

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL

MICHAEL SCHNEIDER FLACH

**AS DUAS FACES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE
E AS NORMAS PENAS: ENTRE A PROIBIÇÃO DO
EXCESSO E A PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE**

Porto Alegre

2009

MICHAEL SCHNEIDER FLACH

**AS DUAS FACES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE
E AS NORMAS PENAS: ENTRE A PROIBIÇÃO DO
EXCESSO E A PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE**

Dissertação de Mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Ciências Criminais.

Área de Concentração: Sistema Penal e Violência

Linha de Pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos

Orientador: Prof. Dr. Fábio Roberto D'Avila

Porto Alegre

2009

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

F571d Flach, Michael Schneider

As duas faces do princípio da proporcionalidade e as normas penais : entre a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente / Michael Schneider Flach. – Porto Alegre, 2009.

261 f.

Diss. (Mestrado em Ciências Criminais) – Fac. de Direito, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila.

1. Direito Penal. 2. Princípio da Proporcionalidade.
3. Direitos Fundamentais. 4. Constituição – Brasil, 1988.
I. D'Avila, Fabio Roberto. II. Título.

CDD 341.5

Bibliotecária Responsável: Dênira Remedi – CRB 10/1779

DEDICATÓRIA

Aos meus queridos Avós, os quais partiram para o eterno, durante o período do mestrado. Como não pude estar por perto no momento da despedida, dedico-lhes o trabalho e esta oração, a qual, assim como tantas coisas valiosas, aprendi com eles.

PRECE DE CÁRITAS

DEUS nosso Pai que sois todo o Poder e Bondade, dai à força aqueles que passam por aprovação, dai a luz àquele que procura a verdade, e ponde no coração do homem a compaixão e a caridade!

DEUS, dai ao viajor a estrela guia, ao aflito a consolação, ao doente o repouso!

PAI, dai ao culpado o arrependimento, ao espírito a verdade, à criança o guia, ao órfão o pai!

SENHOR, que a vossa bondade se estenda sobre tudo que criaste!

PIEIDADE Senhor para aqueles que vos não o conhecem e Esperança para aqueles que sofrem!

QUE a Vossa Bondade permita aos espíritos consoladores derramarem por toda a parte a Paz, a Esperança e a Fé!

DEUS, um raio ou uma faísca do Vosso Amor pode abrasar a Terra!

PAI, deixai-nos beber nas fontes dessas bondades fecundas e infinitas ...

E todas as lágrimas secarão e todas as dores se acalmarão!

ENTÃO, um só coração e um só pensamento subirá até Vós, como um grito de reconhecimento e de Amor!

E como Moisés no alto da montanha nos te esperaremos de braços abertos...

Ó *PAI*, Ó *Bondade*, Ó *Beleza*, Ó *Perfeição*, e queremos de alguma sorte merecer a Vossa misericórdia!

DEUS, dai-nos a força de ajudar ao progresso a fim de subirmos até Vós! Dai-nos a caridade pura, a fé e a razão. Dai-nos a simplicidade e a humildade que fará de nossa almas o espelho onde se refletirá a Vossa Santa e Imaculada Imagem!

E que assim seja...

AGRADECIMENTOS

Aos meus amados Pais, pelo esforço despendido na minha criação e no ensinamento de tanto valores. Muito devo a eles, e tenho orgulho de ter aprendido com um a importância de ser abnegado, com o outro a diplomacia e com ambos a retidão.

À minha generosa Irmã e à sua bela família, na qual sou acolhido como um filho.

À minha Namorada, a melhor companhia que poderia ter durante a dissertação.

Aos Colegas que trabalham e estiveram comigo, escudeiros fiéis e incansáveis.

Ao meu Orientador, pelas lições, a amizade e a atenção que sempre recebi.

E, é claro, ao Grande Arquiteto do Universo.

“Os pactos sem a espada não passam de palavras, sem força para dar qualquer segurança a ninguém.” (Thomas Hobbes)

Contudo ...

