

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ
CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

REVISTA ACADÊMICA ESCOLA SUPERIOR
DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ

ANO 16, Nº 1 (JAN./JUN. 2024) SEMESTRAL
FORTALEZA-CE

ISSN FÍSICO: 2527-0206
ISSN ELETRÔNICO: 2176-7939



MPCE
Ministério Público
do Estado do Ceará



ESMP
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ



CEAF
CENTRO DE ESTUDOS E
APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS COLIDENTES E A APLICAÇÃO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE DO ESTADO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO¹

THE BALANCING OF COLLIDING PRINCIPLES AND THE APPLICATION OF THE PROHIBITION OF DEFICIENT PROTECTION OF THE STATE IN BRAZILIAN CRIMINAL LAW

Iuri Rocha Leitão²

RESUMO

O postulado da Proibição da Proteção Deficiente do Estado foi desenvolvido, originariamente, a partir da construção jurisprudencial germânica, aplicando a ponderação de princípios colidentes. O precedente foi crucial para uma compreensão dos direitos fundamentais a partir de sua perspectiva objetiva. A transnacionalidade do direito e o diálogo de cortes possibilitaram a utilização do instituto por outros estados. O referido postulado foi acolhido pela doutrina, e é aplicado pelo Poder Judiciário Brasileiro com a finalidade de resguardar direitos da coletividade, como visto no RE 418.376-5/MS e no HC 102087, ambos do STF. Necessário constatar se a base teórica do referido instituto vem sendo aplicado de forma correta no Brasil, bem como, o método utilizado. As decisões acertaram em aplicar a Proibição da Proteção Deficiente no caso concreto, mas falharam por não utilizar, de forma adequada, a regra de resolução de colisão de princípios. A utilização de forma atécnic e indiscriminada do método de resolução da colisão de princípios como ocorre, hoje, no Brasil, além de trazer subjetivismo e, por consequência, ativismo judicial e arbítrio, acaba fomentando críticas doutrinárias, algumas injustas e estereotipadas, sobre o próprio neoconstitucionalismo e a aplicação de institutos legítimos como a Proibição da Proteção Deficientes do Estado.

Palavras-chaves: ponderação de princípios colidentes; dimensão objetiva dos direitos fundamentais; proibição da proteção deficiente por parte do estado.

¹ Data de Recebimento: 22/04/2024. Data de Aceite: 06/08/2024.

² Promotor de Justiça no Estado do Ceará. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza-CE (UNIFOR). Especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). E-mail: iurirl@hotmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3992338292885801>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8117-3429>.

1 INTRODUÇÃO

Após a segunda guerra mundial, foi criada, no âmbito da Organização das Nações Unidas, uma comissão para elaborar um documento acerca dos direitos dos homens. A Declaração Universal dos Direitos do Homem foi aprovada na noite de 10/12/1948, na terceira sessão ordinária da Assembleia Geral da ONU, realizada em Paris.

A declaração, em seu Preâmbulo, já deixa claro seu caráter universal proclamando:

Como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da Sociedade, tendo esta Declaração constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensinamento e pela educação, a desenvolver o respeito desses direitos liberdades e assegurar-lhes, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o reconhecimento e a aplicação universais e efetivos [...]. (ONU, 1948).

Diante de sua extensão e conteúdo é possível afirmar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem trouxe um novo conceito de universalidade e concretude para os direitos humanos e, por consequência, afastou-se do formato anterior de mera abstração e pretensão de disseminar um direito universal ao gênero humano. Explica-se essa evolução:

Os Direitos da primeira, da segunda e terceira gerações abriram caminho ao advento de uma nova concepção de universalidade de uma nova concepção de universalidade dos direitos humanos fundamentais, totalmente distinta do sentido abstrato e metafísico de que se impregnou a Declaração dos Direitos do Homem de 1789, uma Declaração de compromisso lógico definido, mas que nem por isso deixou de lograr expansão ilimitada, servindo de ponto de partida valioso para a inserção dos direitos da liberdade – direitos civis e políticos- no constitucionalismo rígido de nosso tempo, com uma amplitude formal de positividade a que nem sempre corresponderam os respectivos conteúdos materiais. A nova universalidade dos direitos fundamentais os coloca assim, desde o princípio, num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia. É universalidade que não exclui os direitos da liberdade, mas primeiro os fortalece com as expectativas e os pressupostos de melhor concretizá-los mediante a efetiva adoção dos direitos da igualdade

e da fraternidade. Foi ao importante para a nova universalidade dos direitos fundamentais o ano de 1948 quanto o ano de 1789 o fora para a velha universalidade de inspiração liberal. (BONAVIDES, 2013, p. 591):

