

Garantismo positivo: a dupla face do princípio da proporcionalidade

Guaranteeism positive: a double face the principle of proportionality

Nayara Firmes Caixeta
Graduada do curso de Direito (UNIPAM).
E-mail: nayarakxeta@hotmail.com

Joamar Gomes Vieira Nunes
Professor orientador (UNIPAM).
E-mail: joamar@unipam.edu.br

Resumo: Partindo do pressuposto de que a evolução do Direito Penal não pode ser vista separadamente da trajetória do Estado Moderno e, conseqüentemente, do constitucionalismo, têm-se por inúmeras as transformações ocorridas no âmbito da teoria do bem jurídico penal. O Estado, que nasce absolutista, supera suas deficiências na medida em que evolui na proteção de direitos, passando de “inimigo” a “amigo” dos direitos fundamentais. Com efeito, o absentismo do Estado Liberal deu lugar a um intervencionismo estatal, característico do Estado Social. Embora significasse um avanço para os direitos, sua concepção ainda descuidava da democracia e dos direitos fundamentais, circunstâncias que, na seqüência, possibilitam a origem do Estado Democrático de Direito, cujo paradigma representa um enorme avanço nos modelos de Estado e Direito. A partir dessa ideia, o presente trabalho pretende desenvolver a compreensão do princípio da proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*), resgatando o lado esquecido da proporcionalidade e dos direitos fundamentais. Para isso, apresentam-se diversas aplicações do princípio no âmbito do Direito Penal, passando de uma análise jurisprudencial a uma perspectiva legislativa das inconstitucionalidades por deficiência do dever de proteção estatal.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. A dupla face do Princípio da Proporcionalidade. Princípio da Proibição da Proteção Deficiente.

Abstract: Assuming that the evolution of criminal law can not be seen separately from the trajectory of the modern state and, consequently, from constitutionalism, numerous transformations have been occurring in the context of the theory of criminal law. The State, which rises absolutist, overcomes its shortcomings insofar as it evolves in the protection of rights, changing from "enemy" to "friend" of fundamental rights. Indeed, the absenteeism of the Liberal State gave rise to a state interventionism, characteristic of the State. Although it meant a breakthrough for the rights, its conception neglected democracy and fundamental rights, circumstances which, in sequence, enable the origin of the democratic state of law, whose paradigm represents a tremendous advance in models of State and Law. From this idea, this study aims to develop an understanding of the principle of prohibition of poor protection (*Untermassverbot*), rescuing the forgotten side of proportionality and fundamental rights. For this, we present several applications of the principle under the Criminal Law, from a judicial

review of a legislative perspective of unconstitutional disability duty of state protection.

Keywords: Fundamental Rights. The double face of the Principle of Proportionality. Principle of Prohibition of Disability Protection.

1 INTRODUÇÃO

O Estado, por força da Constituição Federal, tem o dever de proteger os bens jurídicos fundamentais, tarefa da qual se encarregam os mais diversos ramos do direito e, em especial, o Direito Penal, cuja missão precípua consiste na salvaguarda dos interesses mais caros da humanidade.

Como *ultima ratio* em matéria de proteção de bens jurídicos constitucionalmente consagrados, o Direito Penal é instrumento a ser invocado pelo Estado sempre que a proteção conferida pelos demais ramos do ordenamento jurídico se revelar inócua ou insuficiente.

Não obstante a missão de proteger os bens jurídicos mais caros à sociedade, contra condutas criminosas, o Estado deve cuidar para garantir o abrigo do interesse violado, além de, a um só tempo, resguardar os direitos humanos fundamentais daquele que violou o direito de outrem deixando de se motivar adequadamente na norma de conduta.

Quando do enfrentamento dessa árdua missão, vem a lume o princípio da proporcionalidade, que tem sua gênese no Direito Alemão, de onde foi exportado para diversos países e consagrado em praticamente todas as Constituições cidadãs, como a Constituição Federal Brasileira de 1988.

Perscrutando a legislação do país e a jurisprudência dos Tribunais, no entanto, percebe-se uma nítida tendência do Estado em olvidar a dupla face do princípio da proporcionalidade, enfatizando a sua vertente conhecida como “proibição de excesso”. Isso acontece tanto ao legislar quanto ao aplicar o Direito a casos práticos e mitiga sobremaneira a sua faceta que proíbe, lado outro, a proteção insuficiente do bem jurídico.

Entretanto, o ordenamento jurídico deve ser compreendido de modo sistemático, sendo que, além da análise conjunta de todas as regras, todos os princípios devem ser sopesados, de modo que nenhum se sobreponha a outro. Nesse sentido, o sistema jurídico deve ser analisado como uma rede axiológica, hierarquizada e coerente de princípios, regras e postulados, que convivem de modo a garantir a sua própria unidade valorativa e adequação interna (CANARIS, 2008, p. 101-105).

Na esteira da relevância do pensamento sistemático exposto, Sarlet (2009) destaca a necessidade de superar moral, jurídica e socialmente a era dos extremos (que caracterizou o breve século XX, na precisa historiografia de Hobsbawm) de tal sorte a combater tanto o abolicionismo quanto a intolerável “tolerância zero”. Trata-se, pois, não do absolutismo de uma só razão e tampouco do relativismo das distintas razões (uma ou outra, iguais são), e sim do pluralismo (uma e outra de uma vez, na medida em que seja possível).

O sistema jurídico vigente, pautado em princípios fundamentais, normas

estritas (ou regras) e de valores jurídicos, tem como função precípua dar cumprimento aos justificados do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.

Devem ser considerados não apenas os elementos objetivos da realidade social, que muitas vezes servem como barreira à efetividade dos direitos fundamentais, como também os elementos subjetivos devem ser agregados ao sentido mais justo aplicado à Constituição. Dessa forma, concretiza-se o melhor sentido da norma constitucional, como propõe Konrad Hesse (1991), evitando-se, assim, a aplicação de uma norma (em sentido amplo) em detrimento de outra.

Impende ressaltar que o Superior Tribunal Federal (STF) tem manifestado, assim como a doutrina, que não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, visto que encontram limites nos demais direitos igualmente consagrados pelo texto Constitucional. Assegura-se, assim, a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeitos aos direitos e garantias de terceiros.