“Não se pode deixar que se destempere a afiada espada da pena, empregando-a em qualquer ocasião insignificante. Pois se ela é utilizada para cortar a madeira, falhará quando o seu golpe for realmente necessário.” (Cornelius Prittwitz)

RESUMO

A presente pesquisa trata sobre a dupla face do princípio da proporcionalidade. Pretende-se com ela examinar que o dito princípio possui duas configurações distintas: como *proibição do excesso* e como *proibição da proteção deficiente*. Naquela, operando de modo a resguardar os direitos e as liberdades dos indivíduos de intervenções excessivas por parte do Estado. Já nesta outra face, determinando que o Estado configure o seu sistema, de forma a propiciar uma proteção eficiente dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, frente às ameaças e aos ataques de terceiros.

Para tanto, buscou-se analisar o tipo de relação mantida entre o Direito Penal e a Constituição, para daí, abstrair-se em que proporção o uso daquele poderá configurar uma medida excessiva, bem como as situações em que a norma penal apresentar-se-á como o meio mais habilitado, e, por vezes, o único capaz de fornecer o tipo de proteção requerida pelos direitos fundamentais. Questões essas, verificadas à luz das dimensões *subjetiva* e *objetiva* desta categoria, enquanto *direitos de defesa* e *deveres de proteção*, e tendo como critério orientador os vetores da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito*, integrantes do princípio da proporcionalidade.

Linha de Pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos.

Área de Concentração: Sistema Penal e Violência.

Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS.

Palavras-chave: Direito Penal – Constituição – Direitos Fundamentais – Princípio da Proporcionalidade – Proibição do Excesso – Proibição da Proteção Deficiente.

ÜBERBLICK

Die Vorliegende Studie handelt davon, daß das Verhältnismässigkeitsprinzip zwei Seiten hat. Mit dieser Studie soll untersucht werden, daß besagtes Prinzip zwei unterschiedliche Einstellungen hat: als Übermassverbot und als Untermassverbot. An jener Seite führt durch, so dass die Rechte und Freiheiten des Einzelnen gegen die übermäßigen Staatseingriffen schützen. Jenseits die Bestimmung, daß der Staat seines System fest legt, damit einen wirksamen Schutz der Grundrechte und Garantien der Bürger, stimmen angesichts der Bedrohungen und von der Angriffen der anderen.

Dadurch, wurde der Beziehungstyp zwischen dem Strafrecht und der Verfassung beantragt zu prüfen, damit im welchen Verhältnis die Verwendung von dessen kann ein übermäßiges Ausmaß abbilden, so wie in der Situationen, in denen die Strafrechtliche Norm wird als qualifiziertes Mittel erscheinen und einigemal, die einzige, die in der Lage zu sein die erforderliche Schutzart des Grundrechtes zu versorgen. Solche Sachen, die im Hinblick auf die subjektive und objektive Dimension dieser Kategorie überprüft wurden, während Abwehrrechte und Schutzpflicht, und hat als Richtungskriterium die Geeignetheitsvektoren, die Erforderlichkeit, und die Angemessenheitsprüfung von dem Verhältnismässigkeitsprinzip integriert.

Studielinie: Zeitgenössisches Strafrechtssystem

Fachbereich: Strafrecht und Nötigung

Strafwissenschaftliches postgradualstudiumprogramm

Stichwörter: Strafrecht – Verfassung – Grundrechte – Verhältnismässigkeitsprinzip – Übermassverbot – Untermassverbot

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1)- O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	12
1.1)- SUBPRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO.....	18
1.2)- SUBPRINCÍPIO DA NECESSIDADE.....	27
1.3)- SUBPRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO.....	38
2)- OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PROPORCIONALIDADE	45
2.1)- A DIMENSÃO SUBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	47
2.2)- A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	50
2.3)- OS DIREITOS DE DEFESA.....	55
2.4)- OS DEVERES DE PROTEÇÃO.....	60
2.5)- A COLISÃO DE DIREITOS E A PONDERAÇÃO.....	67
2.6)- OS LIMITES E AS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	73
3)- A RELAÇÃO ENTRE DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO	78
3.1)- A LEI FUNDAMENTAL E A NORMA PENAL.....	79
3.1.1)- A Força dos Preceitos Constitucionais.....	80
3.1.2)- Bem Jurídico e Tutela Penal.....	85
3.2)- CONDUZAS CRIMINALIZADAS E CONEXÃO COM A CONSTITUIÇÃO.....	91
3.2.1)- A Constituição como Catálogo Estrito de Bens Jurídico-Penais.....	92
3.2.2)- A Constituição como Fonte Ampla de Bens Jurídico-Penais.....	97