Essa nova concepção de direitos humanos, dotada de universalidade e atenta a sua efetividade, foi sendo progressivamente inserida nos ordenamentos jurídicos dos diversos estados, integrando suas constituições e, muitas vezes, sendo a essência das mesmas. Tal fato resultou no surgimento dos estados democráticos de direitos, estados que reconhecem os direitos humanos como fundamento de sua existência, admitindo não serem um fim em si mesmo, e sim, um instrumento de realização do bem estar do indivíduo. A nova roupagem destes textos constitucionais trouxeram ao interprete novos desafios, para concretizar a norma no caso concreto devido ao conteúdo genérico dos dispositivos. Denominou-se de *hard cases* as situações em que, diante de um caso concreto, duas normas com densidade genérica, tutelando bens distintos, incidiriam sobre um caso concreto (DWORKIN, 2002, p. 127).

Nesse contexto, surge a técnica de ponderação de princípios, adotada, inicialmente, pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, e desenvolvida pela doutrina na Teoria dos Direitos Fundamentais (ALEXY, 2015, p. 456). O conceito de Proibição da Proteção Deficiente do Estado possui base hermenêutica na referida teoria. O postulado foi desenvolvido por meio do precedente do Tribunal Constitucional Federal Alemão (1993 apud MARTINS, 2006, p. 2006), servindo de *ratio decidendi* para o reconhecimento do dever de proteção da dignidade humana. O referido tribunal estabeleceu que a Constituição Alemã protege a vida uterina, sendo dessa forma o nascituro tutelado pelo princípio da dignidade da pessoa humana. O julgado assentou, mediante a ponderação de princípios conflitantes, que o estado deve ter mecanismos legais e fáticos para exercer essa tutela, inclusive com a respectiva repressão e prevenção, sendo proibida a proteção insuficiente nas três esferas de poder. O citado precedente foi crucial para uma nova compreensão dos direitos fundamentais a partir de sua perspectiva objetiva, enquanto dever de proteção por parte do estado exercido mediante uma prestação positiva. O referido postulado foi acolhido pela doutrina, e é aplicado pelo Poder Judiciário Brasileiro, com a finalidade de resguardar os direitos da coletividade, como visto no RE 418.376-5/MS (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2021, *online*) e no HC 102087 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2021, *online*).

Diante das consequências práticas e jurídicas dos referidos julgados, e dos princípios em colisão, é importante aferir se a base teórica do referido instituto vem sendo aplicado de forma correta no Brasil. Assim, é legítimo questionar: Qual o substrato teórico

da Proibição da Proteção Deficiente do Estado? O postulado pode ser aplicado em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro? Qual o método hermenêutico utilizado pelos tribunais brasileiros para a aplicação do referido postulado? O método está sendo utilizado corretamente? O presente trabalho objetiva analisar a situação acima exposta, para ao fim, avaliar, de forma crítica, a possibilidade da aplicação da Proibição da Proteção Deficiente do Estado no direito penal brasileiro, qual o método utilizado em sua aplicação, bem como, a análise da correção ou não do método hermenêutico utilizado.

Analisaremos a origem e o substrato teórico da Proibição da Proteção Deficiente do Estado à luz dos direitos fundamentais e sua dimensão objetiva. Em seguida, analisaremos o método hermenêutico utilizado para aplicação do referido postulado. Na sequência, vamos aferir se a aplicação da teoria pelos tribunais é aplicada com o método correto e se é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