O direito, sem dúvida alguma, é um fenômeno que envolve dimensões sociológicas, políticas, econômicas, históricas e éticas. Reduzi-lo à norma é não permitir que esse fenômeno jurídico se faça presente no cotidiano de modo adequado. Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduziria a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. É preciso conscientizar que o direito está no cotidiano social, e não meramente na norma, como interpretar corretamente a lei no sistema, tendo a Constituição como centro deste, encontrando mecanismos para a efetiva concretização dos valores constitucionais e garantia de condições dignas mínimas, mormente no que diz respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais. Entender as coisas sistematicamente é o mesmo que estabelecer relações entre elas.

Diante desta constatação, é que se apresenta como socialmente relevante o estudo do tema da presente pesquisa. O Estado tem o dever de proteger de forma suficiente os direitos fundamentais consagrados na Constituição da República. E esta proteção não pode acontecer de forma insuficiente, sob pena de as omissões estatais redundarem em flagrante violação da Constituição, o que ocorre sempre que o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou mesmo de natureza administrativa para proteger determinados bens jurídicos.

O princípio da proporcionalidade, conforme se demonstrará no presente trabalho, não se esgota mesmo na categoria da proibição do excesso, pois que, a par da defesa incondicional dos direitos humanos fundamentais do criminoso, ao Estado cabe a missão inafastável de proteger de forma eficaz o bem jurídico violado ou ameaçado de violação. De tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, especialmente no que diz respeito aos desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, na qual se encontra um elenco significativo de exemplos a serem explorados.

O princípio da proibição da proteção deficiente, que se encontra inserto em uma das duas faces do princípio da proporcionalidade, está em voga atualmente,

invocado com frequência pela mais abalizada doutrina e embasando algumas decisões dos Tribunais Superiores. Embora ainda bastante refratários ao tema, esses tribunais o têm trazido a lume em casos de grande repercussão social, como única forma de garantir o efetivo e real cumprimento dos imperativos constitucionais.

É mister que se modifique de forma expressiva a dogmática doutrinária e a jurisprudência dos Tribunais de maneira a garantir que, sempre que invocado, o princípio da proporcionalidade se apresente com a dupla face, a da proibição do excesso e a da proibição da proteção deficiente, sendo esta última, infelizmente, ainda muito pouco difundida no Brasil.

2 A DUPLA FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Os princípios fundamentais referem-se a um conjunto de dispositivos contidos na Constituição Brasileira de 1988 destinados a estabelecer as bases políticas, sociais, administrativas e jurídicas da República Federativa do Brasil. São as noções que dão a razão da existência e manutenção do Estado brasileiro.

Conforme observa Sarlet (2009), os princípios fundamentais constituem-se no núcleo essencial da Constituição material. São normas que dão base e que informam toda a ordem constitucional.

Os princípios são como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito. Deles decorrem, direta ou indiretamente, normas de comportamento.

Os princípios existem para suprir o sistema normativo na hipótese de omissão, visando ao estabelecimento da justiça. Por ser a lei de caráter universal e sendo natural a ocorrência de omissão do legislador, o intérprete e o aplicador do Direito devem, no caso concreto, “dizer o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse conhecimento do caso” (ARISTÓTELES, 1973, p. 336).

A função do operador do direito é bem delimitar os valores inerentes no sistema jurídico vigente, por intermédio das normas, vale dizer, princípios e regras nele existentes.

Nessa ordem de ideias, o princípio da proporcionalidade é instrumento fundamental para a atividade interpretativa e melhor aplicação do Direito. Esse princípio deve ser classificado como postulado normativo aplicativo. Pode ser definido como dever estrutural, cuja função é estabelecer a vinculação entre elementos (meios e fim, critério e medida, regra geral e caso concreto) e impor uma relação entre eles. Em síntese, postulado normativo aplicativo é dever estruturante da aplicação de outras normas.

Desse modo, percebe-se que o princípio da proporcionalidade atua como verdadeiro guardião dos direitos fundamentais. A proporcionalidade não é apenas critério, regra ou elemento de juízo apto a dispor sobre consequências jurídicas, mas também princípio básico do Estado de Direito, sendo o seu uso garantia fundamental para a hipótese de lesão a direitos (GUERRA FILHO, 2002).

O princípio da proporcionalidade deve ser definido como “princípio dos

princípios”, e também como garantia e pressuposto da existência dos direitos fundamentais.

Canotilho (2008), em sua obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, de outro lado, enquadra o princípio da proporcionalidade na categoria de subprincípio densificador do Estado Democrático de Direito, na medida em que qualquer limitação a direitos, liberdades e garantias deve ser “adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida)” (p. 453).

Muitos doutrinadores subdividem o princípio da proporcionalidade em três elementos ou subprincípios, quais sejam: a adequação (pertinência ou aptidão), a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação consiste na pertinência ou aptidão que o meio escolhido possui para se atingir o fim pretendido. Vale dizer que este elemento permite aferir a proporção que deve existir entre o meio escolhido e o fim almejado. Busca-se, neste momento, impedir o arbítrio.

A necessidade tem como objetivo verificar, em cotejo com a situação fática e o fim que se pretende atingir, se a medida escolhida é de fato a menos restritiva de direitos fundamentais. Funciona como filtro para se chegar à medida mais suave, dentre diversas possíveis.

A proporcionalidade em sentido estrito, terceiro elemento do princípio da proporcionalidade, caracteriza-se pela ponderação que deve existir entre os diversos princípios em conflito, a fim de se estabelecer o que deve preponderar para a solução do caso concreto.

A subdivisão descrita, entretanto, aponta tão-somente na perspectiva de um garantismo negativo: o princípio da proporcionalidade serviria apenas para proteger o indivíduo contra os excessos do Estado.

A atual configuração do país, em função do surgimento gradual de uma série de leis que determinaram o deslocamento do seu foco de tutela de bens individuais para bens coletivos, distancia-se de um padrão de intervenção mínima e coloca o Estado como verdadeiro guardião dos bens jurídicos reconhecidos constitucionalmente. Desse modo, a proporcionalidade não pode ter somente uma vertente, sobretudo quando enfocada na esfera penal.

