

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO  
CONPEDI BUENOS AIRES –  
ARGENTINA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E  
CRIMINOLOGIA II**

**MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH**

**JOSIANE PETRY FARIA**

**FRANCIELE SILVA CARDOSO**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

**Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

**Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito Penal, Processo Penal e Criminologia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Franciele Silva Cardoso; Josiane Petry Faria; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-801-1

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal e constituição. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



# **XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA**

## **DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CRIMINOLOGIA II**

---

### **Apresentação**

É com grande satisfação que apresentamos o livro que reúne os artigos apresentados no Grupo de Trabalho “Direito Penal, Processo Penal e Criminologia II”, por ocasião da realização do XII Encontro Internacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI. O evento aconteceu entre os dias 12 e 14 de outubro de 2023 junto à Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, na capital argentina.

O Grupo de Trabalho acima referido, ocorrido em 13 de outubro, reuniu inúmeros pesquisadores de diferentes Estados brasileiros, consolidando o estabelecimento, no âmbito do Encontro Internacional do CONPEDI, de um lócus privilegiado de discussão dos mais variados temas abrangidos pelo Direito Penal, Processo Penal e Criminologia. Da análise dos textos apresentados, fica evidente o propósito crítico dos autores quanto aos diversos temas que compõem a obra, como se evidencia da relação dos textos aqui reunidos:

**1 PROTOCOLO NÃO SE CALE: A RESPONSABILIDADE PENAL DO DIRIGENTE DE ESTABELECIMENTO DE LAZER NOTURNO EM DECORRÊNCIA DA POSIÇÃO DE GARANTIDOR:** aborda a responsabilidade da pessoa jurídica segundo as perspectivas normativas da Espanha e do Brasil, e sua conexão à Teoria da Cegueira Deliberada. Analisa o caso do jogador Daniel Alves como paradigma de abordagem, discorrendo sobre a figura do garante, a responsabilização por crimes omissivos impróprios e o sistema de compliance como um instrumento de mitigação de riscos.

**2 O DESAFIO DA SEGURANÇA HUMANA NO SÉCULO XXI: COMPREENDENDO E BUSCANDO NO CAMINHO DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO E SUA TRANSNACIONALIDADE:** o artigo analisa a eficácia do enfrentamento da violência e da criminalidade, causadas pelo crime organizado, com foco na promoção da segurança cidadã.

**3 A RECONSTRUÇÃO DA CIDADANIA DO ENCARCERADO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO:** o texto aborda aspectos dos movimentos sociais com a finalidade de reconstrução da cidadania do encarcerado no sistema penitenciário brasileiro. Analisa os conceitos referentes à cidadania, bem como a relevância desse conceito na

ressocialização do preso e a crise do sistema prisional. Aborda, por fim, os movimentos sociais existentes e apresentadas as associações destinadas à melhoria das condições humanitárias aos presos.

4 A ESTIGMATIZAÇÃO DOS ANORMAIS E A LUTA ANTIMANICOMIAL NO BRASIL: REFLEXÕES A PARTIR DO CASO DO HOSPITAL COLÔNIA DE BARBACENA/MG: a partir da análise do caso do Hospital de Colônia de Barbacena/MG, o artigo analisa os estigmatizados como “loucos ou anormais” que sofreram extremas violações de direitos humanos, sendo relegados à própria sorte em ambientes hostis e degradantes.

5 NOVOS MARCOS CRIMINOLÓGICOS E DE ORDEM PÚBLICA DESDE OS ATAQUES À (A)NORMALIDADE: FAKE NEWS E GUERRAS HÍBRIDAS: o texto tematiza a questão criminal no atual contexto de expansão das chamadas fake news, que tornam mais aguda a sensação de insegurança e descrédito nas instituições políticas e jurídicas tradicionais, impactando nas políticas de segurança pública no Estado Democrático de Direito.

6 ABANDONO FAMILIAR DAS MULHERES ENCARCERADAS NO BRASIL: o artigo analisa o perfil da mulher em cárcere, as causas e consequências do abandono, bem como a violação dos direitos das presas, evidenciando a necessidade de políticas públicas a essa população que vive à margem da sociedade.

7 A (IM)POSSIBILIDADE DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NOS CRIMES AMBIENTAIS: o estudo analisa a possibilidade ou não da responsabilidade penal das pessoas jurídicas em crimes ambientais no contexto legal brasileiro. O texto explora como as empresas podem ser legalmente responsabilizadas por danos ambientais, além das abordagens teóricas subjacentes, investigando as teorias que fundamentam a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, e analisando capacidades de ação, culpabilidade e consequências penais.