2 A PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE DO ESTADO

O postulado da Proibição da Proteção Deficiente do Estado ou, para alguns, o Princípio da Proibição da Proteção Deficiente do Estado (Proibição de *défice*, *Untermassverbot*) foi desenvolvido originariamente a partir da construção jurisprudencial germânica, notadamente por meio de precedente do Tribunal Constitucional Federal Alemão (BverfGE 88, 203; 28.05.1993), servindo de *ratio decidendi* para o reconhecimento do dever de proteção da dignidade humana. O referido julgado, realizado em sede de controle abstrato de constitucionalidade de uma lei, que estabelecia uma excludente de antijuridicidade para o crime de aborto, resultou no reconhecimento do direito subjetivo à proteção da vida do nascituro, sendo tal direito exigível em face do estado, diante da ameaça de lesão pela intervenção de terceiro, inclusive da própria gestante, cujo direito fundamental, no caso concreto, não foi considerando amplo o suficiente para interromper a gestação do filho³. O referido tribunal estabeleceu que a Constituição Alemã protege a vida uterina, sendo dessa forma o nascituro tutelado pelo princípio da dignidade da pessoa humana. O julgado assentou que o estado deve ter mecanismos legais e fáticos para exercer essa tutela, inclusive com a respectiva repressão e prevenção, sendo proibida a proteção insuficiente nas três esferas de poder.

3 “A 15ª Lei de Mudança do Direito Penal estabelecia a excludente de antijuridicidade no caso de aborto praticado (1) dentro de doze semanas a partir da concepção, e (2) em estado geral de necessidade da gestante, bem como das leis que versavam sobre o custeio hospitalar e ajuda familiar nessas situações. No referido julgado (BverfGE 88, 203; 28.05.1993), o Tribunal Constitucional Federal Alemão reconheceu a dignidade humana e o direito à vida do nascituro, cabendo ao estado o dever correlato de proteção contra perigos advindos da intervenção de terceiros, o que implicava na adoção de medidas adequadas e efetivas para tanto, vedada, portanto, a proteção insuficiente”. (BROOCKE, 2014, p. 147).

Na análise da colisão de princípios envolvidos, o tribunal germânico pontuou o direito à vida do nascituro e a liberdade da mulher, fixando que os direitos fundamentais da mulher não são tão amplos a ponto de suspender, mesmo que por um determinado prazo, o dever de levar a termo a gestação do filho. Foi mencionado ainda pelo referido tribunal que a decisão não poderia ensejar uma inviabilidade no exercício dos direitos fundamentais da mulher, podendo em situações excepcionais, determinadas pelo legislador, a inserção no ordenamento jurídico de elementos típico-normativos de exceção segundo o critério de inexibibilidade, seguindo critérios da proporcionalidade em sentido estrito.

Restou assentado que a Proibição da Proteção Deficiente do Estado não permite a livre desistência da utilização, também, do direito penal na proteção da vida humana, ainda que seja utilizado como ultima medida, devido ao seu caráter de intervenção mínima.

O citado precedente alemão foi crucial para uma nova compreensão dos direitos fundamentais a partir de sua perspectiva objetiva, enquanto dever de proteção por parte do estado exercido mediante uma prestação positiva. Discorre-se sobre o princípio e as hipóteses de sua aplicação:

Em época recente, na Alemanha, é objeto de debate tanto em sua estrutura como até mesmo em sua existência, um outro aspecto – menos conhecido e que ainda se encontra em fase embrionária – do princípio da proporcionalidade denominado de proibição de insuficiência (*Untermassverbot*) ou de proteção deficiente, segundo o qual o preceito da proporcionalidade é aplicável tanto para fazer valer um direito de defesa para obrigação de omissão estatal como também para obrigações de ação positivas. O Estado é limitado de um lado, por meio dos limites superiores da proibição de excesso, e de outro, por meio de limites inferiores da proibição de insuficiência como elemento condutor de deveres de proteção jurídico-fundamentais. (SANGUINÉ, 2014, p. 669).

A esse respeito, aponta-se a distinção entre os direitos fundamentais de proteção e defesa (ALEXY, 2015, p. 456). Não obstante ambos tenham como destinatário o próprio estado, os direitos de defesa dizem respeito à abstenção de intervenção do ente estatal na esfera individual, e os direitos de proteção estão ligados a um dever de proteção do estado contra a intervenção de terceiros. Assim sendo, os direitos fundamentais possuem uma perspectiva subjetiva relacionada à proibição de excesso por parte do Estado, e outra objetiva, manifestada por meio do dever de proteção, ou de vedação de proteção deficiente do estado.

