na escolha dos bens suscetíveis de proteção; por fim, o terceiro nível consiste no fundamento normativo do direito penal, apontando as zonas obrigatórias de intervenção penal.

O reconhecimento de uma dimensão constitucional fundante do Direito Penal, para Cunha<sup>26</sup>, decorre dos conceitos de dignidade penal, legislador penal e bem jurídicos-penais. Existem, de fato, princípios constitucionais que conferem dignidade penal; o legislador penal deve estar em conformidade com a Constituição; e os bem jurídicos-penais consistem naqueles que “os penalistas retiram como pedra de toque do conjunto da ordem constitucional vigente, já que, não podendo pautar-se, numa sociedade pluralista e a rondar o anômico, por autônomos valores de pura axiologia, têm de arrimar-se ao apoio constitucional”:

<sup>23</sup> LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Santo Antonio Fabris Editor, 1991, p.41.

<sup>24</sup> STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento do mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. *Revista do Ministério Público*, n. 53. Porto Alegre, 2004, p.233.

<sup>25</sup> FELDENS, Luciano, op.cit., p.70. O autor demonstra a divisão estabelecida pelo Tribunal Constitucional da Alemanha.

<sup>26</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. *A Constituição do Crime: da substancial constitucionalidade do Direito Penal*. Coleção *Argumentum* 10. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p.89.

Se recordarmos a especial força, solenidade e rigidez constitucionais, passaremos a aderir certamente à ideia segundo a qual o Direito Penal acaba por ser tão absolutamente fundamental que de algum modo se eleva ao todo da pirâmide normativa, qual braço armado da Constituição. Não armado para a servir a ela, mas para, imbuído dos seus princípios, servir a sociedade. Ou seja: não é direito de duplicação, mas direito que fundamentalmente estrutura a ordem jurídica e lhe dá uma especial feição. Isto é: não se trata apenas do conhecido fenómeno de constitucionalização do Direito Penal, mas do reconhecimento do mesmo como matéria que, não sendo de Direito Constitucional *proprio sensu*, é juridicamente *constitucional*, ou fundante<sup>27</sup>.

Feldens<sup>28</sup> destaca que com a evolução da dogmática constitucional foram propiciados significativos avanços e os direitos fundamentais projetados em dois sentidos: direitos de defesa e imperativos de tutela. No primeiro, indica-se que o Estado tem o dever de respeitá-los (perspectiva negativa); no segundo, o Estado tem o dever de protegê-los ativamente contra ameaças de terceiros (perspectiva positiva).

Nesse sentido, Streck<sup>29</sup> pontua que a Constituição Federal determina (explícita ou implicitamente) que os direitos fundamentais protejam o cidadão frente ao Estado; bem como através do Estado, por meio do direito punitivo que ele possui, uma vez que o cidadão também deve ter seus direitos fundamentais protegidos nos casos de violência de terceiros.

Dessa determinação, resulta as duas faces da proporcionalidade, visando reduzir as margens de discricionariedade do legislador, uma quanto à proibição do excesso (*Ubermassverbot*), outra quanto a proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Ambas serão abordadas a seguir, em tópicos apartados.

### **Proibição do excesso (*Ubermassverbot*)**

A proporcionalidade atuando como proibição de excesso é amplamente abordada pela doutrina. No geral, indica que a atuação estatal não pode exceder os limites impostos pelos direitos fundamentais, proibindo a intervenção que seja demasiadamente além do necessário.

Como demonstrado anteriormente, inequívoca é a relação entre a Constituição e a atuação do direito penal na proteção dos bens jurídicos fundamentais. Assim, o Estado tem o dever de protegê-los, não podendo, no entanto, exceder de maneira desproporcional, como expõe Sarlet<sup>30</sup>:

---

<sup>27</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da, op.cit., p.89-90.

<sup>28</sup> FELDENS, Luciano, op.cit., p.13 e 42.

<sup>29</sup> STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento do mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. *Revista do Ministério Público*, n. 53. Porto Alegre, 2004, p.243.

<sup>30</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. n. 10, Madrid: 2006, pp. 303-354, p.334.

[...] Com efeito, para a efetivação de seu dever de proteção, o Estado – por meio de um dos seus órgãos ou agentes – pode acabar por afetar de modo desproporcional um direito fundamental (inclusive o direito de quem esteja sendo acusado da violação de direitos fundamentais de terceiros). Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais que, nesta perspectiva, atuam como direitos de defesa, no sentido de proibições de intervenção [...].