Com efeito, atualmente não apenas se protegem os direitos individuais, mas também protegem-se estes a partir de um processo em que se agregam os direitos de segunda e terceira dimensões. Nesse contexto, o papel do Estado passará a ser o de salvaguardar, de forma agregada, esse conjunto de dimensões de direitos. Assim, deve-se buscar uma proteção integral dos direitos, o que significa definir o garantismo não somente em sentido negativo como limite do sistema positivo, ou seja, como expressão dos direitos de proteção relativamente ao Estado, senão também como garantismo positivo.

Nesse sentido é o entendimento do doutrinador Baratta (1999), que chama a atenção para a relevante circunstância de que esse novo modelo de Estado deverá dar a resposta para as necessidades de segurança de todos os direitos, também dos prestacionais por parte do Estado (direitos econômicos, sociais e culturais) e não somente daquela parte de direitos denominados de prestação de proteção, em particular contra agressões provenientes de comportamentos delitivos de determinadas

pessoas.

Dito de outro modo, como muito bem assinala Roxin (1998), ao comentar as finalidades correspondentes ao Estado de Direito e ao Estado Social em Liszt, o direito penal serve simultaneamente para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime. Protege, portanto, o indivíduo de uma repressão desmesurada do Estado, mas protege igualmente a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo. Estes são os dois componentes do direito penal: o correspondente ao Estado de Direito e protetor da liberdade individual e o correspondente ao Estado Social e preservador do interesse social mesmo à custa da liberdade do indivíduo (ROXIN, 1998).

Como se percebe, o princípio da proporcionalidade, notadamente no Direito Penal, deve ser aplicado não apenas em seu aspecto negativo, vale dizer, impondo limitação ao Estado frente às liberdades públicas.

O mundo atual apresenta figuras de alta danosidade social, como, por exemplo, terrorismo, tráfico internacional de drogas, lavagem e ocultação de bens e dinheiro provenientes de condutas ilícitas, sonegação fiscal, corrupção, crime organizado, dentre outras. Tais condutas representam a roupagem da criminalidade hodierna, que implica revisão do ordenamento jurídico-penal vigente e da mentalidade do intérprete e aplicador do direito.

Não se apregoa retorno à fase pré-*beccariana*, mas postura digna e resoluta para atender às necessidades atuais, sob pena de aniquilamento da sociedade e do Estado.

Deve-se destacar, desse modo, que a proporcionalidade não pode ter somente uma vertente, quando enfocada na esfera penal. Se não é o caso de se instituir a pena de morte, eis que viola o núcleo essencial do direito à vida, também não é o caso de se deixar de estabelecer medidas que garantam a efetiva proteção dos bens jurídicos protegidos constitucionalmente.

Portanto, para uma avaliação mais aprofundada do problema, é necessário ter em conta essa superação do modelo clássico de garantismo negativo, que nada mais é do que uma leitura unilateral do princípio da proporcionalidade, como se este fosse apenas voltado à proteção contra os excessos, ou seja, abusos do Estado.

Tem-se, então, uma espécie de dupla face de proteção dos direitos fundamentais: a proteção positiva e a proteção contra omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado ou de deficiência na proteção. Assim, por exemplo, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental, nas suas diversas dimensões, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos.

Esta nova forma de entender a proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, tendo como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.

3 DIREITO PENAL MÍNIMO X DIREITO PENAL MÁXIMO

Enquanto parte dos juristas defende uma função limitadora do conceito de bem jurídico e tudo o que lhe diz respeito, outros sustentam que a funcionalidade do direito penal e do direito processual penal assenta-se em uma concepção organizativa, interventiva e atenta à realidade social.

Nesse contexto, surge o que se cunhou chamar de “direito penal mínimo-direito social máximo”. Decorrente do princípio da intervenção mínima surge a expressão Direito Penal mínimo como forma de modelo para um sistema garantista, que privilegia a observância dos direitos e garantias fundamentais do agente criminoso, intervindo minimamente possível. De outro lado, adotou-se a expressão Direito Penal máximo ou Direito Penal do terror para fazer referência ao sistema que vê no aumento das condutas típicas, genericamente, e na instituição de penas graves meios de se garantir a paz social.

Malgrado prevaleça atualmente o panorama de criminalização de uma série de ações e omissões, algumas soluções em termos de penalização e proteção dos bens jurídicos caminham em sentido oposto. Assim, do que foi exposto, é possível afirmar que o panorama do direito penal e processual penal no Brasil aponta para o fato de que parcela considerável dos juristas brasileiros tem assumido uma postura paradoxal.

Esse paradoxo se mostra ao se terem, de um lado, defensores de posições que buscam penas mais duras, lançam ao mesmo tempo um olhar leniente sobre os delitos que colocam em xeque os objetivos da República previstos na Constituição, que afetam bens jurídicos coletivo-comunitários, e de outro, em sentido oposto ou no mínimo em uma linha acentuadamente crítica em relação à dogmática jurídico-penal dominante, há os que propugnam por uma intervenção cada vez menor do direito penal, não importando a natureza dos crimes.

Esses últimos aludem que o aumento das penas e da repressão acarreta aumento da criminalidade. Os juristas que perfilham esse entendimento, com forte influência da doutrina de Ferrajoli, aceitam apenas a existência de bens jurídicos de “carne e osso”. Embora preocupados, de forma acertada, diligente e democrática, com o arbítrio estatal, as mazelas do direito penal e as misérias do processo penal, tais juristas incorrem igualmente em um paradoxo, porque, ao repudiarem o uso do direito penal para o enfrentamento das infrações que lesam bens jurídico-sociais, deixam de lado esse importante mecanismo para o alcance daquilo que o próprio Ferrajoli (2006) denominou de “direitos sociais máximos”, circunstância que possibilita um “direito penal mínimo”, igualmente por ele proposto.

Nenhum dos dois modelos em questão soa adequado. O que se pretende é a efetivação do Direito Penal justo. Para tanto, a adoção do princípio da proporcionalidade, em suas duas vertentes, promovendo-se uma revisão do sistema jurídico-penal, seria de fundamental importância para a melhoria de seu nível ético e racional.