3.2.3)- Considerações Gerais sobre os Valores Constitucionais e a Tutela Penal.....	102
3.3)- OS MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO.....	112
3.3.1.)- Os Mandados de Criminalização Expressos e a Constituição Federal.....	116
3.3.2)- Os Mandados Constitucionais de Criminalização Implícitos.....	123
4)- O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO.....	129
4.1)- PRINCÍPIOS LIMITADORES DA INTERVENÇÃO PENAL.....	131
4.1.1)- A Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos e a Ofensividade.....	132
4.1.2)- O Princípio da Intervenção Mínima.....	136
4.2)- A PROPORCIONALIDADE COMO PROIBIÇÃO DO EXCESSO.....	142
4.2.1)- A Concepção Clássica dos Direitos de Defesa.....	142
4.2.2)- A Proporcionalidade dos Mecanismos Penais.....	146
4.3)- O EXCESSO PELA EXPANSÃO DOS INSTRUMENTOS PENAIS.....	150
4.3.1)- O Direito Penal em Expansão.....	150
4.3.2)- As Demandas por Segurança e o Excesso.....	155
4.4)- PROPORCIONALIDADE E POLÍTICA CRIMINAL.....	160
4.4.1)- Equívocos e Excessos.....	160
4.4.2)- A Necessidade de um Modelo Equilibrado de Polícia Criminal.....	166
4.5)- ANÁLISE DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO NA JURISPRUDÊNCIA.....	171
4.5.1)- A Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.....	172
4.5.2)- A Jurisprudência do Tribunal Constitucional da Espanha.....	174
4.5.2.1)- As Decisões STC nº 55/1996 e STC nº 161/1997.....	174
4.5.2.2)- A Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha nº 136/1999.....	176
5)- O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE.....	178
5.1)- A PROPORCIONALIDADE COMO PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA.....	178
5.1.1)- O Dever de Proteção e a Proibição da Insuficiência.....	179
5.1.2)- A Vedação da Tutela Deficiente.....	185
5.2)- O ESPAÇO DO LEGISLADOR E O CONTROLE JURISDICIONAL.....	193

5.2.1)- O Âmbito de Conformação Legislativa.....	193
5.2.2)- O Controle Jurisdicional de Constitucionalidade.....	197
5.3)- O EMPREGO DOS INSTRUMENTOS PENAIS.....	203
5.3.1)- A Legitimação do Direito Penal.....	203
5.3.2)- A Importância do Direito Penal em Face dos Deveres de Proteção.....	210
5.4)- AS DECISÕES DO TRIBUNAL DA ALEMANHA SOBRE O ABORTO.....	215
5.4.1)- As Decisões da Corte Constitucional: BVerfGE 39, 1 e BVerfGE 88, 203.....	216
5.4.2)- As Motivações da Incidência da Medida Penal.....	220
5.5)- PROPORCIONALIDADE E PROIBIÇÃO DE DEFICIÊNCIA PENAL.....	223
5.5.1)- Os Subprincípios da Proporcionalidade na Proibição de Insuficiência.....	223
5.5.2)- Reflexões Finais sobre Proporcionalidade e Direito Penal.....	227
CONCLUSÃO	230
BIBLIOGRAFIA	235

INTRODUÇÃO

No mundo do Direito, é comum o emprego do termo “proporcionalidade”, por via do qual se pugna que uma determinada medida ou decisão seja dotada de atributos de justiça, bom senso e razão, de forma a ser o mais proporcional possível. Nesse lastro, no campo das Ciências Criminais, quando se invoca o princípio da proporcionalidade, a regra é que ele apresente-se como uma barreira frente às restrições praticadas pelo Estado, nas esferas dos direitos e das liberdades gerais dos seus cidadãos.

Contudo, além desta versão clássica, conhecida como “proibição do excesso”, o princípio da proporcionalidade é dotado de uma segunda configuração. Esta determina que os poderes públicos conformem o seu sistema de organização, de normas e de procedimentos, de tal modo que o indivíduo e a sociedade sejam resguardados de ataques e de intromissões indevidas no âmbito de seus direitos fundamentais. Trata-se da “proibição da proteção deficiente”, face que será destacada na presente pesquisa.