Assim, ao se deparar com algum excesso, o julgador poderá utilizar-se do importante mecanismo que democratiza a jurisdição constitucional que é o controle difuso de constitucionalidade, permitindo que juízes singulares ou tribunais deixem de aplicar leis ou dispositivos de leis inconstitucionais, a partir da análise do caso concreto<sup>31</sup>.

Assim, o Estado tem o dever de respeitar os direitos fundamentais, sem que exceda ou ultrapasse seus limites de atuação, se orientando pela proporcionalidade.

Contudo, como ensina Streck<sup>32</sup>, “o direito penal não pode ser tratado como se existisse apenas uma espécie de garantismo negativo, a partir da garantia de proibição de excesso”.

O direito penal também deve ser analisado a partir do garantismo positivo, ou seja, da proibição de proteção deficiente.

### **Proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*)**

No que diz respeito à face da proporcionalidade relacionada à proibição de proteção deficiente (ou proibição de proteção insuficiente) se pressupõe um dever de proteção do Estado como imperativo de tutela:

[...] na função de *imperativos de tutela*, os direitos fundamentais têm sua eficácia densificada a partir da obrigação, imposta ao Estado, de adotar uma postura ativa na sua efetivação; o objetivo central da função de imperativo de tutela é o de *proteger* os bens jurídicos fundamentais diante de intervenções fáticas por parte de outros sujeitos de direito privado, assegurando, assim, sua efetiva capacidade funcional.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, v.32, n. 97, março 2005, pp.172-201, p.177.

<sup>32</sup> STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, v.32, n. 97, março 2005, pp.172-201, p.177.

<sup>33</sup> FELDENS, Luciano, op.cit., p.48. Como nos ensina Maria Luiza Schafer Streck, em 1975, o Tribunal Constitucional alemão decidiu pela inconstitucionalidade da possibilidade de interromper a gravidez dentro dos três primeiros meses da gestação e, apesar de não falar em proibição de proteção deficiente, a decisão mostrou a “estreita relação entre proporcionalidade e obrigatoriedade de proteção dos direitos fundamentais por parte do estado, no caso, necessidade de conferir proteção penal à vida intrauterina”. STRECK, Maria Luiza Schafer. O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. *Dissertação de Mestrado*. Universidade do Vale do Rio dos Sinos: São Leopoldo, 2008. 161p, p.85.

Assim, o Estado não poderá ficar aquém dos níveis necessários à proteção dos bens jurídicos previstos constitucionalmente, nem poderá deixar de atuar sob pena de omissão inconstitucional, tendo a “proibição de insuficiência como critério para aferição da violação dos deveres estatais de proteção”<sup>34</sup>.

Como ressalta Streck<sup>35</sup>, a ordem de legislar traz implícita a necessidade de “hierarquização que deve ser feita na distribuição dos crimes e das penas, razão pela qual o estabelecimento de crimes, penas e descriminalizações não pode ser um ato absolutamente discricionário, voluntarista ou produto de cabalas” (grifo do autor).

Mais uma vez, demonstra-se a proporcionalidade (no sentido de proteção insuficiente) agindo de maneira a conter a discricionariedade do legislador, que não possui a liberdade de criminalizar ou descriminalizar o que entender mais conveniente. Deve haver consonância com os dispositivos constitucionais que oferecem critérios e limites de atuação.

Assim, a atuação do legislador é vinculada aos direitos fundamentais, não dispondo ele de liberdade para definir qualquer norma penal ou cominar penas em abstrato que lhe aprouver. Nas palavras de Streck<sup>36</sup>:

Não há dúvida, pois, que as baterias do direito penal do Estado Democrático de Direito devem ser direcionadas para o combate dos crimes que impedem a concretização dos direitos fundamentais nas suas diversas dimensões. Neste ponto, aliás, entendo que é neste espaço que reside até mesmo uma obrigação implícita de criminalização, ao lado dos deveres explícitos de criminalizar constantes no texto constitucional. Nesse sentido, aliás, veja-se o art. 5, XLIII, da Constituição Federal, que determina a criminalização das condutas que consubstanciem prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo.