8 A INCIDÊNCIA DO BUSINESS JUDGEMENT RULE NO DIREITO BRASILEIRO: RISCO PERMITIDO NO CRIME DE GESTÃO TEMERÁRIA: o artigo aborda o elemento normativo da temeridade contida no artigo 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86, ponderando-o através de uma análise comparada com o delito de infidelidade patrimonial ou administração desleal, existentes nos ordenamentos jurídicos da Alemanha e Espanha.

9 DA JURISPRUDÊNCIA ALEMÃ AO DIREITO PENAL BRASILEIRO: ANÁLISE HERMENÊUTICA DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE DO ESTADO NO

CONTEXTO DOS DIREITOS HUMANOS: o artigo analisa aspectos hermenêuticos da aplicação do princípio da Proibição da Proteção Deficiente do Estado no direito penal brasileiro, tendo como parâmetro as decisões do Supremo Tribunal Federal no RE 418.376-5 /MS e no HC 102087.

10 JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA: DO “PLEA BARGAINING” NORTE-AMERICANO AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL BRASILEIRO: o artigo examina a crescente influência do "plea bargaining" dos Estados Unidos na formação da Justiça Penal Negociada no Brasil, particularmente com a introdução do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) através da Lei nº 13.964/2019.

11 A POLÍTICA DE GUERRA ÀS DROGAS E O SEU IMPACTO SOCIAL NO BRASIL: MARGINALIZAÇÃO, PUNIÇÃO E ENCARCERAMENTO EM MASSA: o texto empreende uma revisão bibliográfica, analisando os diversos efeitos causados pelas políticas de drogas proibicionistas no Brasil, apresentando como tais efeitos afetam uma parcela específica da população, excluindo e marginalizando essas pessoas, além de apresentar possíveis soluções e caminhos.

12 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E OS IMPACTOS NO ENCARCERAMENTO FEMININO BRASILEIRO: o artigo investiga os impactos da Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais (ADPF nº 347) no encarceramento feminino.

13 PRISÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA: O EXTERMÍNIO DO JOVEM NEGRO NO BRASIL E SUA APARENTE CAUSA EXTRAPENAL: o estudo aborda a problemática do sistema prisional brasileiro, a seletividade do aprisionamento e os efeitos da pandemia de COVID-19 nos direitos fundamentais dentro das prisões.

14 CULTO À PENA: APROXIMAÇÕES ENTRE INSTINTO, FÉ E RAZÃO: o estudo empreende uma crítica interdisciplinar acerca do discurso legitimador da pena enquanto pretensão produto da razão. O trabalho busca articular as contribuições da teoria psicanalítica freudiana com as bases utilizadas na estruturação dogmática jurídico-penal, a fim de justificar a inflicção de dor.

15 O FENÔMENO DO CRIME ORGANIZADO: ESTUDO DAS FACÇÕES CRIMINOSAS PRIMEIRO COMANDO DA CAPITAL, COMANDO VERMELHO, FAMÍLIA MONSTRO, OKAIDA E FAMÍLIA DO NORTE – ORIGENS E CARACTERÍSTICAS COMUNS: o artigo aborda o fenômeno do crime organizado e das

facções criminosas no Brasil, com ênfase na investigação das eventuais semelhanças e características comuns entre as facções criminosas, especialmente no que tange ao seu local e forma de nascimento e eventuais motivações ou causas de sua fundação. O trabalho analisa as facções criminosas com maior capilarização no território nacional.

16 SOB O JUGO DAS FACÇÕES: OS TRIBUNAIS DO CRIME DAS ORGANIZAÇÕES: o estudo aborda o fenômeno do crime organizado e das facções criminosas no Brasil, com ênfase nos denominados "Tribunais do Crime", sistemas de justiça paralela operados pelas organizações criminosas.

17 O VAZAMENTO DE DADOS POR UMA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA: A INSUFICIÊNCIA DE RESPOSTA JURISDICIONAL AOS CONFLITOS EMERGENTES DE UMA SOCIEDADE DE MASSA: o estudo analisa um caso de vazamento de dados ocorrido em uma instituição financeira e a resposta do Poder Judiciário, colocando em relevo o desafio da proteção de dados diante dos fluxos informacionais. Discute a vulnerabilidade dos dados pessoais diante de novas e sofisticadas formas de tratamento, o que aponta para a necessidade de tutela diferenciada.