Nessa perspectiva, é correto inferir que com base na regra de ponderação de princípios colidentes, nas condicionantes fáticas de extirpar-se a vida do nascituro, por terceiros, mesmo quando a própria genitora está dispondo do seu corpo; a inexistência de enfermidade na gravidez capaz de gerar risco para a genitora, e a inexistência de uma legislação de exceção a regra de gestação, o direito fundamental à vida (P1) prevaleceu sobre o direito fundamental da mulher de dispor do próprio corpo (P2). Seguindo a regra da ponderação, observa-se que o meio utilizado foi adequado para o fim almejado, vez que o (P1), em sua vertente de proteção, resguardou a vida do nascituro, restringindo parcialmente o direito da mulher de dispor sobre seu corpo, até o nascimento com vida do feto, preservando, assim, o núcleo essencial do direito. Foi necessário, vez que não havia outra tutelamenos gravosa que impedisse a morte do nascituro. A proporcionalidade, em sentido estrito, também estava presente, vez que neste caso concreto justifica-se, de forma racional, apesar da intensa consequência da intervenção, resguardar o direito à vida nessas condições fáticas, devendo o direito da mulher dispor do próprio corpo ser momentaneamente restringido. Caso o outro direito fosse satisfeito, haveria interrupção da vida, o que o aniquilaria completamente o direito à vida.

Feito esta explanação, é mister ressaltar que a ideia de Proibição da Proteção Deficiente do Estado, como um postulado associado ao princípio da proporcionalidade que, no caso concreto, gera um dever de proteção do estado, assim como todo juízo concreto oriundo de uma decisão sobre ponderação entre direitos fundamentais, traz consigo críticas de restrição de um direito fundamental sobre o outro sem previsão constitucional expressa, que autorize tal conclusão. Aponta-se subjetivismo no exercício dessa ponderação, ativismo judicial e efeitos nefastos na separação dos poderes:

As reservas específicas de cada direito fundamental seriam ilegítimamente substituídas por uma reserva geral de ponderação que afetaria uniformemente todos os direitos fundamentais e os próprios conteúdos específicos dos direitos fundamentais seriam precipitadamente nivelados. Nessa generalização vinha de resto, implicada a tendência para a transformação de qualquer problema de direitos fundamentais em problema de colisão não constitucionalmente resolvida de bens jurídicos, o que legitimaria, posteriormente, a substituição do labor árduo da interpretação jurídica, como via para chegar a solução de um caso difícil, pela saída mais cômoda, que consistia em apresentar sob o invólucro de uma ponderação de bens tida como inevitável um resultado encontrado, de facto, através de livre criação jurídica do operador. (NOVAIS, 2010, P. 682).

Ainda que existam críticas bem fundamentadas, dentro do atual formato dos ordenamentos jurídicos dos estados democráticos de direito, a própria doutrina compreende a inevitabilidade de utilizar-se a valoração e ponderação de bens. Os que rejeitam este método, dentre eles os positivistas e defensores da teoria garantista⁴, não apontam soluções eficazes para os casos difíceis, vez que o método clássico defendido por eles, como: gramatical, sistemático e teleológico, já se mostraram insuficientes para a complexa normatividade da atualidade (FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE, 2012, p.13). Vale destacar que o garantismo, neste ponto, não aponta muitas respostas.

Na verdade, o que se faz necessário, não só no Brasil, mas em outras partes do mundo, é seguir fielmente os critérios da teoria de ponderação de princípios colidentes (ALEXY, 2015, p.456), com a observação estrita dos conceitos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, visando mitigar a “insuficiência” de recursos claros à ponderação de bens, evitando subjetivismo e arbítrio. Ademais, vale pontuar que o sistema normativo, como um todo, padece das críticas feitas à ponderação de bens. Mesmo os métodos hermenêuticos clássicos poderiam gerar situações disfuncionais, até mesmo porque a constituição de um estado não tem como fornecer critérios expressos de resolução.

Destarte, compreendemos que o reconhecimento das debilidades da metodologia da ponderação não invalida sua inevitabilidade. Ao contrário, apontam orientações para elaboração de parâmetros, metodológicos, objetivamente inarredáveis em um estado democrático de direito. A decisão de ponderação deve respeitar os limites, isso quer dizer que para além de observar todas as pautas e valorações constitucionais, uma decisão de ponderação não pode, designadamente, violar princípios como, da igualdade, proibição de excesso, proporcionalidade de reserva legal e proteção deficiente.