Assim, se o legislador supostamente, agindo de maneira absurda, decidir descriminalizar a tortura, violaria diretamente o direito fundamental de não ser torturado, previsto na Constituição Federal, ocorrendo a proteção deficiente desse direito.

Antes de violar a proporcionalidade, o legislador estaria violando o preceito constitucional que proíbe a tortura. Assim, incorrendo em proteção deficiente.

Portanto, a Constituição Federal ao definir os bens jurídicos que merecerão a tutela penal será o parâmetro orientador do legislador na criação dos crimes e cominação das penas. Dessa forma, o homicídio foi tipificado porque na Constituição existe o direito à

<sup>34</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, op.cit., p.335.

<sup>35</sup> STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, v.32, n. 97, março 2005, pp.172-201, p.177.

<sup>36</sup> STRECK, Lenio Luiz. Constituição, bem jurídico e controle social: a criminalização da pobreza ou de como “la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos”. *Revista de Estudos Criminais*. Out-dez 2008, pp.65-96, p.91.

vida; a lesão corporal é crime porque a Constituição garante a integridade física; o roubo é crime porque a Constituição protege o patrimônio; e assim por diante.

Percebe-se que a Constituição estabelece balizas no Estado Democrático de Direito e a proporcionalidade deve ser utilizada como um mecanismo adequado a evitar discricionariedades e arbitrariedades por parte do Estado e seus mais diversos órgãos.

Para Sarlet<sup>37</sup>:

“[...] proporcionalidade, Estado democrático de Direito e garantismo (não apenas na esfera penal) são grandezas indissociáveis, complementares e reciprocamente determinantes, mas não necessariamente imunes a tensões na sua convivência [...]”.

Realizadas tais considerações, no próximo tópico, para melhor visualização, serão analisadas situações em que ocorreram desproporcionalidades por parte do legislador penal, seja como proibição de excesso ou como proibição de proteção deficiente.

### Explorando situações concretas

Como foi analisado no decorrer do trabalho, a proporcionalidade utilizada como uma ferramenta hermenêutica visa conter a subjetividade e reduzir a arbitrariedade da ação estatal, obrigando o jurista a se expor com maior grau de precisão na situação que o levou a aplicar determinada medida<sup>38</sup>:

De toda essa discussão, importando-se fazer constar que a ideia de proporcionalidade está relacionada ao âmbito de proteção do direito fundamental. Como antes referimos, é, pois, o direito fundamental, e não a proporcionalidade em si, o objeto de violação quando diante de uma ação estatal tida por inadequada, desnecessária ou concretamente excessiva, sendo o exame da proporcionalidade a ferramenta hermenêutica [...] que permite o intérprete aproximar-se, para afirmá-lo, de um juízo de (des)proporcionalidade da medida questionada.

Como ensina Cunha<sup>39</sup>, o “Direito tem de ser coerente (não pode, aliás, deixar de o ser)”. Com relação ao direito penal, a pena deve depender da culpa do agente e da gravidade da infração, sendo essa relação tida com o máximo de cautela. Quanto mais grave o crime, maior deve ser a pena.

Existe, no direito penal brasileiro, uma série de incoerências quanto à criação de tipos penais, cominação de penas e nas decisões proferidas, violando a proporcionalidade em suas duas faces. Como a proporcionalidade está vinculada a diferentes princípios

<sup>37</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, op.cit., p.340.

<sup>38</sup> FELDENS, Luciano, op.cit., p.150 à 170.

<sup>39</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da, op.cit., p.75-85.

constitucionais, como por exemplo o da legalidade e o da presunção de inocência, acaba por também violar tais princípios, implicando na inconstitucionalidade dos dispositivos.

De maneira elucidativa, no presente tópico serão abordados alguns tipos penais que ora violam a proporcionalidade por excesso, ora por proteção deficiente.

Começando pela face da proibição do excesso, o Código Penal contém diversos tipos penais que excedem o âmbito de proteção.

Um exemplo tradicional de excesso do legislador, ao enquadrar no mesmo tipo penal diversas condutas com graus variados é o artigo 273<sup>40</sup>.

Com a simples leitura do tipo penal percebe-se o excesso do legislador ao estabelecer pena de 10 a 15 anos para condutas tão diversificadas, igualando-as como se fossem valoradas no mesmo patamar. Apesar de algumas serem potencialmente graves, outras, como a adulteração de cosméticos, não possui o grau de reprovabilidade que mereça pena mínima de 10 anos.