Para tanto, iniciamos verificando a estrutura básica da teoria dos princípios e da própria proporcionalidade, a qual se decompõe em “adequação”, “necessidade” e “proporcionalidade em sentido estrito”. Parciais essas que mantêm um fundamento e uma raiz comum, mas cuja incidência prática irá apresentar determinadas variações, conforme se referiam à proibição do excesso ou à proibição da proteção deficiente.

Tendo em vista que os valores mediados pelo princípio da proporcionalidade tem afetação sobre os direitos fundamentais, será verificada a relação mantida entre ambos, inclusive no tocante às limitações, às restrições, às colisões e à ponderação de bens.

Mas, principalmente, será visto que os direitos fundamentais também possuem duas dimensões, a “subjéitiva” e a “objéitiva”, junto das quais estão inseridos os “direitos de defesa” e os “deveres de proteção”, cujo significado repercute na proporcionalidade.

Com efeito, considerando-se que o foco principal da pesquisa reside na forma de incidência da proporcionalidade sobre as normas penais e nas consequências disto, em termos da constitucionalidade das medidas, proceder-se-á à análise da espécie de relação mantida entre o Direito Penal e a Constituição. Aqui, será verificado de que forma a Lei Suprema possui influência direta ou indireta sobre o catálogo de bens jurídicos penais, até a ocorrência de situações nas quais dela emanariam mandados de criminalização, determinando a elaboração ou a manutenção de certos tipos penais.

Estabelecidos tais pontos, passa-se ao exame das duas faces do princípio da proporcionalidade. Primeiramente, sob o ângulo da proibição do excesso, serão vistos os postulados em torno dos direitos de defesa; os princípios que limitam a intervenção penal; a incidência do excesso pela expansão dos meios penais e pelos equívocos da política criminal; além de decisões jurisprudenciais relacionadas a essa temática.

Por último, é realizado o estudo do princípio da proibição da proteção deficiente. Neste capítulo, é verificado de que forma os deveres de proteção e a proibição da insuficiência relacionam-se entre si; qual é o espaço de conformação legislativa e de controle jurisdicional de constitucionalidade das medidas, bem como em que situações é legítimo e, até mesmo, obrigatório o emprego das normas penais para adimplir o dever de tutela emanado da Constituição. Também, serão debatidas as decisões do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e a sua ligação com esta outra face da proporcionalidade, além das alterações que os seus subprincípios sofrem nesta versão. Para, então, formular-se as reflexões finais sobre a proporcionalidade e o Direito Penal.

CONCLUSÃO

Com suporte na matéria objeto de exame, concluímos de forma articulada que:

§ 1º O princípio da proporcionalidade é dotado de duas diferentes faces: a da “proibição de excesso” (*Übermassverbot*) e a da “proibição de proteção deficiente” (*Untermassverbot*). Em ambas as configurações encontra-se dividido em três parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O exame delas figura fundamental no controle da constitucionalidade das normas penais, mas sofrerá certas modificações conforme se trate da análise do excesso ou da insuficiência.

§ 2º Os direitos fundamentais apresentam um caráter duplo, estando dotados de uma dimensão *subjektiva* e de uma *objetiva*, a serem avaliadas sob o ponto de vista do indivíduo e da sociedade, perante os quais o Estado está vinculado, tanto pelos *direitos de defesa*, como pelos *deveres de proteção*, os quais estão sujeitos à colisão.

§ 3º Em virtude dos *direitos de defesa*, o Estado deve abster-se de intervenções indevidas e excessivas nos direitos e liberdades dos indivíduos. Enquanto que os *deveres de proteção* determinam que os poderes públicos conformem o seu sistema, de tal modo que o indivíduo e a sociedade tenham tutelados os seus direitos fundamentais de maneira suficiente, ainda que pelos meios penais, em certas ocasiões.

§ 4º O elo entre Direito Penal, Constituição e princípio da proporcionalidade é de elevado relevo, para que, da concepção à aplicação das normas penais, o sistema não se utilize de meios excessivos ou insuficientes no cumprimento das suas obrigações

para com os direitos fundamentais. Seja por empregar de forma indevida os meios penais, ou renunciar a eles em situações nas quais estava compelido a utilizá-los.