De fato, em alguns aspectos sequer deve existir intervenção penal, aplicando-se, neste caso, o princípio da não intervenção. Mas, em outros casos, a intervenção penal deve necessariamente ocorrer sob pena de se instalar o caos no sistema social.

O jurista-filósofo alemão Sauer deixou notável contribuição para a difusão da ideia de proporcionalidade no Direito Penal, como modo de prevalência de um Direito Penal justo.

Segundo ele, não é o caso mais de se considerar o indivíduo como o único fim do Estado. No entanto, também não é verdade que a adoção de um Estado como verdadeiro “rolo compressor”, intervindo sempre por conta do interesse coletivo, representado pela classe dominante, seja a resposta correta. De modo lapidar registra o ilustre filósofo:

o justo caminho é sempre o *meio-termo*. Só é possível o seguro avanço da Civilização quando a humanidade se apaziguar nos pontos de equidistância entre os extremos, segundo a *lei de proporção* de que nos falava Pitágoras. Fazemos a revisão dos princípios individualistas. Se há divergência entre os interesses do indivíduo e os da coletividade, a intervenção retificadora do Estado não se poderá fazer, para ser eficiente e duradoura, senão dentro de um superior sentido de equilíbrio e de harmonia. (SAUER, 1956, p. 23).

Sauer ressalta a necessidade da proporcionalidade como forma de efetivação da justiça penal ao excluir o seguinte:

nem escravos, nem déspotas. Nem o Estado exclusivamente para o indivíduo, nem o indivíduo exclusivamente para o Estado, mas ambos para a conquista e promoção do autêntico bem de cada um e de todos, -o que, em última análise, é a própria finalidade do direito. Nem o imperialismo do indivíduo, nem o imperialismo do Estado, mas a justiça, fortemente lastreada pela moral, como equilíbrio entre as necessidade finalística do Estado e o interesse dos indivíduos *uti singuli*, entre o ideal que se pode conceber pelo dom da razão e a solução oportuna dentro das contingências sociais e humanas. (SAUER, 1956, p. 23).

Portanto, a intervenção estatal no âmbito do direito penal e processo penal deve ser aquela minimamente necessária para a realização do Estado Democrático e Social de Direito, e não uma intervenção “mínima” ou “máxima”.

Essado (2008), em sua obra *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*, esclarece que desde os estudos de Roxin faz parte do consenso geral a ideia de que o Direito Penal “vive melhor no esplendoroso mundo da determinação do Direito penal justo” (p. 79).

4 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

Não há como questionar sobre a existência, embora implícita, do princípio da proporcionalidade na Constituição Federal de 1988. Dessa forma, também não há como

negar a aplicação da sua vertente positiva no atual Estado Democrático e Social de Direito, no qual se exige uma atuação do Estado com o fim de proteger de forma efetiva os bens jurídicos.

A Carta Magna, apesar de não trazer expressamente o princípio da proibição da proteção insuficiente, prevê a necessidade de proteção de determinados bens e valores e, ainda, traz um rol de bens com relevância constitucional e as indicações formais criminalizadoras.

Ademais, o Estado, possuindo a função de protetor dos direitos fundamentais, não tem atualmente apenas a função de proteção contra o arbítrio, mas também a obrigatoriedade de concretizar os direitos prestacionais e, ao lado deste, a obrigação de proteger os indivíduos contra agressões provenientes de comportamentos delitivos, razão pela qual a segurança passa a fazer parte dos direitos fundamentais (art. 5º. Caput, da Constituição Federal).

Portanto, a tarefa do novo modelo de Estado, prevista na CF/88, é a de dar resposta para as necessidades de segurança de todos os direitos, incluindo-se nesse rol também os prestacionais por parte do Estado, direitos econômicos, sociais e culturais, e não somente daquela parte de direitos denominados de prestação de proteção, em particular contra agressões provenientes de comportamentos delitivos de determinadas pessoas.

Isso significa afirmar e admitir que a Constituição determina - explícita ou implicitamente - que a proteção dos direitos fundamentais deve ser feita de duas formas: em uma, protege o cidadão frente ao Estado; em outra, o faz por meio do Estado - e inclusive através do direito punitivo - uma vez que o cidadão também tem o direito de ver seus direitos fundamentais protegidos, em face da violência de outros indivíduos.

Algumas disposições constantes do art. 5º da CF/88 podem ser transcritas como exemplo do significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas.

XL I - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Em sentido idêntico dispõe o art. 227, § 4º, da Constituição:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à

saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

§ 4º. A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Também o art. 225, § 3º, dispõe de forma semelhante:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para presentes e futuras gerações.

(...)

§ 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos.

Em verdade, tais disposições traduzem outra dimensão dos direitos fundamentais, decorrente de sua feição objetiva na ordem constitucional.

Tal concepção legítima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público - direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa - mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros.

A forma como esse dever será satisfeito constitui, muitas vezes, tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de alguma liberdade de conformação. Não raras vezes, a ordem constitucional identifica o dever de proteção e define a forma de sua realização.

Assim, as normas constitucionais brasileiras referidas explicitam o dever de proteção identificado pelo constituinte e traduzido em mandatos de criminalização expressos dirigidos ao legislador.

Como bem anota Feldens (2005), os mandatos constitucionais de criminalização atuam como limitações à liberdade de configuração do legislador penal e impõem a instituição de um sistema de proteção por meio de normas penais.

Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. A ideia é a de que a intervenção estatal por meio do Direito Penal, como *ultima ratio*, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade.

A reserva de lei penal configura-se como reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*): a proibição de excesso (*Übermassverbot*) funciona como limite máximo e a proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) como limite

mínimo da intervenção legislativa penal.

5 A LEGISLAÇÃO E A PROTEÇÃO (IN)SUFICIENTE DOS BENS JURÍDICOS

Fazendo-se uma análise detida da legislação do país, percebe-se que o Estado não vem se atentando para a existência da face positiva do princípio da proporcionalidade, enfatizando apenas sua vertente conhecida como “proibição de excesso” e mitigando sobremaneira a sua faceta que proíbe, lado outro, a proteção insuficiente do bem jurídico.