Assim, vislumbra-se que a Proibição da Proteção Deficiente do Estado, como um reconhecimento do dever de proteção do estado do tipo prestacional, torna-se um legítimo instituto dentro do pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, como uma das facetas da proporcionalidade ao lado da proibição do excesso, apto a fundamentar decisões de cortes constitucionais no âmbito da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Reconhece-se o dever do Estado de promover positivamente os direitos fundamentais, com respeito à separação de poderes e com proporcionalidade⁵:

4 Teoria do Direito desenvolvida por Luigi Ferrajoli que rejeita a ideia do sopesamento de princípios para a resolução de casos difíceis. (FERRAJOLI, 2002, p. 237).

5 A realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia. [...] O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre

Os princípios também mandam tomar medidas para a proteção dos direitos de liberdade, qualificada também de função protetora (Schutzfunktion). Ao Estado não cabe apenas respeitar os direitos fundamentais, senão também o dever de promovê-los por meio da adoção de medidas que os realizem da melhor forma possível. (ÁVILA, 2009, p. 102).

Por sua vez, sustenta-se que o Estado tem a obrigação de proteger direitos fundamentais, sendo possível o questionamento de leis, atos administrativos e decisões judiciais, que não protejam direitos fundamentais de forma suficiente, mesmo quando tratem de conflitos entre particulares (CANARIS, 2005, p. 21-28).

3 A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS COLIDENTES E A APLICAÇÃO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE DO ESTADO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

A utilização de institutos, decisões e ordenamento jurídicos de um estado por outros não é algo tão recente. A transnacionalidade do direito é um acontecimento que decorre da intensificação, nos últimos anos, da comunicação e relações entre os estados e seus sistemas jurídicos. Pode-se ser conceituada como o fenômeno no qual as limitações dos Estados Nacionais não mais contêm as relações sociais, que passam, então, a perpassar e a ultrapassar a soberania. (STAFFEN, 2014, p.1547).

Esse contexto, somado ao fortalecimento dos organismos internacionais, e a universalização das declarações de direitos humanos, fizeram com que os estados democráticos de direito passassem a adotar em suas constituições noções universais de direitos, notadamente direitos humanos. Como consequência, surgiram a existência de problemas globais, cujas soluções adotadas por um estado serviram de inspiração e influência para os outros. Defende-se que:

Os limites de cada ordenamento, antes nítidos e bem delineados, tornam-se paulatinamente tênues e, como consequência, certas temáticas são alçadas para além dos limites territoriais ou jurisdicionais estatais, dando ensejo a uma abordagem dos mesmos sob uma perspectiva transnacional. (LOPES; JÚNIOR, 2017, p. 183).

meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim. (ÁVILA, 2009, p. 161).

Um dos efeitos práticos mais evidente da transnacionalidade é o diálogo de cortes constitucionais, consistindo na utilização, por parte das cortes, de um estado de precedentes das cortes constitucionais de outros países, inserindo no direito local novos conceitos, institutos e teorias estrangeiras, que guardem correlação com o ordenamento jurídico local e os problemas enfrentados. Outrora inseridos nas decisões apenas como forma de expor a cultura jurídica dos julgadores, atualmente as teorias e julgados de cortes estrangeiras são utilizados, em conjunto com o ordenamento jurídico local, como razão de decidir, inclusive inseridas nos acórdãos com esta qualidade.

Falando sobre o diálogo de cortes e sua repercussão na jurisprudência do STF, discorre-se:

Na experiência brasileira mais recente, o transconstitucionalismo com outras ordens jurídicas estatais tem-se desenvolvido sensivelmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Em decisões de grande relevância em matéria de direitos fundamentais, a invocação da jurisprudência constitucional estrangeira não se apresenta apenas nos votos singulares dos ministros, mas se expressa nas Ementas dos Acórdãos, como parte da *ratio decidendi*. (NEVEZ, 2014, p. 214).