Quando comparado com o tráfico de drogas, cujas penas são entre 5 a 15 anos, a evidência fica ainda mais exposta da desproporcionalidade das penas estabelecidas no artigo 273 do CP.

Outro exemplo de flagrante desproporcionalidade por excesso na atuação do legislador consiste no artigo 217-A do Código Penal, onde a pena é de 8 a 15 anos de reclusão para quem tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de 14 anos.

Sem dúvidas os menores de 14 anos requerem proteção, porém, neste tipo penal estão abordadas condutas de graus diferentes quando se diz “qualquer outro ato libidinoso”.

Assim, é equivocado aplicar pena mínima de 8 anos de reclusão como resposta penal a graus diversos do injusto embora sejam condutas da mesma espécie.

Para Streck e Souza<sup>41</sup> é necessário utilizar-se como mecanismo regulador/hermenêutico a minorante genérica da tentativa (artigo 14 do CP) para adequar a reprimenda diante das situações claramente menos graves que envolvam outro ato libidinoso, avaliando os “critérios de necessidade e suficiência para a prevenção do

---

<sup>40</sup> Art. 273, CP: Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. § 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado. § 1º-A - Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico. § 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições: I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente; II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior; III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização; IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade; V - de procedência ignorada; VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

<sup>41</sup> STRECK, Lenio Luiz; SOUZA, José Conrado Kurtz de. Artigo 217-A do CP: a vagueza que vitamina a desproporcionalidade. *Revista Consultor Jurídico*, 6 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-06/streck-kurtz-vagueza-vitamina-desproporcionalidade>. Acesso em 07 abril 2022.

crime, atendendo-se desse modo ao princípio da individualização da pena sem excessos e, ao mesmo tempo, sem proteções deficientes”.

Nesse sentido, deve-se recorrer ao emprego da analogia em favor do réu, sempre que possível, naqueles casos em que, embora censuráveis, não assumam tamanha gravidade, buscando no “corpo do ordenamento jurídico, parâmetros razoáveis que autorizem a aplicação de uma pena justa, sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade”<sup>42</sup>.

Nos dois exemplos de tipos penais que acabam sendo desproporcionais por excesso de ação estatal verifica-se uma amplitude semântica que absorve uma série de situações de fato, muitas completamente distantes com relação à gravidade. Para Feldens<sup>43</sup>:

Situações como essa se verificam quando o legislador se utiliza de tipos penais de conteúdo múltiplo ou variado (abarcando diversos verbos nucleares) ou quando promove, após a penalização da conduta principal, diversas equiparações legais (“nas mesmas penas incorre quem...”), expandindo o âmbito da incriminação, que passa a se distanciar do núcleo fático que a despertou.

O ordenamento jurídico, como dito em momento anterior do presente trabalho, deve ser coerente e íntegro e a proporcionalidade (equanimidade) “da regulação jurídica e da atuação estatal, mesmo na punição de delitos, é essencial para a manutenção do *rule of law*”<sup>44</sup>.

Com relação à proporcionalidade em sua face de proibição de proteção deficiente<sup>45</sup> o Estado está proibido de se omitir para proteger um direito fundamental.

Como ensina Streck<sup>46</sup>, em vez de dizer que um artigo é inconstitucional porque feriu o princípio da proporcionalidade na sua face de proteção deficiente, é mais correto afirmar que é inconstitucional pois o Estado não pode se omitir, principalmente na proteção de um preceito constitucional.

---

<sup>42</sup> FELDENS, Luciano, op.cit., p.183.

<sup>43</sup> FELDENS, Luciano, op.cit., p.181.

<sup>44</sup> STRECK, Lenio Luiz; SOUZA, José Conrado Kurtz de. Artigo 217-A do CP: a vagueza que vitamina a desproporcionalidade. *Revista Consultor Jurídico*, 6 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-06/streck-kurtz-vagueza-vitamina-desproporcionalidade>. Acesso em 07 abril 2022.

<sup>45</sup> A primeira vez que ela foi utilizada no Brasil foi no RE 418.376 em 2007. Na época, o agente pedia extensão à união estável na aplicação do artigo 107, VII do CP (atualmente o inciso foi revogado) que previa a extinção da punibilidade do autor do estupro na hipótese de casamento com a vítima.