Assim, o Estado acaba frustrando o seu dever de proteção, deixando de atuar de modo suficiente na garantia dos direitos fundamentais, ou seja, ficando aquém dos níveis mínimos exigidos pela Constituição ou até mesmo deixando de atuar de qualquer forma.

No momento em que o legislador não protege um direito fundamental, caberá a invocação da cláusula de proibição de proteção deficiente.

Analisa-se a seguir alguns exemplos contidos na legislação brasileira que violam essa vertente positiva do princípio da proporcionalidade.

5.1 A AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Um dos exemplos clássicos trazido por vários estudiosos e doutrinadores que escreveram sobre o princípio da proibição da proteção deficiente é o art. 225 do Código Penal, segundo o qual os Crimes Contra a Dignidade Sexual serão de ação pública condicionada a representação. Essa regra só admite duas exceções, conforme prevê o parágrafo único do mesmo artigo: 1) quando a vítima é menor de 18 anos; 2) quando a vítima é pessoa vulnerável.

Desse modo, pode-se concluir que, mesmo ocorrendo lesão corporal nos crimes descritos nos Capítulos I e II dos Crimes Contra a Dignidade Sexual, a ação dependeria de representação da vítima. Assim, o Código acaba colocando a ação pública incondicionada como exceção no caso de delitos sexuais.

Diante disso, deve-se questionar se tal artigo não é incompatível com a necessária e obrigatória proteção aos direitos fundamentais, já que tais crimes acarretam grave lesão a bens jurídicos fundamentais, merecendo, portanto, uma maior proteção por parte do Estado.

Inegavelmente se está diante de uma inconstitucionalidade por proteção deficiente, critério de controle de constitucionalidade de medidas restritivas a direitos fundamentais, já que o legislador, ao atribuir a medida de representação à ação nos crimes sexuais, deixou sem suficiente proteção a dignidade e a integridade corporal das vítimas de tais delitos.

Exatamente com base no princípio da proibição da proteção deficiente, o Procurador-Geral da República embasou seu pedido de inconstitucionalidade do artigo art. 225 do CP (c.c. art. 213), que prevê que a ação penal no caso de estupro com resultado lesão corporal seja pública condicionada, como regra. De acordo com a visão do Procurador-Geral, a ação condicionada representaria uma proteção penal

insuficiente, daí o seu pedido de declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos citados, sem supressão de texto.

Antes do advento da Lei 12.015/09, os crimes de estupro ou atentado violento ao pudor (atualmente revogado), quando tivessem como resultado lesão corporal grave ou morte, se procediam mediante ação pública incondicionada, pois tais resultados estavam definidos como crimes qualificados no mesmo capítulo em que está inserido o art. 225, e não nos capítulos anteriores, aos quais esse remetia. Aplicava-se, então, a regra geral prevista no art. 100 do Código Penal e no art. 24 do Código de Processo Penal.

Após a referida lei, intensa controvérsia se desenvolveu quanto à ação penal apropriada quando o crime sexual fosse praticado mediante violência real traduzida em vias de fato ou lesão corporal de natureza leve, não obstante a existência, há muito tempo, da Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual, “no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”.¹

A jurisprudência sumulada parte da premissa de que se estaria a tratar de crime complexo, havendo de prevalecer, em consonância com o disposto no art. 101 do Código Penal, o cabimento de ação penal pública incondicionada, visto que era por meio desta que se procedia nos crimes de lesão corporal leve².

1 Frise-se que, se da violência real decorresse lesão corporal grave ou morte, não havia dúvida de que a ação penal seria pública incondicionada, por força do que dispunha claramente o próprio Código Penal - art. 101.

2 Com a superveniência do art. 88 da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), a ação penal pública nos delitos de lesão corporal leve passou a depender de representação, o que levou parcela do meio jurídico ao entendimento de que a súmula do Supremo Tribunal teria sido superada no ponto. É o que se encontra relatado, inclusive, na obra de JULIO FABBRINI MIRABETE (*Manual de Direito Penal: parte especial*. V. II. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 447-448).

O STF refutou a tese: “EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. LEI 9.099/95. REVISÃO DA SÚMULA STF 608. AÇÃO PENAL. NATUREZA. REPRESENTAÇÃO. RETRATAÇÃO TÁCITA. AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO ESPECÍFICA PARA O DELITO DE ESTUPRO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE QUEIXA. DESCARACTERIZAÇÃO DOS DELITOS DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PROGRESSÃO DE REGIME. 1. O advento da Lei 9.099/95 não alterou a Súmula STF 608 que continua em vigor. O estupro com violência real é processado em ação pública incondicionada. Não importa se a violência é de natureza leve ou grave. 2. O Ministério Público ofereceu a denúncia após a representação da vítima. Não há que se falar em retratação tácita da representação. 3. Nem é necessária representação específica para o delito de estupro, quando se trata de delito de estupro com violência real. 4. No caso, inexistente decadência do direito de queixa por não se tratar de ação penal privada. 5. A jurisprudência do Tribunal pacificou-se no entendimento de que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor caracterizam-se como hediondos. Precedentes. Inviável a progressão do regime. HABEAS conhecido e indeferido.” (HC 82.206, Segunda Turma, DJ de 22/11/2003 – destacou-se).

Para fim de registro, mencione-se também a orientação de que o estupro com lesão leve não seria crime complexo em sentido estrito. É o que sustenta, *v.g.*, DAMÁSIO E. DE JESUS (*Direito penal: parte especial*. V. 3. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 155-158). Essa orientação e os demais entendimentos expostos foram bem delineados em voto do eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE (HC 86.058, Primeira Turma, DJ 9/2/2007), que rebate os argumentos

Apesar de a lei nova representar, em termos gerais, um avanço, houve um grave retrocesso em relação aos crimes de estupro dos quais resulte lesão corporal ou morte, visto que a persecução penal nesses casos, antes incondicionada, passou a depender de representação da vítima ou de seu representante legal.

Referida condição de procedibilidade da ação penal em casos tais – de altíssimo nível de gravidade, de elevado grau de reprovabilidade, e que só beneficia o sujeito ativo do crime – constitui franca transgressão ao postulado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e ao princípio da proibição da proteção deficiente, importante vertente do princípio da proporcionalidade.