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, essas situações são bem evidentes. Podemos afirmar que a aplicação da Proibição da Proteção Deficiente do Estado pelo STF é mais uma manifestação deste fenômeno. Inicialmente, em 2006, o STF reconheceu e aplicou a Proibição da Proteção Deficiente do Estado no julgamento que negou provimento ao recurso extraordinário interposto contra o não reconhecimento da extinção da punibilidade do crime estupro de vulnerável, face o convívio posterior entre vítima e acusado, RE 418.376-5/MS14. Naquela oportunidade, a corte entendeu que mesmo a união estável posterior não teria o condão de deixar a vítima, uma criança de 09 (nove) anos á época do estupro, desprotegida pelo ordenamento jurídico, vez que esta não teria o consentimento de um adulto.

Analisando a fundamentação do referido julgado, foi destacado o conceito de Proibição de Proteção Deficiente do Estado, sua vertente oriunda da proporcionalidade e a importância de sua aplicação como direito de proteção. Foi referido, ainda, que o princípio seria uma espécie de garantismo positivo o que, com a devida *vênia*, nos parece um erro conceitual, vez que a teoria garantista rejeita a ideia do sopesamento de princípios para a resolução de casos difíceis (FERRAJOLI, 2002, p. 237), como realizado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, quando desenvolveu a construção jurisprudencial em estudo.

Na decisão, é transcrita doutrina sem entretanto, ser realizado qualquer tipo de sopesamento. O julgado limita-se a falar do instituto, e que o estado não poderia abrir mão do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental, e que conferir a situação do caso concreto o *status* de união estável, comparável ao casamento, para fins de extinção da punibilidade, nos termos do art. 107, VII do Código Penal, não seria consentâneo com o princípio da proporcionalidade no que toca à Proibição da Proteção Deficiente do Estado.

Restaram ausentes, na fundamentação, a racionalização dos juízos de adequação, necessidade e proporcionalidade, em sentido estrito, para aferir qual direito fundamental, no caso concreto, deveria prevalecer sobre o outro. Vislumbra-se de um lado o princípio da proteção integral da criança diante da proteção da família e da união estável, art. 226 da CF/88. Observa-se que o meio utilizado foi adequado para o fim almejado, vez que, em sua vertente de proteção, resguardou a sexualidade da criança, fazendo cessar as relações sexuais, ainda que em face do seu próprio companheiro maior, até aquela atingir a maioridade. Foi necessária, vez que não havia outra tutela menos gravoso para o fato, considerando que a menor já estava grávida em virtude da relação sexual. A proporcionalidade, em sentido estrito, também estava presente, vez que neste caso concreto justifica-se, de forma racional, apesar da intensa consequência da intervenção, resguardar o direito da sexualidade da criança, que manteve relação sexual sem o consentimento válido, nessas condições fáticas, devendo a proteção da infância e a sexualidade desta se sobrepor, momentaneamente, restringido os efeitos da relação de união estável entre os companheiros. Caso o outro direito fosse satisfeito, haveria realização de relação sexual com uma criança sem consentimento válido desta, o que o aniquilaria completamente o direito fundamental à proteção da infância.

Posteriormente, no ano de 2012, a Proibição da Proteção Deficiente do Estado também foi aplicado pela Suprema Corte na decisão que declarou a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato previstos na lei n.º 10.826/2003 (HC 102087).¹⁷ Nesse julgado, a corte analisou a constitucionalidade da tipicidade do crime de porte ilegal de arma de fogo desmuniada. Na oportunidade, foi consignado que os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas vedações contra excessos por parte do estado (*Übermassverbot*), mas também devem ser traduzidos em proibições de proteção deficientes por parte do estado, e até mesmo imperativos de tutela (*Untermassverbot*), na medida em que o estado não pode deixar de resguardar a segurança dos indivíduos em face da conduta de terceiros, nesse caso o porte de arma, ainda que desmuniado.

Nesse segundo julgado, a corte constitucional fundamentou que a vedação da Proibição da Proteção Deficiente do Estado impõem ao legislador a criminalização de determinadas condutas que são lesivas à comunidade, mesmo que de perigo abstrato, sem a

lesão concreta de determinado bem jurídico. Foi firmado que muitas vezes a tipificação de condutas de perigo abstrato revelam-se um mecanismo eficaz para a tutela de bens jurídico-penais e supraindividuais, como: o meio ambiente, saúde, etc. Nesse sentido, vemos que a segurança coletiva também pode ser tutelada pelo referido princípio. Restou assentado que o legislador, dentro da sua margem de atuação, deve definir as medidas necessárias para resguardar o bem jurídico e eventual direito fundamental, inclusive com escolher hipóteses de direito penal preventivo. Somente a atividade, que transborde essa opção legislativa, seria inconstitucional.