<sup>46</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.239.

Exemplo significativo quanto a atuação do legislador na proibição de proteção deficiente aparece na punição dos crimes econômicos e fiscais, como no artigo 168-A, § 2º do CP<sup>47</sup> e nesse mesmo sentido, o artigo 337-A do CP<sup>48</sup>.

Ainda, a Lei 9.249/95 que trata sobre o imposto de renda das pessoas jurídicas é expressa no artigo 34 que a punibilidade será extinta nos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990 (crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo) e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965 (crime de sonegação fiscal), quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

Como abordado por Maria Luiza Schafer Streck<sup>49</sup>:

Ao que parece, estamos diante de uma verdadeira institucionalização da sonegação de tributos. Ora, a prevenção geral é uma das funções clássicas do Direito Penal, e é assentada na ideia de que o agente que pretende cometer algum ilícito não o fará porque tem algo a perder, no caso, sua liberdade. A pergunta que se faz é: se de antemão ele sabe que não tem nada a perder, porque não arriscar? Se for pego paga a dívida, se não, sai com o lucro de sua ação criminosa.

Nesse sentido, “[...] deveria causar espanto à comunidade jurídica o fato de o legislador não abrir mão de direito penal para combater delitos menos relevantes – no que pertine a sua danosidade social – como o furto e a apropriação indébita”, e naqueles crimes mais graves como os delitos fiscais, que atingem a coletividade, “agir de outro modo, oferecendo a possibilidade de o sonegador efetuar o ressarcimento do valor amealhado dos cofres públicos”<sup>50</sup>.

Com esses exemplos supracitados, verifica-se a deficiência de proteção nos casos de crimes econômicos e fiscais. Percebe-se que o legislador se preocupa mais com a proteção dos bens individuais do que os bens coletivos, por ter mais rigor na punição daqueles.

Outra atuação do legislador que pode ser considerada desproporcional em face da proibição de proteção deficiente consiste nas penas cominadas na Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso). Entre os artigos 96 até 108 são estabelecidos os crimes contra a

---

<sup>47</sup> Art. 168-A do CP: Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: [...] § 2º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

<sup>48</sup> Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: [...] § 1º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

<sup>49</sup> STRECK, Maria Luiza Schafer. O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. *Dissertação de Mestrado*. Universidade do Vale do Rio dos Sinos: São Leopoldo, 2008. 161p, p.143.

<sup>50</sup> STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, v.32, n. 97, março 2005, pp.172-201, p.192.

pessoa idosa e, no artigo 94 fica configurado que nesses crimes, cuja pena máxima não ultrapasse 4 anos, aplica-se o procedimento da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais).

Para melhor visualização, o artigo 99 dispõe que a pena será de detenção de 2 meses a 1 ano quando se expõe “a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado”.

Não parece proporcional essa quantidade de pena aplicada a quem pratica esse fato de tamanha reprovação contra a pessoa idosa. E, se desse fato, resulta lesão corporal de natureza grave, a pena é de reclusão de 1 a 4 anos.

Em situações como essas evidencia-se a necessidade de alteração. A proporcionalidade é violada em sua face de proibição de proteção deficiente e “não é porque está na lei que não devemos questionar sua validade constitucional”<sup>51</sup>.

Portanto, os exemplos supracitados nesse tópico evidenciam o que Feldens<sup>52</sup> define como “incoerência endonormativa” do sistema jurídico-penal: são aquelas situações que existem onde o legislador introduz uma nova figura penal ou atribui uma nova pena, a qual foge do *standard* de sanções previstas de fatos semelhantes. A incoerência endonormativa é um problema de proporcionalidade.

O autor apresenta três critérios – os quais ele chama de “proporcionalidade ordinal” – que devem existir na elaboração da legislação penal: a paridade das penas (delitos semelhantes com penas semelhantes); o escalonamento das penas (que varia com a gravidade dos delitos, ou seja, quanto maior a severidade das penas, maior a gravidade dos delitos); e, o distanciamento das penas:

[...] a incoerência endonormativa do sistema de proteção penal poderá indicar, dependendo da base de análise, o superávit penal de uma norma, ou mesmo o déficit penal de outra.

Essa questão há de encontrar sua resposta em face do conjunto do ordenamento. Considerando o déficit penal não é suscetível de reparo pelo juiz, o único meio de restabelecimento da congruência é aquele que leve ao afastamento, do cenário jurídico, do preceito secundário mais gravoso.