§ 5º A Constituição desponta como importante repositório dos bens jurídicos passíveis de criminalização. Contudo, não pode ser aceita como catálogo estrito e único de objetos de relevo, na medida em que não é vocacionada para tal função. Assim, figura aceitável a criminalização de condutas externas aos valores constitucionais, desde que não atentatórias aos seus postulados e de acordo com a proporcionalidade.

§ 6º No processo de criminalização de condutas, não é exigível uma total equiparação entre o nível do objeto ofendido pelo ilícito e o correlato direito restringido pela sanção penal. Porém, o que se exige é que não haja uma profunda desproporção entre a natureza do bem jurídico tutelado e o direito atingido pela intervenção criminal.

§ 7º O fato de que um objeto figure no rol de valores da Constituição não significa que haja a obrigatoriedade da sua proteção pelas vias penais, na medida em que é preciso submetê-lo ao filtro da proporcionalidade e aos princípios limitadores do intervento penal (ofensividade, fragmentariedade e intervenção mínima).

§ 8º Mais do que uma relação de coincidência, deve ser verificado o ponto de congruência entre o ordenamento jurídico penal e o constitucional. Ou seja, se de um lado o manto de proteção penal não se esgotaria no conteúdo tácito ou explícito da Constituição, por outro não poderia chocar-se com o sistema legal desta. Então, além das indicações constitucionais, a atuação penal incidiria nas áreas em que os conflitos sociais revelaram-se graves, não podendo ser solvidos de outro modo; e eximir-se-ia de operar nos casos em que o objeto não se mostrar digno desta tutela.

§ 9º Nas situações em que previamente o constituinte delimitou que determinado bem deverá ser protegido pelas normas penais, o exame da adequação e necessidade já foram estabelecidos por aquele. Ao legislador ordinário caberá então configurar os elementos restantes do tipo penal, valendo-se da proporcionalidade em sentido estrito.

§ 10 A incidência de um mandado de criminalização produz como efeitos: a obrigação de elaborar o respectivo tipo penal nos moldes cominados; a proibição de que as novas alterações promovidas no tipo reduzam o âmbito de tutela determinado na Constituição; a vedação de que as figuras penais já existentes no sistema, em data anterior ao mandado, sejam diminuídas ou suprimidas em desacordo com o objeto dele; e a obrigatoriedade de revisão dos dispositivos inferiores que conflitem com o mandado. No caso de violação de tais preceitos, a omissão ou o ato indevido do legislador estará sujeito ao controle da Corte Constitucional, sob o viés da proibição da insuficiência.

§ 11 As transformações da modernidade e a incidência de novas formas de ameaça e de ataque para os bens jurídicos não podem significar a obrigatoriedade de uma maior intervenção penal nessas áreas de conflito. Se por um lado ampliou-se a demanda pela proteção de bens e de valores, por outro não se pode conferir tratamento negligente aos direitos de defesa, os quais devem ser respeitados, e não enfraquecidos.

§ 12 O Direito Penal não pode ser um instrumento de exercício do poder, dirigido à manutenção do *status* dos seus controladores, ou uma forma de captar a simpatia popular e, sequer, um meio de resolver puras questões sociais, políticas e econômicas. Por ser uma ferramenta cuja natureza está preparada mais para prevenir e reprimir do que para reparar, não se pode, por via do seu pesado e agressivo aparato, compensar erros e omissões do Estado nas principais áreas em que a sua atuação é devida.

§ 13 A expansão descontrolada do Direito Penal, o uso incorreto e abusivo dos instrumentos de política criminal e a inobservância dos princípios limitadores da intervenção penal configuram reprovável violação da proibição de excesso. De onde, não será com o sacrifício de certos direitos que se poderá propiciar o custeio de outros.

§ 14 A norma penal não pode ser um meio utilizado para tutelar qualquer bem, de qualquer ataque e sob qualquer circunstância. Mas, sim, apenas contra as investidas mais graves, em defesa dos objetos de maior relevo e de forma proporcional. Pois, do contrário, de protetivo o meio penal transformar-se-á em agressivo, causando males equivalentes ou maiores aos que desencadearam a sua intervenção.