18 A INSERÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO BRASILEIRO PARA GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA SOCIEDADE EM REDE: o texto analisa experiências na inserção de políticas públicas no Estado Brasileiro para garantia de direitos fundamentais no âmbito da sociedade em rede, identificando exemplos da Europa e América Latina, especificamente em relação a inclusão digital e proteção de dados, problematizando o acesso à informação, promoção da transparência e efetividade de direitos fundamentais a partir do uso das tecnologias de informação e comunicação pelo Estado através de políticas públicas.

19 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NAS AÇÕES PENAIS PÚBLICAS COMO ACORDO COLETIVO: o artigo aborda o acordo de não persecução penal nas ações penais públicas como acordo coletivo. Empreende análise conceitual referente à não persecução penal e sua aplicabilidade, avaliando como o Direito Penal acaba por tutelar direitos difusos e como tais acordos refletem não somente na vida do acusado, mas na sociedade como um todo.

Pode-se observar, portanto, que os artigos ora apresentados abordam diversos e modernos temas, nacionais e/ou internacionais, dogmáticos ou práticos, atualmente discutidos em âmbito acadêmico e profissional do direito, a partir de uma visão crítica às concepções doutrinárias e/ou jurisprudenciais.

Tenham todos uma ótima leitura!

É o que desejam os(as) organizadores(as).

Buenos Aires, primavera de 2023.

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul

Josiane Petry Faria - Universidade de Passo Fundo

Franciele Silva Cardoso - Universidade Federal de Goiás

# DA JURISPRUDÊNCIA ALEMÃ AO DIREITO PENAL BRASILEIRO: ANÁLISE HERMENÊUTICA DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE DO ESTADO NO CONTEXTO DOS DIREITOS HUMANOS

## FROM GERMAN JURISPRUDENCE TO BRAZILIAN CRIMINAL LAW: A HERMENEUTIC ANALYSIS OF THE PROHIBITION OF STATE'S DEFICIENT PROTECTION IN THE CONTEXT OF HUMAN RIGHTS

Sidney Soares Filho <sup>1</sup>  
Iuri Rocha Leitão <sup>2</sup>

### Resumo

O presente trabalho tem por objetivo analisar aspectos hermenêuticos da aplicação do princípio da Proibição da Proteção Deficiente do Estado no direito penal brasileiro, tendo como parâmetro as decisões do Supremo Tribunal Federal no RE 418.376-5/MS e no HC 102087. Nessas decisões, assentou-se ser a proibida da proteção insuficiente nas três esferas de poder, sendo crucial para uma compreensão dos direitos fundamentais a partir de sua perspectiva objetiva. Pode-se dizer que, conforme será explicado neste trabalho, que o conceito de Proibição da Proteção Deficiente do Estado possui base hermenêutica, tendo sido desenvolvido originariamente a partir da construção jurisprudencial germânica. Ele foi acolhido pela doutrina nacional e é aplicado pelo Poder Judiciário Brasileiro com a finalidade de resguardar direitos da coletividade. Assim, faz-se necessário aferir se a base teórica do referido princípio, hermeneuticamente, vem sendo aplicado de forma correta no Brasil. Concluiu-se que é hermeneuticamente viável, frente ao Ordenamento Jurídico brasileiro, a aplicação do princípio da Proibição da Proteção Deficiente do Estado.

**Palavras-chave:** Dimensão objetiva dos direitos fundamentais, Direito penal comparado, Hermenêutica constitucional, Ponderação de princípios colidentes, Proibição da proteção deficiente por parte do estado

### Abstract/Resumen/Résumé

The present work aims to analyze hermeneutical aspects of the application of the principle of Prohibition of Deficient Protection of the State in Brazilian criminal law, having as a parameter the decisions of the Federal Supreme Court in RE 418.376-5/MS and HC 102087. It is considered to be the prohibition of insufficient protection in the three spheres of power, being crucial for an understanding of fundamental rights from its objective perspective. It can be said that, as will be explained in this work, the concept of Prohibition of Deficient State

---

<sup>1</sup> Professor do Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos da UNIFOR. Pós-doutorado na Universidade de Czestochowa. Doutor e Mestre em Direito. Doutorando em Educação (UFC).