5.2 A PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE E O CRIME CONTINUADO

Outra questão que parece relevante trazer a lume é o caso do reconhecimento da continuidade delitiva nos crimes hediondos.

O instituto do crime continuado é uma ficção jurídica que, exigindo o cumprimento de requisitos objetivos (mesma espécie, condições de tempo, lugar e maneira de execução), equipara a realização de vários crimes a um só. É manifestamente um benefício ao réu e está previsto no art. 71 do Código Penal Brasileiro.

Em muitos países, como, por exemplo, Portugal, a polêmica sobre a constitucionalidade da continuidade delitiva nos crimes hediondos está instaurada, já que, ao mesmo tempo em que a Constituição Federal consagra o princípio da dignidade da pessoa humana, admite a aplicação da continuidade delitiva aos crimes contra bens pessoais. Dessa forma, a lei acaba protegendo insuficientemente um direito fundamental, que é a dignidade da pessoa humana.

Aqui, não se trata de discutir a ficção jurídica da figura “crime continuado”, tratado seguidamente como forma de atender às “necessidades político-criminais” do Estado, bem como os elementos necessários para o seu reconhecimento. Discute-se, sim, sua aplicação para os crimes hediondos.

O ponto em discussão permite questionar se a possibilidade de admitir o reconhecimento da continuidade delitiva para delitos considerados hediondos seria constitucionalmente adequada. A partir do momento em que a Constituição, neste novo paradigma que é o Estado Democrático e Social de Direito, se coloca em um posicionamento de necessária busca de proteção ativa dos direitos fundamentais, lembrando que estes não se reduzem somente a uma dimensão de não interferência nas garantias individuais frente ao Estado, mas também à imposição de tutela como forma de buscar a mais ampla efetivação das garantias fundamentais, deve-se, sem sombra de dúvidas, considerar deficiente a proteção imposta pelo Direito Penal nesse caso (STRECK, 2012).

Não se pode olvidar que a Lei dos Crimes Hediondos foi criada para abarcar e, conseqüentemente, punir com mais rigor os crimes considerados de máxima potencialidade ofensiva. No entanto, a crescente preocupação com as garantias

do autor.

individuais acabou atribuindo aos delitos hediondos praticamente o mesmo tratamento dos demais tipos incriminadores do Código Penal, de modo que, talvez, a única coisa que acabe diferenciando-os seja o início do cumprimento de pena em regime fechado.

6 A JURISPRUDÊNCIA E VIOLAÇÃO DO COMANDO CONSTITUCIONAL QUE GARANTE A PROTEÇÃO SUFICIENTE AOS BENS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS

Assim como o legislador, alguns juízes e tribunais também estão se olvidando dos comandos constitucionais que garantem uma proteção efetiva e suficiente aos bens jurídicos constitucionais.

Um exemplo a ser citado é a decisão da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EMPREGO DE ARMA. AUSÊNCIA DE PROVA DA EFICIÊNCIA E PRESTABILIDADE DA ARMA. EXCLUSÃO DA MAJORANTE. CONCURSO FORMAL TENTATIVA. GRAU DE REDUÇÃO. COEXISTÊNCIA DE CONCURSO FORMAL E CRIME CONTINUADO. MAJORAÇÃO DA REPRIMENDA PELA REGRA MAIS AMPLA. 1. Demonstradas a existência do delito e sua autoria, não há como acolher a pretensão defensiva de absolvição por insuficiência de provas. 2. Ausente laudo pericial ou qualquer outra prova do potencial lesivo da arma de fogo utilizada pelo apelante, impõe-se a exclusão da majorante descrita no artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal. 3. Praticado o roubo contra duas vítimas distintas e objetivando patrimônios diversos, há concurso formal, e não delito único. 4. Tendo a execução do delito se distanciado da consumação, impõe-se a redução da pena, pela tentativa, na fração máxima de dois terços (2/3). 5. Ainda que os dois primeiros roubos tenham sido praticados em concurso formal e o terceiro em continuidade delitiva com os demais, deve-se aplicar somente a regra da continuidade delitiva por ser mais ampla (TJMG – Apelação nº 1.0024.11.084614-4/001 0846144-07.2011.8.13.0024 (1), Rel. Min. Luiza de Almeida Campos, 22.06.2011).

Ao analisar o acórdão transcrito, não restarão dúvidas acerca da deficiência da proteção ao direito fundamental da vítima. Com efeito, a vítima teve reduzida à impossibilidade de resistência, já que o autor do crime estava utilizando uma arma de fogo para intimidá-la e praticar o crime de roubo. A decisão peca em considerar imprescindível o laudo pericial para constatação da potencialidade lesiva da arma, o que na maioria dos casos não é possível. Na verdade, raras são as vezes que se logra êxito em apreender a arma utilizada na prática de uma ação criminoso, sendo que a exigência do laudo pericial para comprovar sua potencialidade lesiva e, conseqüentemente, admitir a incidência da causa de aumento prevista no inciso I, do

§2º, do art. 157 do CP, inegavelmente, acaba privilegiando a torpeza do autor do crime e protegendo de forma insuficiente os direitos da vítima.

Outra decisão que viola de forma indubitável bem jurídico essencial é a que foi prolatada pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, nos autos de nº. 1.0027.07.118608-7/002, a qual admitiu a continuidade delitiva em dois crimes de homicídio:

Ementa: HOMICÍDIO QUALIFICADO - QUESITO GENÉRICO - CONCURSO DE AGENTES - MATÉRIA PRECLUSA - ART. 616 CPP - SOBERANIA DO JÚRI - DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - INEXISTÊNCIA - SURPRESA DAS VÍTIMAS E MOTIVO TORPE - QUALIFICADORAS INCIDENTES - PENA-BASE - USO DE QUALIFICADORA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL - VIABILIDADE - CONTINUIDADE DELITIVA CARACTERIZADA - TEORIA MONISTA - ABSOLVIÇÃO DE UM DOS RÉUS - AFRONTA AO CADERNO PROBATÓRIO - CASSAÇÃO DO VEREDICTO - PRIMEIRO E SEGUNDO RECURSOS PROVIDOS EM PARTE. TERCEIRO RECURSO PROVIDO E QUARTO RECURSO PREJUDICADO. A formulação de quesito genérico sobre a autoria do crime, quando praticado em concurso de agentes, não se convola em cerceamento de defesa. Deixando a defesa dos réus de apontar eventuais nulidades do questionário, quando formulado na sessão do Júri, precluso está o seu direito de aviventar, em sede recursal, o debate sobre eventual nulidade a respeito. A aplicação do art. 616 do CPP é limitada pelo princípio da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri. Apoiando-se o Conselho de Sentença em elementos de convicção insertos no feito para condenar os réus pelo duplo homicídio qualificado, resulta que será afastada a alegada ineficácia da decisão do Conselho de Sentença para submetê-los a novo júri. Comprovado nos autos que as vítimas foram surpreendidas pelos seus algozes, configura-se a qualificadora do art. 121, § 2º, IV, do CP. Evidenciado que o propósito homicida dos réus era eximirem-se do pagamento de dívidas existentes com uma das vítimas, inegável é a motivação torpe dos delitos cometidos. Viável é o uso de uma das qualificadoras como circunstância judicial do art. 59 do CP aos fins de majorar a pena-base dos réus, pelo que se tem afastado o vício do bis in idem. Demonstrado que os réus praticaram dois homicídios qualificados por meio de ações distintas, perpetradas de forma idêntica e no mesmo local e lapso de tempo, resta patenteada a hipótese do art. 71 do CP. Verificado que o Conselho de Sentença, desprezando a teoria monista, se distanciou da prova dos autos para absolver um dos réus e para afastar a incidência de uma qualificadora, conclui-se que os jurados incorreram na hipótese do art. 593, III, d, do CPP, a impor a cassação do veredicto para sujeitar este réu a novo julgamento (TJMG – Apelação nº. 1.0027.07.118608-7/002 1186087-85.2007.8.13.0027 (1), Rel. Min. Delmival de Almeida Campos, 22.06.11).

Como já citado em tópico anterior, a aplicação da continuidade delitiva a qualquer crime hediondo viola direitos fundamentais. No caso em análise, a violação é ainda mais latente, já que a Constituição garante o direito à vida, e este é o principal bem jurídico dentre todos previstos. A aplicação da continuidade delitiva, regra que surgiu como forma de “política criminal”, sendo mera ficção jurídica, inegavelmente protege de forma insuficiente um dos bens jurídicos mais caros à sociedade.

Embora a Constituição também proteja o cidadão acusado pela prática de algum crime, no caso em apreço, ocorreu claramente uma falta de reprovabilidade na conduta dos acusados, os quais ceifaram a vida de duas vítimas por motivo torpe e teve aplicada apenas a pena de um homicídio com a majoração prevista no art. 71 do CP.

A decisão torna-se ainda mais deficiente quando analisada em conjunto com a Súmula 605, do STF, que prevê a inaplicabilidade da continuidade delitiva nos crimes contra a vida.

Como se nota, os julgamentos em análise, aplicando o princípio da proporcionalidade apenas em seu viés negativo (protegendo o autor do delito), terminam por deixar a outra face do referido princípio esquecida, ignorando a proteção a bens fundamentais, notadamente o direito social à segurança.

7 A JURISPRUDÊNCIA E O RECONHECIMENTO DE UM DEVER DE PROTEÇÃO

Embora a face positiva do Princípio da Proporcionalidade ainda não esteja sendo observada de forma satisfatória pelo legislativo e por alguns juízes e tribunais, não se pode negar que os tribunais superiores, de forma gradativa, vêm aplicando o princípio da proibição da proteção deficiente com vistas a salvaguardar direitos e bens jurídicos protegidos constitucionalmente.

A seguir verificam-se três importantes decisões dos Tribunais superiores em que o princípio da proporcionalidade foi aplicado em sua vertente positiva.

A primeira decisão dos tribunais, em que o citado princípio serviu como base para afastar a aplicação de uma causa extintiva da punibilidade inconstitucional, foi no julgamento do RE nº. 418.376-5, datado de 09.02.06, no qual o princípio em análise foi debatido pelo Plenário do STF. O caso era de uma menina que, dos nove aos doze anos de idade, mantivera relações sexuais com seu tutor, estendendo-se o crime até quando engravidou, momento em que iniciou uma união estável com seu agressor.

O réu, alegando a união estável que mantinha com a vítima, pretendia ver decretada a extinção de sua punibilidade, com base no art. 107, inciso VII do CP, vigente ao tempo dos fatos. Invocava, da mesma forma, a norma do art. 226 da CF, segundo a qual a família é a base da sociedade, estando protegida pelo Estado.

O Ministro Gilmar Mendes, explicitando sua posição, que foi vencedora no acórdão, decidiu por impor a sanção penal ao réu, ao fundamento de que,

de outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais

específico.

E, acerca do princípio da proporcionalidade, disse:

quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.

(...)

Conferir à situação dos presentes autos o status de união estável, equiparável a 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 de proteção insuficiente. Isso porque todos os Poderes do Estado, dentre os quais evidentemente está o Poder Judiciário, estão vinculados e obrigados a proteger a dignidade das pessoas.

Outra importante decisão do Supremo Tribunal Federal, na qual se buscou uma proteção mais efetiva aos direitos fundamentais, foi proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4422), de relatoria do Ministro Marco Aurélio. Para o ministro, para que não fique esvaziada a proteção que o Estado deve dar às mulheres, os artigos 12 (inciso I), 16 e 41, da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), devem ser entendidos no sentido de que não se aplica a Lei 9.099/95, dos Juizados Especiais, aos crimes da Lei Maria da Penha, e que nos crimes de lesão corporal praticados contra a mulher no ambiente doméstico, mesmo de caráter leve, atua-se mediante ação penal pública incondicionada.

Sob o enfoque constitucional, na referida decisão, consignou-se que a norma seria corolário da incidência do princípio da proibição de proteção insuficiente dos direitos fundamentais. Sublinhou-se que a lei em comento representaria movimento legislativo claro no sentido de assegurar às mulheres agredidas o acesso efetivo à reparação, à proteção e à justiça. Discorreu-se que, com o objetivo de proteger direitos fundamentais, à luz do princípio da igualdade, o legislador editara microssistemas próprios, a fim de conferir tratamento distinto e proteção especial a outros sujeitos de direito em situação de hipossuficiência, como a Lei Maria da Penha e o Estatuto do Idoso.

O terceiro julgado trata-se de questão envolvendo a causa de aumento de pena prevista no inciso I, §2º, art. 157 do Código Penal Brasileiro.

No item anterior, foi citada a decisão da Terceira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado Minas Gerais, que afastou a causa de aumento de pena prevista no inciso I, §2º, art. 157 do CP, em razão da ausência de laudo pericial que comprovasse a potencialidade lesiva da arma que teria sido utilizada na prática do crime. Entretanto,

embora ainda existam posições nesse sentido, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), no HC 96.099, na decisão de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, já pacificou o tema sobre a desnecessidade da apreensão de arma de fogo e a consequente perícia para ser caracterizado o crime de roubo circunstanciado (art. 157, §2º, inciso I do Código Penal), quando presentes outros elementos que comprovam a utilização daquele tipo de arma.

Dessa forma, o Pretório Excelso buscou garantir uma maior proteção aos direitos fundamentais da vítima, aplicando a vertente positiva do princípio da proporcionalidade.

Para Streck (2007), a doutrina e a jurisprudência nacional, em sua maioria, ainda não se deram conta de que estão trabalhando com o princípio da proporcionalidade sob um único horizonte, ou seja,

[...] com a hipótese – para mim, a-histórica e atemporal – do garantismo negativo, em que a violação da proporcionalidade se dá pela proibição de excesso (*Übermassverbot*), esquecendo a relevante circunstância de que o estado pode via a violar o princípio da proporcionalidade na hipótese de não proteger suficientemente direitos fundamentais de terceiros (garantismo positivo), representado pela expressão alemã *Untermassverbot* (STRECK, 2007, p. 100).

Porém, como se nota pelas decisões do Supremo Tribunal Federal citadas, gradativamente, o princípio da proporcionalidade, sob a vertente da proibição da proteção deficiente, vem ganhando terreno na dogmática processual-constitucional brasileira.

8 CONCLUSÃO

Com a evolução da humanidade, o Estado deixou de ser Absolutista para se tornar um Estado Social. Com isso, foram surgindo ao longo do tempo os direitos fundamentais, que passaram a corresponder a uma efetiva atuação do Estado para salvaguardar tais direitos.

Essa evolução de direitos demanda níveis diferentes de proteção, pois, se antes esta se dava contra o Estado, agora se dá e se faz, também, por intermédio dele. Assim, o Estado deixa de ser “inimigo” e passa a ser “amigo” dos direitos fundamentais, estando obrigado a proteger de forma efetiva os direitos dos indivíduos.

A necessidade de uma proteção efetiva aos bens jurídicos faz surgir uma modificação na visão sobre o princípio da proporcionalidade, que era visto apenas na sua vertente negativa, ou seja, proibição de excessos por parte do Estado, e, nesse segundo momento, torna-se possível tratar da proteção dos bens jurídicos a partir daquilo que se convencionou chamar de princípio da proibição de proteção deficiente (ou insuficiente, como também é chamada) – *Untermassverbot*.

A constatação de que a proibição de proteção deficiente compõe o princípio da proporcionalidade é fundamental para que este postulado seja compreendido com coerência. Às vezes, não é pelo excesso, mas pela fragilidade da reprimenda que o

Estado ofende os direitos fundamentais e, assim, atua de forma inconstitucional.

A partir da análise dos exemplos trazidos no presente estudo, é possível observar que a vertente positiva do princípio da proporcionalidade ainda tem sido pouco aplicada. Entretanto, apesar dessa constatação, dentro de sua competência de dar a última palavra sobre quais direitos a Constituição protege, as Cortes Constitucionais, quando chamadas a decidir sobre tais controvérsias, têm exercido suas funções com exemplar desenvoltura, e importantes questões nas sociedades contemporâneas têm sido decididas não pelos representantes do povo reunidos no parlamento, mas pelos Tribunais Constitucionais.

Tendo isso em conta, de que os Tribunais Superiores enveredaram-se por uma diretriz consentânea com o referido princípio, o Poder Judiciário passa a ter, na ideia de proporcionalidade, novas possibilidades hermenêuticas aptas a viabilizar a projeção do conteúdo principiológico da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Leonel Vallandro *et al.* Porto Alegre: Abril Cultural, 1973.

BARATTA, Alessandro. La política Criminal y el Derecho Penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº. 2, 1999, p. 110.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional número 67, de 22/12/2010. Brasília: Saraiva, 2012.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

ESSADO, Tiago Cintra. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face do princípio da proporcionalidade*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

GUERRA FILHO, W. S. *Teoria processual de constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

HESSE, Conrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça do Estado. *Apelação Crime Nº 1.0024.11.084614-4/001 0846144-07.2011.8.13.0024 (1)*. Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça MG. Relatora: Maria Luíza de Marilac. Julgado em 12 de junho de 2012. Disponível em <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em 12 de outubro de 2012.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça do Estado. *Apelação Crime Nº 1.0027.07.118608-7/002 1186087-85.2007.8.13.0027 (1)*. Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça MG. Relator: Delmival de Almeida Campos. Julgado em 22 de junho de 2011. Disponível em <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em 12 de outubro de 2012.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Lisboa: Coleção Veja Universitária, 1998.

SARLET, Ilgo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SAUER, Guillermo. *Derecho penal: parte general*. Trad. Juan del Rosal e José Cerezo. 3. ed. Barcelona: JM Bosch, 1956.

STRECK, Maria Luiza Schafer. *O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. São Leopoldo: Unisinos (trabalho monográfico – mestrado), 2008. Disponível em: <http://bdtd.unisinos.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=721>. Acesso em 19 mai. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (ÜBERMASSVERBOT) à proibição de proteção deficiente (UNTERMASSEVERBOT) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. Disponível em: <http://www.prr5.mpf.gov.br/nucrim/boletim/2007_05/doutrina/doutrina_boletim_5_2007_proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2012.

_____. *Direito penal em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.