Parece-nos claro, no acórdão, que os direitos fundamentais considerados na ação foram o da segurança coletiva em detrimento do princípio da ofensividade, oriundo de um sistema penal de matriz iluminista liberal, do direito penal mínimo. Apesar da presença desses direitos fundamentais no julgamento, e da utilização do postulado estudado associado ao princípio da proporcionalidade, não se vislumbra o método hermenêutico utilizado, muito menos a observância das rigorosas técnicas de ponderação consagradas pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão. Novamente, a mais alta corte do país limita-se a mencionar: proporcionalidade, proteção de direitos fundamentais, bens jurídicos tutelados, etc. Ao fim, o julgado indica a conclusão onde um princípio, que não está expressamente previsto na constituição, prevaleceria sobre o outro, em um aparente subjetivismo, que somente reforçam as críticas feitas à ponderação de princípios realizadas no Brasil. Denomina-se essa problemática como “pan-principiologismo em *terrae brasiliis*”, e a define-se como uma tendência da jurisprudência brasileira de elaborar princípios não formulados na Constituição, mas que são fruto, exclusivamente, de argumentações morais (STRECK, 2009, p. 246).

Vale destacar que, nesse segundo julgado, observa-se um esforço argumentativo do STF para fundamentar a aplicação do referido postulado, citando inclusive os termos em alemão e os mandados de criminalização, mas sem utilizar a hermenêutica adequada para o caso e fundamentar o afastamento do princípio da ofensividade. Não se defende aqui que o postulado da proibição da proteção deficiente do estado não era cabível no caso concreto, muito pelo contrário, o julgado mostra possível a aplicação, entretanto, não se pode ignorar que o mesmo foi aplicado sem o rigor técnico adequado, exacerbando a margem de subjetividade do julgador na concretização de um caso difícil.

Analisando também o referido acórdão, pode-se aferir que o meio utilizado foi adequado para o fim almejado, vez que o legislador optou por tutelar com o direito penal ações que geram risco a população, ainda que não geram dano concreto. Foi necessária, vez que não havia outra tutela menos gravoso para o fato, considerando que o porte de arma desmuniado enseja a ocorrência de inúmeros outros delitos concretos, como roubos, receptações etc. A proporcionalidade, em sentido estrito,

também estava presente, vez que, neste caso concreto, justifica-se, de forma racional, apesar da intensa consequência da intervenção, tutelar a segurança coletiva, devendo a intervenção mínima do estado no direito penal, notadamente em crimes sem perigo concreto, ser afastada. Caso o outro direito fosse satisfeito, haveria atipicidade na conduta de todo cidadão brasileiro que portasse arma de fogo desmuniada, o que ensejaria grave caos na segurança da coletividade.

4 CONCLUSÃO

Os fenômenos da transnacionalidade do direito e do diálogo de cortes acabaram por influenciar os estados democráticos de direito. Os textos normativos de suas constituições preveem noções de direitos humanos universais. Como consequência, surgiram a existência de problemas globais, cujas soluções adotadas por um estado serviram de inspiração e influência para os outros.

Desta feita, podemos vislumbrar que a construção jurisprudencial germânica da Proibição da Proteção Deficiente do Estado é plenamente aplicável no Brasil, diante da existência no ordenamento jurídico pátrio dos mesmos direitos fundamentais que balizaram a decisão do Tribunal Federal Constitucional Alemão, bem como, da ocorrência dos mesmos casos concretos difíceis que autorizam o exercício do sopesamento de princípios colidentes.

Apesar das críticas dos positivistas, e dos que defendem o constitucionalismo garantista, dentro do atual formato do ordenamento jurídico dos estados democráticos de direito, é inevitável utilizar a valoração e ponderação de bens.

Na resolução da colisão entre os princípios realizado pelo Tribunal Germânico (BverfGE 88, 203; 28.05.1993), foi adotado um rigor técnico na construção do postulado da Proibição da Proteção Deficiente do Estado, tendo sido fundamentado, de forma didática, a preferência de um princípio pelo outro no caso concreto, ante a adequação, necessidade e proporcionalidade, em sentido estrito, das condicionantes fáticas existentes.