<sup>2</sup> 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).



Protection has a hermeneutic basis, having been originally developed from the Germanic jurisprudential construction. It was accepted by the national doctrine and is applied by the Brazilian Judiciary in order to protect the rights of the community. Thus, it is necessary to assess whether the theoretical basis of that principle, hermeneutically, has been applied correctly in Brazil. It was concluded that it is hermeneutically feasible, in view of the Brazilian Legal System, the application of the principle of Prohibition of Deficient Protection by the State.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Objective dimension of fundamental rights, Comparative criminal law, Constitutional hermeneutics, Weighting of conflicting principles, Prohibition of deficient protection by the state

## INTRODUÇÃO

A Segunda Guerra Mundial marcou o início de uma nova era em relação à compreensão e efetivação dos direitos humanos. Em sua consequência, a Organização das Nações Unidas consolidou a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948, propondo uma visão renovada sobre a universalidade dos direitos fundamentais. Tal documento, desde seu preâmbulo, visava instigar nações e indivíduos a perpetuar seus ideais através de ensino e educação, objetivando o reconhecimento e a aplicação efetiva destes direitos em âmbito global.

Essa declaração trouxe inovações significativas em relação à sua antecessora de 1789, que, apesar de seu alcance e clareza, muitas vezes permanecia no domínio do abstrato. Agora, a contemporaneidade exigia uma abordagem mais tangível e eficaz, ancorada nos pilares da liberdade, igualdade e fraternidade. 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, se afastando do formato anterior de mera abstração e pretensão de disseminar um direito universal ao gênero humano.

Nesse cenário, os estados democráticos emergiram reconhecendo os direitos humanos como base de sua existência. No entanto, as novas nuances e o conteúdo genérico dos textos constitucionais apresentaram desafios interpretativos, dando origem a técnicas como a ponderação de princípios. Uma das noções mais relevantes neste contexto é a "Proibição da Proteção Deficiente do Estado", que originou-se da jurisprudência alemã e foi adaptada no contexto brasileiro.

Este trabalho se propõe a investigar: a fundamentação teórica da Proibição da Proteção Deficiente do Estado, sua harmonização com o direito brasileiro, a metodologia hermenêutica empregada pelos tribunais brasileiros, e a adequação dessa metodologia à sua aplicação. Assim, buscaremos analisar a origem, aplicação e compatibilidade desta teoria com o ordenamento jurídico brasileiro, objetivando avaliar sua implementação no direito penal do país.

Para a realização desta pesquisa, adotou-se uma metodologia qualitativa, combinando uma abordagem documental e analítica. Inicialmente, foi feita uma revisão bibliográfica abrangente das principais obras e artigos relacionados à Proibição da Proteção Deficiente do Estado, bem como aos fundamentos dos direitos humanos em contextos globais e específicos do Brasil. Esta etapa forneceu o substrato teórico necessário para contextualizar nossa análise.

Adicionalmente, recorreu-se à jurisprudência, analisando decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão e do Supremo Tribunal Federal brasileiro que aplicaram ou

referenciaram o postulado em questão. Estas decisões foram estudadas detalhadamente, visando identificar padrões, argumentos recorrentes e métodos hermenêuticos empregados. O cruzamento desses dados com a literatura teórica permitiu uma compreensão holística da aplicação e interpretação do conceito em diferentes contextos legais, culminando na avaliação de sua implementação no direito penal brasileiro.

Assim, buscou-se aprofundar o entendimento sobre uma temática de relevância no cenário jurídico contemporâneo: a Proibição da Proteção Deficiente do Estado. Inicialmente, nos debruçou-se sobre o conceito e a origem da Proibição da Proteção Deficiente do Estado, abordando sua relevância e implicações no panorama global dos direitos fundamentais. Em seguida, nos voltaremos para os Aspectos Hermenêuticos da Aplicação da Proibição da Proteção Deficiente do Estado no Direito Penal Brasileiro, onde analisou-se o método interpretativo empregado pelos tribunais nacionais, avaliando a adequação e eficácia desse postulado no contexto jurídico-penal brasileiro. Ambos os tópicos proporcionarão uma compreensão holística sobre como essa proibição se encaixa e atua dentro do nosso sistema legal.

## **1 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; 28.05.1935), servindo de *ratio decidendi* para o reconhecimento do dever de proteção da dignidade humana (MARTINS, 2016, p. 2006).

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 filho<sup>1</sup>. O mencionado tribunal estabeleceu que a Constituição

---

1 “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

Alema 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 (MARTINS, 2016, p. 2006).

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 (MORAIS, 2013).

Restou assentado que a Proibição da Proteção Deficiente do Estado não permite aliviar a desistência da utilização, também, do direito penal na proteção da vida humana, ainda que seja utilizado como última 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 (FERREIRA, 2022).

Discorrendo sobre o princípio e as hipóteses de sua aplicação, Sanguiné (2014, p. 669) preceitua que, na Alemanha, tem-se discutido intensamente uma dimensão menos explorada e ainda incipiente do princípio da proporcionalidade, conhecida como proibição de insuficiência (*Untermassverbot*) ou de proteção deficiente. Este princípio sugere que a proporcionalidade pode ser invocada tanto para reivindicar um direito de defesa contra a inação estatal quanto para demandar ações positivas por parte do Estado. Assim, o Estado é circunscrito por duas fronteiras: por um lado, a proibição de excesso estabelece um limite superior e, por outro, a proibição de insuficiência delinea um limite inferior, guiando as obrigações estatais de proteção aos direitos fundamentais.

A esse respeito, Alexy (2015) aponta a distinção entre os direitos fundamentais de proteção e defesa. Não obstante ambos tenham como destinatário o próprio estado, os direitos

---

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". (BROOKE, 2014, p. 147).

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 defendida por Alexy (2015), nas condicionantes fáticas de se extirpar 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 tutela menos 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 (ALEXY, 2015).

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, subjetivismo no exercício dessa ponderação, ativismo judicial e efeitos nefastos na separação dos poderes.

Nesse sentido pode-se citar, Novais (2010, p. 682), destaca que as especificidades de cada direito fundamental correm o risco de ser indevidamente suplantadas por uma reserva genérica de ponderação, que impactaria de forma homogênea todos os direitos fundamentais, nivelando de forma apressada suas características distintas.

Essa abordagem generalista tende a transformar toda questão relacionada a direitos fundamentais em um conflito não solucionado constitucionalmente entre bens jurídicos. Esse processo poderia justificar a troca do meticuloso trabalho de interpretação jurídica, essencial para resolver casos complexos, por um caminho mais fácil e conveniente. Este último, por sua vez, embora mascarado por uma suposta ponderação de bens, derivaria, na realidade, da livre invenção jurídica do aplicador da lei (NOVAIS, 2010, p. 682).

Ainda que existam críticas, bem fundamentadas por sinal, dentro do atual formato dos ordenamentos jurídicos dos estados democráticos de direito, a própria doutrina compreende a inevitabilidade de se utilizar sistematicamente a valoração e ponderação de bens. Os que rejeitam este método, dentre eles os positivistas e defensores do constitucionalismo garantista, não apontam soluções eficazes para os casos difíceis, vez que o método clássico defendido por eles já se mostrou insuficiente para a complexa normatividade da atualidade (FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE, 2012). Vale destacar que o constitucionalismo garantista, 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 desenvolvida por Alexy (2015), visando mitigar a “insuficiência” de recursos claros à ponderação de bens, visando evitar subjetivismo e arbítrio. Ademais, vale pontuar que o sistema normativo, como um todo, padece das críticas feitas a 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, compreende-se 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, se torna 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.

Bonavides (2013) reconhece o dever do Estado de promover positivamente os direitos fundamentais, com respeito à separação de poderes e com proporcionalidade. Os princípios orientam a adoção de ações que protejam os direitos de liberdade, o que é também referido como função protetora (*Schutzfunktion*). Não é suficiente para o Estado apenas respeitar os direitos fundamentais; ele também tem a responsabilidade de fomentá-los, implementando medidas que os efetivem da maneira mais eficaz.

Assim, pode-se dizer que a implementação de uma norma ou preceito constitucional não deve resultar na limitação de um direito fundamental ao ponto de esvaziá-lo de seu essencial impacto e significado. Em outras palavras, não se pode aplicar uma norma de forma tão restritiva que negue a própria essência do direito que pretende proteger ou promover. A este respeito, o princípio da proporcionalidade desempenha um papel crucial, atuando como um guia para os Poderes Legislativo e Executivo, garantindo que eles adotem abordagens e métodos que não só se alinhem com seus objetivos, mas também respeitem os direitos fundamentais dos cidadãos (FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE, 2012).

Para garantir isso, a proporcionalidade estabelece três critérios claros: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Primeiro, uma medida é considerada adequada se, e somente se, ela efetivamente atende ao objetivo pretendido. Ou seja, deve haver uma correspondência direta entre a ação proposta e o resultado desejado. Em segundo lugar, essa medida deve ser necessária. Isso significa que, dentre todas as opções disponíveis que poderiam alcançar o mesmo objetivo, a escolhida deve ser a que menos interfere ou restringe os direitos fundamentais. Isso garante que o Estado não tome medidas excessivas quando alternativas menos invasivas estiverem disponíveis (ALEXY, 2015).

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito implica um balanço entre os benefícios da medida e os possíveis prejuízos ou impactos negativos. A medida só será considerada proporcional se os ganhos obtidos forem mais significativos que os possíveis danos causados.

Central para a aplicação deste princípio está a relação causal entre a ação tomada e o objetivo pretendido. Não basta simplesmente adotar uma medida e esperar um resultado positivo. Deve haver uma conexão clara e direta, onde a implementação da medida resulte efetivamente na realização do objetivo desejado (ALEXY, 2015).

Canaris, em sua obra de 2005, introduz uma perspectiva fundamental sobre o papel do Estado na salvaguarda dos direitos fundamentais. Esta concepção não só reforça o dever

tradicional do Estado de não violar esses direitos, mas vai além, sublinhando a sua responsabilidade proativa de protegê-los. Em outras palavras, o Estado não pode simplesmente adotar uma postura passiva, abstendo-se de interferir nos direitos dos cidadãos; ele tem o dever de tomar medidas afirmativas para assegurar que esses direitos sejam respeitados, promovidos e protegidos (CANARIS, 2005, p. 21-28).

Canaris (2005, p. 21-28) evidencia que o compromisso do Estado com os direitos fundamentais deve ser intrínseco a todas as suas funções, sejam elas legislativas, administrativas ou judiciais. Assim, não é suficiente que as leis estejam em conformidade com os direitos fundamentais; elas devem ativamente protegê-los<sup>2</sup>. Quando o aparato legislativo falha nesse dever, surge um vácuo que pode levar a violações ou negligências. Portanto, é vital que as leis sejam projetadas e revisadas com a proteção dos direitos fundamentais em mente.

Percebe-se que o autor destaca uma visão ampliada e profundamente responsável do papel do Estado em relação aos direitos fundamentais. Em sua perspectiva, o Estado deve estar constantemente vigilante e ativo em sua missão de proteger, promover e garantir esses direitos em todas as suas ações e decisões.

## **2. ASPECTOS HERMENÊUTICOS DA 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 fenômeno que decorre da intensificação, nos últimos anos, da comunicação e relações entre os estados e seus sistemas jurídicos. Ela se refere ao processo pelo qual as relações sociais superam as barreiras estabelecidas pelos Estados Nacionais, transcendendo fronteiras territoriais, noções de nacionalidade e, sobretudo, o conceito de soberania. (STAFFEN,; NISTLER, 2014)

Esse contexto, somado ao fortalecimento dos organismos internacionais e a universalização das declarações de direitos humanos, fizeram com que os estados democráticos

---

2 “Segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, endossada pela doutrina, eles [*direitos fundamentais*] possuem adicionalmente a função de obrigar o Estado à proteção dos seus cidadãos; fala-se, nesse tocante, dos direitos fundamentais enquanto mandamentos de tutela ou deveres de proteção [*Schutzgebote*] [...] É evidentemente possível que a própria Constituição estabeleça a aplicação imediata de um direito fundamental nas relações entre particulares. [...] Para além de tais exceções, somente o Estado é destinatário dos direitos fundamentais, de acordo com a opinião prevalente na Alemanha. [...] Quando a decisão judicial permanece aquém do mínimo de proteção imposto pela Constituição nos encontramos diante de uma genuína violação de um direito fundamental” (CANARIS, 2005, p. 21-28).



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.

Lopes e Santos Júnior (2017, p. 183) consideram que as fronteiras que antes claramente definiam os domínios de cada sistema legal estão, gradualmente, se tornando menos claras e distintas. Esse processo de desvanecimento das linhas jurisdicionais resulta em certos temas ultrapassando os confins territoriais ou jurídicos tradicionais dos Estados.

Isso implica uma necessidade crescente de abordar essas questões sob um olhar que não se restringe à jurisdição de um único país, mas sim considerando uma dinâmica transnacional mais ampla. Em outras palavras, a interação e interdependência entre sistemas legais distintos estão fomentando uma compreensão mais globalizada de certos assuntos jurídicos (LOPES; SANTOS JÚNIOR, 2017, p. 183).

Um dos efeitos práticos mais evidente da transnacionalidade é o dialogo 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 (BONAVIDES, 2013).

Falando sobre o diálogo de cortes e sua repercussão na jurisprudência do STF, discorre Neves (2014, p. 214) que, na recente trajetória jurídica do Brasil, o transconstitucionalismo em relação a outras jurisdições estatais vem ganhando destaque, particularmente no contexto do Supremo Tribunal Federal. Em julgamentos significativos relacionados a direitos fundamentais, a referência à jurisprudência constitucional de outros países não se restringe apenas aos votos individuais dos ministros. Ela também é manifestada nas Ementas dos Acórdãos, integrando a fundamentação central da decisão (NEVES, 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 há época do estupro, desprotegida pelo ordenamento jurídico, vez que esta não teria o consentimento de um adulto (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012).

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 referido seria uma espécie de garantismo positivo o que, com a devida *vênia*, nos parece um erro conceitual, vez que a teoria do constitucionalismo garantista defendida por Luigi Ferrajoli (2002) rejeita a ideia do sopesamento de princípios para a resolução de casos difíceis, como defendido por Alexy (2015) e realizado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão quando desenvolveu a construção jurisprudencial em estudo.

O trato da teoria garantista é mediado pelo resgate e valorização da Constituição como documento constituinte da sociedade, destacando-se a contribuição de Ferrajoli à teoria do Direito e à filosofia política bem como ao direito e processo penal a partir da tríplice acepção de sua teoria. A primeira seria a designação de um modelo normativo de direito, que trata-se de uma teoria jurídica na medida em que problematiza a existência de um sistema jurídico formal e de outro substancial, concretizando a democracia (LOPES; RIBEIRO, 2014. p. 9).

Corroborando com estas palavras Ferrajoli preceitua "garantismo" refere-se a um padrão normativo independente de direito: especificamente, em relação ao direito penal, ele representa o modelo de 'legalidade estrita', característico do Estado de direito. Epistemologicamente, é visto como um sistema de mínimo poder ou conhecimento. Politicamente, serve como uma estratégia eficaz para reduzir a violência e aumentar a liberdade. Juridicamente, estabelece limitações ao poder punitivo do Estado para assegurar os direitos dos cidadãos (FERRAJOLI: 2002; p. 684).

O segundo conceito consiste em uma teoria jurídica da validade e da efetividade, na medida em que a expressão “garantismo” manifestar-se-ia como uma aproximação teórica que mantém separado o “ser” e o “dever ser” no direito, o que configuraria nas palavras do referido autor, que “o garantismo opera como doutrina jurídica de legitimação e, sobretudo, de perda da legitimação interna do direito penal, que requer dos juízes e dos juristas uma constante tensão crítica sobre as leis vigentes” (FERRAJOLI: 2002; p. 684).

Na decisão é transcrita a doutrina de Streck (2009) e Ingo Sarlet (2005), sem entretanto, ser realizado qualquer tipo de sopesamento. O julgado se limita 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 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012).

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).<sup>17</sup> Nesse julgado a corte analisou a constitucionalidade da tipicidade do crime de porte ilegal de arma de fogo desmuniçada.

Na oportunidade, foi consignado que os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas vedações contra excessos por parte do estado (*Ubermassverbot*), 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 resguardar a segurança dos indivíduos em face da conduta de terceiros, nesse caso o porte de

arma, ainda que desmuniado (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012).

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 a 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 se revelam 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.

Nos parece 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 proporcionalidade, não se vislumbra o método hermenêutico utilizado, muito menos a observância das rigorosas técnicas de ponderação desenvolvidas por Robert Alexy e consagradas pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (ALEXY, 2015).

Novamente a mais alta corte do país se limita a mencionar, proporcionalidade, proteção de direitos fundamentais, bens jurídicos tutelados, etc. para, ao fim, indicar 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. Em razão desta problemática, Streck (2009), chama de “pan-principiologismo em *terrae brasilis*” à tendenciada jurisprudência brasileira de elaborar princípios não formulados na Constituição, mas que são fruto, exclusivamente, de argumentações morais.

Vale destacar que nesse segundo julgado, se observa 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, podemos 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 fogodesmuniada, o que ensejaria grave caos na segurança da coletividade.

## **CONCLUSÃO**

A transnacionalidade do direito e o diálogo entre cortes têm moldado os estados democráticos contemporâneos, enraizando em suas constituições noções universais de direitos humanos. Este fenômeno conduziu à emergência de desafios globais, onde soluções adotadas por uma nação podem inspirar e influenciar as demais.

Neste cenário, percebe-se que a abordagem jurisprudencial germânica acerca da Proibição da Proteção Deficiente do Estado se mostra plenamente compatível com o Brasil. Isso se deve, primordialmente, à presença, em nosso ordenamento jurídico, dos direitos fundamentais que nortearam a decisão do Tribunal Federal Constitucional Alemão e à presença de situações concretas complexas que exigem a ponderação de princípios em conflito.

Entretanto, deve-se observar com cautela a resistência por parte dos positivistas e defensores do constitucionalismo garantista. No âmbito dos estados democráticos de direito contemporâneos, a valoração e ponderação de princípios se fazem indispensáveis. O Tribunal Germânico demonstrou meticulosidade e precisão técnica ao adotar o postulado da Proibição da Proteção Deficiente do Estado, clarificando a priorização de um princípio sobre outro com base na adequação, necessidade e proporcionalidade frente às circunstâncias fáticas.

Em contraste, as decisões do STF nos casos RE 418.376-5/MS e HC 102087, embora tenham acertado ao incorporar a Proibição da Proteção Deficiente, não seguiram adequadamente o método de resolução de conflitos de princípios proposto por Robert Alexy. Esta inconsistência metodológica gerou críticas, muitas vezes infundadas, exacerbando mal-entendidos sobre o princípio da proporcionalidade e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

A aplicação imprecisa e indiscriminada do método de resolução de conflitos, como observado no Brasil atualmente, resulta em decisões marcadas por subjetivismo, ativismo judicial e discricionariedade. Essa prática não só alimenta críticas doutrinárias – frequentemente baseadas em estereótipos – mas também ameaça a integridade do neoconstitucionalismo, dificultando a plena realização das contribuições teóricas de Robert Alexy e a efetivação de instrumentos vitais, como a Proibição da Proteção Deficiente do Estado.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2015, 456 p.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2013. 864 p.
- BROOKE, Alexandre Moreira van Der. **Proibição da Proteção Deficiente: a proporcionalidade como instrumento de realização dos direitos fundamentais**. 2014. 147 p. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciência Jurídica, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2014.
- DWORKIN, Ronald. **Levando o direito a sério**. Tradução. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, 237 p.
- FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam Trindade. **Garantismo, Hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Alexandre Moraes da Rosa...[et al.]; (organizadores) Luigi Ferrajoli, Lênio Luis Streck, André Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FERREIRA, Thiago Marcantonio. A instrumentalidade constitucional-democrática da investigação penal. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, v. 13, n. 9, p. 289-319, 2022.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal. Parte geral**. Atualizado por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2006, 808 p.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; SANTOS JUNIOR, Luis Haroldo Pereira dos. 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 jun. 2023.

LOPES, Marcus Vinicius Pimenta; RIBEIRO, Raphael Lima. As acepções da teoria do garantismo. **Revista Pensar Acadêmico**. v. 10. n. 1. p. 09-13. jan/jul. 2014.

MARTINS, Leonardo (org.). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2016, 278 p.

MARTINS, Leonardo (org.). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2006, 273 p.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, 400 p.

MORAIS, Fausto Santos de. **Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal**. 2013.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo 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: 22 jul. 2023.

NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2.ed. Wolters Kluwer: Coimbra, 2010, 345 p.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, 669 p.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2014, 1518 p.

SCHIMIDT, Andrei Zenker. **O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, 392 p.

STAFFEN, Márcio Ricardo; NISTLER, Regiane. Transnacionalidade e relações de trabalho: análise da imigração dos haitianos ao Brasil. Estamos preparados? **Revista Eletrônica Direito e Política**, [S. l.], v. 9, n. 3, p. 1542–1568, 2014. DOI: 10.14210/rdp.v9n3.p1542-1568. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/6750>. Acesso em: 26 jul. 2023.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(em) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, 456 p.

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

jul. 2023.

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, 246 p.

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 jul. 2023.

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 jul. 2023.