§ 15 Tomando-se o delito como o tipo de malefício mais grave que ofende aos bens jurídicos, situações existem nas quais para a sua tutela não basta qualquer tipo de solução, devendo empregar-se uma que os proteja de forma eficaz e no mesmo nível de tal dano ou perigo. Para tanto, o Direito Penal pode se apresentar como um remédio apropriado sob certas condições; no que estará ele atrelado a uma intransponível fronteira, na qual não poderá criminalizar aquilo que contrarie à Constituição, bem como não poderá deixar de tipificar e nem poderá descriminalizar aquilo que esta lhe ordena.

§ 16 A proporcionalidade edifica um quadro de limitação estatal com margens positivas e negativas que não podem ser violadas, nem por atos e nem por omissões, quer por excessos ou deficiências. Tal princípio visa à redução do âmbito de violência social – praticada não apenas pelo Estado em face dos seus cidadãos, mas também pelos indivíduos contra a comunidade –, valendo-se inclusive de instrumentos penais a serem utilizados com moderação e dentro de finalidades voltadas ao bem-estar comum.

§ 17 Em virtude da sua matriz liberal e burguesa, a concepção clássica difundida apresenta o Estado primeiramente como uma figura opressora e lhe cobra uma postura de abstenção, identificada com os direitos de defesa. Contudo, se examinarmos as circunstâncias e as finalidades do chamado *contrato social*, veremos que ao se unir em sociedade, consentir com a vontade das majorias e confiar parte significativa da sua liberdade ao Estado, o primeiro propósito do indivíduo foi o de ser protegido por aquele.

§ 18 Ao receber de um homem isolado uma parcela de suas liberdades, o Estado outorgou-lhe em troca o título de cidadão, no qual constava uma série de direitos, de deveres e, acima de tudo, que, a partir daquele momento, o indivíduo não estava mais só e integrava a parte de um todo maior, com o qual interagira. Dentro disso, o Estado comprometeu-se a defender não apenas o bem que havia recebido, mas também todos os demais, em face dos ataques e das ameaças os quais cunharia como lícitos.

§ 19 Assim, ao firmarem o *contrato social*, a primeira contrapartida do Estado embrionário, para com o recém cidadão, fora a de propiciar-lhe direitos a determinadas

prestações, entre as quais estava o compromisso, ora traduzido no dever de proteção, de o “defender” frente aos ataques perpetrados pelos pares signatários – diante dos danos e dos riscos, os quais existiam previamente ao poder público que se formava. Junto a isto, e só então, o novo órgão conglomerante obrigou-se também a não “desproteger” todos os membros firmatários das intervenções indevidas dele mesmo, propiciando-lhes os direitos de defesa, para serem oponíveis contra o próprio Estado.

§ 20 Diante do que, o Estado Democrático de Direito encontra-se vinculado à obrigação de resguardo e de promoção dos direitos fundamentais. Não apenas de forma absenteísta, mas pela realização de ações positivas, capazes de conferir a devida tutela de tal categoria de direitos, de acordo com os níveis exigidos de forma expressa ou implícita na Constituição, sob pena de violar o teor da proibição da proteção deficiente.

§ 21 Aqui, o princípio da proporcionalidade labora como um autêntico “plano diretor” da ordem penal. Onde, a partir dos regramentos e valores constitucionais, irá estabelecer os limites *mínimos* e o espaço *máximo* de ocupação que os mecanismos de Direito Penal devem exercer no sistema. Objetivando promover e efetivar os direitos fundamentais de proteção e de defesa, de modo a não violar as exigências que proíbem os métodos de tutela deficiente e as que vedam os meios excessivos.

§ 22 Para tal mister, a pauta de discricionariedade legislativa deverá orbitar entre o “pisso” e o “teto” referidos. De modo que, caso suas divisas sejam ultrapassadas para menos ou para mais, em desacordo com os padrões da Lei Superior, a fonte causadora do desequilíbrio pode e deve ser questionada pela Corte Constitucional no âmbito da sua competência. No sentido de que a proteção insuficiente ou omissa seja corrigida pelo legislador, ou determinando que a norma excessiva seja extirpada do ordenamento.

§ 23 Assim, verifica-se que, além de instrumento inibidor dos rigores indevidos do Estado, a “moeda” da proporcionalidade possui uma outra figura. Cujo valor legal tem o poder de cobrar deste medidas idôneas, necessárias e proporcionais à proteção dos direitos fundamentais, ainda que por via das armas penais. Afinal, além de *limites*, estas normas também concedem a *liberdade*, e sem tais figuras não haveria sociedade.