Já as decisões do STF no RE 418.376-5/MS e HC 102087, acertaram em aplicar a Proibição da Proteção Deficiente no caso concreto, mas falharam por não utilizar, de forma adequada, o método existente para resolução de colisão de princípios, o que gera críticas infundadas e incompreensão ao postulado associado à proporcionalidade em estudo, bem como a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

A utilização de forma atécnica e indiscriminada do método de resolução da colisão de princípios, como ocorre hoje no Brasil, além de trazer subjetivismo e, por consequência, ativismo judicial e arbítrio, acaba fomentando as críticas doutrinárias, algumas

injustas e estereotipadas, sobre o próprio neoconstitucionalismo e a aplicação de institutos legítimos como a Proibição da Proteção Deficientes do Estado.

THE BALANCING OF COLLIDING PRINCIPLES AND THE APPLICATION OF THE PROHIBITION OF DEFICIENT PROTECTION OF THE STATE IN BRAZILIAN CRIMINAL LAW

ABSTRACT

The postulate of the Prohibition of Deficient Protection of the State was originally developed from the Germanic jurisprudential construction applying the consideration of conflicting principles. The precedent was crucial to an understanding of fundamental rights from their objective perspective. The transnationality of the law and the dialogue of courts made it possible for other states to use the institute. The aforementioned postulate was accepted by the doctrine and is applied by the Brazilian Judiciary with the purpose of protecting the rights of the community, as seen in RE 418.376-5/MS and HC 102087, both from the STF. It is necessary to verify whether the theoretical basis of the aforementioned institute has been applied correctly in Brazil, as well as the method used. The decisions were correct in applying the Prohibition of Disabled Protection in the specific case, but failed by not adequately using the principled collision resolution rule. The technical and indiscriminate use of the method of resolving the collision of principles as occurs today in Brazil, in addition to bringing subjectivism and, consequently, judicial activism and arbitrariness, ends up encouraging doctrinal criticisms, some unfair and stereotypical, about neoconstitucionalism itself and the application of legitimate institutes such as the State's Prohibition of Disabled Protection.

Key-words: weighting of colliding principles; Objective dimension of fundamental rights; prohibition of deficient protection by the state.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2013.
BROOCKE, Alexandre Moreira van Der. **Proibição da Proteção Deficiente: a proporcionalidade como instrumento de realização dos direitos fundamentais**. 2014. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciência Jurídica, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam Trindade. Garantismo, **Hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Alexandre Morais da Rosa...[et al.]; (organizadores) Luigi Ferrajoli, Lênio Luis Streck, André Karan Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal. Parte geral**. Atualizado por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; JUNIOR, Luis Haroldo Pereira dos Santos. Minorias nacionais, proteção internacional e transnacionalidade. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v.14, n.3, 2017 p. 183. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4996/pdf>. Acesso em: 29 nov. 2021.

MARTINS, Leonardo (org.). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2006.

MARTINS, Leonardo (org.). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transtitucionalismo na América Latina. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 51, n. 201, jan/mar. 2014, p. 193-214. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502958/001002791.pdf?sequence=1>. Acesso em: 30 nov. 2021.

NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2.ed. Wolters Kluwer: Coimbra, 2010.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Nova York, Estados Unidos da América, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/carta-das-nacoes-unidas>. Acesso em: 23 fev. 2024.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SCHIMIDT, Andrei Zenker. **O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STAFFEN, Márcio Ricardo; NISTLER, Regiane. Transnacionalidade e relações de trabalho: análise da imigração dos haitianos ao Brasil. Estamos preparados? **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência**

Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. Acesso em: 29 nov. 2021.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(em) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. **A dupla face do Princípio da Proporcionalidade e o cabimento de Mandado de Segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista- clássico**, disponível em: <http://www.mprs.mp.br/criminal/doutrina/id385.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 418.376-5/MS**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2012]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=412578>. Acesso em: 22 nov. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 102087**. Crimes de Princípio abstrato em face do princípio da proporcionalidade. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2012]. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21457539/habeas-corpus-hc-104410-rs-stf>. Acesso em: 22 nov. 2021.