Dessa forma, baseando-se na Constituição Federal e no entendimento do ordenamento jurídico como um todo, são necessárias alterações para que se tenha um ordenamento penal coerente e íntegro, que proteja devidamente os bens jurídicos constitucionais diante da complexidade da sociedade contemporânea.

<sup>51</sup> STRECK, Maria Luiza Schafer. O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. *Dissertação de Mestrado*. Universidade do Vale do Rio dos Sinos: São Leopoldo, 2008. 161p, p.138.

<sup>52</sup> FELDENS, Luciano, op.cit., p.184-185.

## Conclusão

Atualmente, no Brasil a proporcionalidade tem sido utilizada como argumento para diversas decisões tomadas, sem qualquer tipo de critério. A aplicação simplificada encobre a técnica e tradição desse mecanismo cunhado na Alemanha e descontextualiza o sentido original.

Resgatando a feição original da proporcionalidade, foi possível perceber que ela exigia parâmetros concretos que traziam a comparação entre fatos reais, sendo um instrumento de contenção de poder na restrição de direitos.

O presente trabalho buscou abordar a proporcionalidade no âmbito das normas penais, demonstrando que a atuação do legislador é vinculada aos direitos fundamentais.

Assim, destacando que a proporcionalidade se manifesta como proibição de excesso ou proibição de proteção deficiente por parte do Estado, essas duas faces serão os critérios para aferir e fundamentar a violação dos bens jurídicos protegidos constitucionalmente.

Assim, deve ser utilizada como um instrumento hermenêutico para conter eventuais arbitrariedades e discricionariedades por parte do legislador e dos tribunais, que não podem atuar como bem entender, devendo se basear nas orientações da Constituição Federal, com coerência e integridade.

Portanto, em caso de violação de direitos fundamentais, por excesso ou proteção deficiente, a proporcionalidade será a ferramenta capaz de afastar a subjetividade e requerer argumentos que fizeram o intérprete a aplicar determinada medida, reduzindo o subjetivismo de conceitos abstratos.

## REFERÊNCIAS

BARBA, Rafael Giorgio Dalla. *Nas Fronteiras da Argumentação: a discricionariedade judicial na Teoria Discursiva de Robert Alexy*. 2 ed. ver. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *A Constituição do Crime: da substancial constitucionalidade do Direito Penal*. Coleção *Argumentum* 10. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. *A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática. Tese de doutorado*. Universidade de São Paulo: Faculdade de Direito, 2015. 250 p.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Santo Antonio Fabris Editor, 1991.

MORAIS, Fausto Santos de. *Descobrendo o pressuposto hermenêutico do princípio da proporcionalidade. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. 6(1), jan-jun. 2014.

MORAIS, Fausto Santos de. A proporcionalidade como princípio epocal do Direito: O (des)velamento da discricionariedade judicial a partir da perspectiva da nova crítica do Direito. *Dissertação de Mestrado*. Universidade do Vale do Rio dos Sinos: São Leopoldo, 2010, 220p.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. n. 10, Madrid: 2006, pp. 303-354.

STRECK, Lenio Luiz; SOUZA, José Conrado Kurtz de. Artigo 217-A do CP: a vagueza que vitamina a desproporcionalidade. *Revista Consultor Jurídico*, 6 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-06/streck-kurtz-vagueza-vitamina-desproporcionalidade>. Acesso em 07 abril 2022.

STRECK, Lenio Luiz. Constituição, bem jurídico e controle social: a criminalização da pobreza ou de como “la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos”. *Revista de Estudios Criminales*. Outubro 2008, pp.65-96.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11 ed. rev., atual. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento do mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. *Revista do Ministério Público*, n. 53. Porto Alegre, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário da Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, v.32, n. 97, março 2005, pp.172-201.

STRECK, Lenio Luiz; COPETTI, André. O direito penal e os influxos legislativos pós-Constituição de 1988: um modelo normativo e eclético consolidado ou em fase de transição? *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS*. São Leopoldo, Editora Unisinos, 2003.

STRECK, Maria Luiza Schafer. O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. *Dissertação de Mestrado*. Universidade do Vale do Rio dos Sinos: São Leopoldo, 2008. 161p.

Data de Recebimento:

Data de Aprovação: