

# Untermassverbot: a proibição da proteção insuficiente no Direito Penal

Marjorie Andressa Yamasaki

Aluna do 4º ano matutino da Faculdade de Direito São Bernardo do Campo.

**Resumo:** Com vistas à recente tendência penal de maneira geral considerada (*die gesamte Strafrechts*), surge a relevante discussão a respeito da insuficiente proteção dada pelo Estado, sendo que esta deveria ser total e efetiva no sistema jurídico brasileiro, seguindo-se o sentido da Constituição Federal de 1988, que garante proteção ampla dos direitos. Nessa linha de raciocínio, o trabalho em tela objetiva traçar breves apontamentos em torno da aplicação do princípio da proibição da proteção deficiente, oriundo do Direito Alemão, a partir da necessária observância à tutela do bem jurídico-penal.

**Palavras-chave:** Estado democrático de direito; limites; dignidade humana; princípios; bem jurídico; proteção.

*“A justiça é anterior ao Estado e é imutável e eterna. Sem ela, a autoridade é tirania e a lei fórmula oca”.*

*(Santo Agostinho)*

## 1. Introdução

O estudo em pauta repousa na aferição de um dos temas, cuja envergadura preocupa a conjuntura jurídica, que é o princípio da vedação da proteção insuficiente; mormente em face das perspectivas de um Estado Democrático de Direito, no qual os princípios, especialmente o da dignidade humana, assumem relevante função na interpretação e aplicação das leis.

Trata-se de tema atual, ainda não discutido satisfatoriamente na doutrina brasileira. Ressalta o aspecto negativo da atuação estatal como manifestação do princípio da insuficiência na proteção pelo Estado.

Atualmente, vivenciamos o delineamento de um “novo constitucionalismo”. Outrora, o culto à lei atribuiu à Constituição Federal a conotação de um texto destituído de valor jurídico, entendendo a primeira como responsável pela conformação social efetiva. Modernamente, tal entendimento é totalmente superado: a Constituição é integralmente conformadora. Toda e qualquer norma constitucional possui um mínimo de eficácia e limita, por conseguinte, a atuação de todos.

O moderno constitucionalismo está voltado para a concretização da Constituição, distanciando-se de concepções meramente formalistas e enfatizando um enfoque material, vale dizer, do seu conteúdo. Deste modo, os princípios fundamentais precisam ser reconsiderados com vistas na garantia da máxima efetividade dos direitos. Deste tema trata o presente trabalho.

Tal entendimento nos fornece parâmetro de imensurável relevância para todos os ramos do direito. Com efeito, na Constituição se encontra a tábua axiológica de nossa ordem jurídica. Por conseguinte, os influxos da Constituição se fazem sentir em todo o ordenamento e impõem a reflexão permanente dos mesmos à luz de novos paradigmas.

Alvo da inafastável influência das determinantes sociais, o alcance de todos os princípios orientadores de um ordenamento será histórico-condicionado. É verdade trivial o fato de serem as questões filosóficas objeto de ponderação de cada geração. Os princípios, a cujo significado leigo se acresce um técnico-jurídico, não fogem a esta regra. Eles estão sujeitos a variantes axiológicas de uma época para outra; de um Estado para outro; e mesmo em um Estado, de região para região.

A necessária reapreciação dos princípios nos quais se baseia a nossa ordem jurídica, por consequência, requer permanente atividade de construção jurisprudencial orientada pela necessidade de compatibilização dos mesmos às necessidades societárias. Qual o conteúdo jurídico de determinado princípio e, posteriormente, qual o seu alcance, são questões a serem enfrentadas ininterruptamente pelo intérprete com o escopo de desvelar a norma viva. No estudo de tal questão, mostram-se de suma importância os postulados normativos aplicativos da proporcionalidade e da razoabilidade na harmonização prática de direitos fundamentais em antagonismo, que, pela indispensabilidade de todos, não pode implicar na supressão de qualquer deles.

A equivalência hierárquica e a concomitante imprescindibilidade dos direitos fundamentais impõem a *ponderação* dos mesmos. Cumpre identificar o âmbito de incidência dos princípios em confronto para se concluir pelo predomínio deste ou daquele no caso específico. Neste contexto, destacam-se, no moderno constitucionalismo, os postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade. Sobre a operacionalidade dos mesmos, parte-se do Direito Constitucional para se chegar ao Direito Penal.

O constitucionalismo moderno deslocou para o respeito aos direitos fundamentais o centro gravitacional da ordem jurídica. Neste contexto, o postulado da proporcionalidade, em diversos ramos do direito, tem revelado importante papel.

A proporcionalidade, no âmbito jurídico, foi inicialmente estudada sob perspectivas diversas da constitucional, como a penal e a administrativa. Nestes estudos, não foi dada a ênfase na distinção entre proporcionalidade e razoabilidade, nem tão pouco foi feita minuciosa análise do método próprio de aplicação de cada um dos referidos postulados normativos. Todavia, na Alemanha, o Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) deu a ele relevância extraordinária no âmbito constitucional pela via interpretativa. A ele faz alusão a Lei Fundamental alemã em diversos dispositivos, impondo a justa ponderação dos interesses públicos e dos particulares. As decisões tomadas por aquela Corte influenciaram acentadamente o constitucionalismo continental. O *Untermassverbot* é manifestação marcante do constitucionalismo dito moderno, tal como no presente escrito.

A vinculação do postulado da proporcionalidade ao direito constitucional ocorreu por via dos direitos fundamentais. Sua importância é compreendida, na ponderação de bens, na limitação mínima de direitos em conflito dimensionando-os de modo a atingir um fim com menor sacrifício do princípio não preponderante na hipótese concreta.

A dignidade da pessoa humana fundamenta o Estado Democrático de Direito, estabelecido pela Constituição Federal. Com isso, diferentemente do Estado de Direito, as leis possuem conteúdo e adequação social, descrevendo apenas os fatos que realmente colocam os bens jurídicos em perigo.

A idéia de bem jurídico-penal ou objeto jurídico do delito surge com o movimento iluminista, em que também se encontram as raízes do Direito Penal moderno, segundo a ótica humanista de Beccaria. E o Direito Penal ficou caracterizado como a ciência que visa proteger

os valores fundamentais para a subsistência do corpo social, que são os bens jurídicos.

No entanto, o Direito Penal tem sido utilizado de acordo com os sentimentos punitivos da sociedade, por conta do cometimento de injustos. Com isso, mais tipos penais vêm sendo criados e muitas vezes com abrangência de temas, que antes eram resguardados por outras esferas do Direito<sup>1</sup>. Assim, a demasiada ampliação do *jus puniendi* estatal resulta no excesso de proteção (*Übermassverbot*), em discrepância com o direito penal mínimo, cujo objetivo se pauta na *ultima ratio* para a aplicação do Direito Penal, ou seja, é subsidiário em relação aos demais ramos do Direito, justamente por ser a arma mais violenta; chegando-se ao ponto de privar a liberdade.

Não obstante, a dogmática jurídica, imersa na idéia de proteção contra os excessos, considera também a insuficiência desse amparo, que chega a ponto de contradizer o próprio texto da Carta Magna.

Portanto, tanto as teorias que pregam a abolição do Direito Penal, quanto as que propugnam a sua aplicação desmedida não se mostram em consonância com a ordem jurídica brasileira. Quando se aciona o aparelho estatal, quando desnecessário, principalmente para a imposição de penas, também afeta os direitos fundamentais. A conseqüência é a mesma se o Estado deixa de tutelar ou tutela de modo precário os direitos por meio do Direito Penal<sup>2</sup>.

## 2. A função do Estado na proteção do bem jurídico-penal

No século XVIII, época do Iluminismo, se encontra a origem do Direito Penal Moderno, foi neste período que foi escrita a obra de humanização do Direito Penal, “Dos Delitos e Das penas” de Cesare Beccaria, que influenciou no processo de

<sup>1</sup> ESPAÇO VITAL, s/d.

<sup>2</sup> Ibid.

formação da noção do bem jurídico-penal e os limites do Estado em seu direito de punir.

O Estado tem a função de garantir a segurança dos seus súditos, que, por terem essa necessidade, sacrificaram parte de suas liberdades para entrega-las ao soberano, podendo então “gozar do resto da liberdade com mais segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania da nação”<sup>1</sup>.

*“O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo”<sup>2</sup>.*

Com a teoria contratualista, fruto das idéias iluministas do individualismo e racionalismo, foram traçados os princípios e as diretrizes que limitam a atuação estatal no campo da liberdade individual. Resultou-se assim na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, cuja fórmula básica consiste na liberdade de poder fazer tudo o que não prejudica o outro, e os limites para tanto só podem ser estabelecidos mediante lei. O Estado de Direito, oriundo do positivismo jurídico, é baseado no “império da lei, a divisão de poderes, a fiscalização da Administração e a proteção dos direitos e liberdades fundamentais”<sup>3</sup>.

Todavia, o conceito de Estado de Direito carece de conteúdo social, pois apenas assegura a lei para todos, sem estabelecer a intervenção estatal para garantir a eficácia dos direitos e não apenas sua simples existência. Falta, portanto conteúdo material de realização da justiça social, não sendo suficiente apenas superar o *bellum omnium contra omnes*, a guerra civil.

Posterior a esta forma estatal surge o Estado Democrático de Direito, que é entendido como aquele em que poder dos governantes se justifica e legitima apenas com a vontade do povo, isto é, com a eleição por sufrágio universal; e também pelo conteúdo e adequação social ao estabelecer os princípios básicos a serem seguidos, como o da dignidade da pessoa humana.

Este princípio foi afirmado com vigor no Pós-Guerra Mundial, e foi considerado uma reação às atrocidades da guerra, tanto que a Constituição Federal da Alemanha Ocidental traz em seu artigo de abertura o seguinte texto “A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeita-la e protege-la é obrigação de todo o poder público”<sup>4</sup>.

Outro marco importante no Pós-Guerra foi a Declaração dos Direitos do Homem de 1948, que em seu preâmbulo sustenta “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”, e “que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor de pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher”<sup>5</sup>.

A dignidade da pessoa humana tem validade *a priori*, e só pelo fato de ser pessoa é possível invocar este princípio.

Da importância dos princípios, já dizia Celso Antônio Bandeira de Mello que “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade

<sup>1</sup> BECCARIA, 1999: 25.

<sup>2</sup> BECCARIA, 1999: 26-27.

<sup>3</sup> PRADO, 2003:72.

<sup>4</sup> NUNES, 2002: 48. O texto original é: Artigo 1º (Schutz der Menschenwürde). (1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt”.

<sup>5</sup> COSTA, 2004: 118-119.

ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema<sup>8</sup>”. Assim, os princípios não podem ser desrespeitados quando da aplicação e interpretação das normas jurídicas, principalmente as normas penais que não podem ser aplicadas sem antes verificar essas premissas axiológicas norteadoras do ordenamento jurídico.

Como princípio orientador do sistema jurídico brasileiro, pode-se afirmar que a dignidade humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, inclusive há previsão expressa no texto da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, III<sup>9</sup>. Desse modo, qualquer afronta ao princípio da dignidade humana será materialmente inconstitucional. Esta supranorma orienta o legislador, quando for criar um novo delito, e também o intérprete na aplicação do Direito.

Os princípios penais corolários da dignidade humana, relacionados à atuação estatal na proteção dos direitos são a insignificância ou bagatela, intervenção mínima, proporcionalidade e ofensividade. Além desses, pode-se incluir o princípio da proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*), originário do direito alemão, que será tratado mais adiante no presente trabalho.

O princípio da insignificância ou bagatela é originário do Direito Romano e de cunho civilista, funda-se no brocardo de *minimis non curat practor*. Foi no ano de 1964 que foi introduzido no sistema penal por Claus Roxin, pressupondo a realização dos objetivos da moderna política criminal<sup>10</sup>.

O Direito Penal somente deve intervir nos casos de lesão jurídica de certa gravidade, sendo que em perturbações jurídicas mais leves, ou seja, de pequena relevância material, não seja considerado típico o fato. Ligado ao princípio da ofensividade, segundo o qual o Direito Penal só deve ser aplicado no caso em que a conduta ofender um bem jurídico. Este princípio pode ser extraído do artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, que disciplina as infrações de menor potencial ofensivo<sup>11</sup>.

Segundo Luiz Flávio Gomes, “a função principal do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos é a de delimitar uma forma de direito penal, o direito penal do bem jurídico, daí que não seja tarefa sua proteger a ética, a moral, os costumes, uma ideologia, uma determinada religião, estratégias sociais, valores culturais como tais, programas de governo, a norma penal em si etc. O direito penal, em outras palavras, pode e deve ser conceituado como um conjunto normativo destinado à tutela de bens jurídicos, isto é, de relações sociais conflitivas valoradas positivamente na sociedade democrática. O princípio da ofensividade, por sua vez, nada diz diretamente sobre a missão ou forma do direito penal, senão que expressa uma forma de compreender ou de conceber o delito : o delito como ofensa a um bem jurídico. E disso deriva, como já afirmamos tantas vezes, a inadmissibilidade de outras formas de delito (mera desobediência, simples violação da norma imperativa etc.)<sup>12</sup>”.

Assim, segundo este princípio, há um certo limite para a pretensão punitiva do Estado.

<sup>8</sup> Bandeira de Mello *apud* ATALIBA: 35.

<sup>9</sup> Art.1º, da Constituição Federal : “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos : I – a soberania; II – a cidadania; III- a dignidade da pessoa humana; ...”.

<sup>10</sup> CAPEZ, 2004.

<sup>11</sup> Art. 98, da Constituição Federal : “ A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - Juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau, ...”.

<sup>12</sup> Luiz Flavio Gomes *anud* CAPEZ. 2004: 25 e 26.

No entanto, não é em todo caso que o Direito Penal deverá intervir, somente nos casos em que houver ofensa ou efetivo perigo para o bem jurídico, pois se não tiver esse mínimo de relevância social, a norma penal não poderá ser aplicada por ser contrária ao sentido constitucional. Correlacionado ao princípio da ofensividade, está o princípio da intervenção mínima, também chamado de princípio da subsidiariedade.

Significa que o Direito Penal não deve intervir demasiadamente na vida do indivíduo, pois sua aplicação nunca deverá ser a *prima ratio*, ou seja, a primeira opção do legislador para compor conflitos sociais. Antes de solucionar estas desavenças e lides pelo Direito Penal, é preciso verificar se há outros ramos do Direito preparados para tais situações<sup>13</sup>.

É mister lembrar finalmente do princípio da proporcionalidade, presente em diversas passagens do texto constitucional, “quando abole certos tipos de sanções ( artigo 5º, XLII, XLIII e XLIV) e moderação para infrações menos graves ( artigo 98, I). Baseia-se na relação custo-benefício”. Uma sociedade incriminadora é invasiva, pois limita a liberdade das pessoas. Entretanto, há a vantagem da tutela do interesse jurídico<sup>14</sup>.

Portanto, a limitação das liberdades individuais é compensada com a tutela do bem jurídico-penal, uma vez que num Estado Democrático de Direito não é possível uma incriminação em desfavor dos benefícios da tutela.

### 3. A efetividade dos direitos

A Constituição Federal, em sua acepção substancial é definida pelo conteúdo de suas regras jurídicas. Celso Ribeiro Bastos ensina que, neste sentido substancial, a Constituição:

*“procura reunir as normas que dão essência ou substância ao Estado. É dizer, aquelas que lhe conferem a estrutura, definem as competências dos seus órgãos superiores, traçam limites da ação do Estado, fazendo-o respeitar o mínimo de garantias individuais”<sup>15</sup>.*

Já o sentido formal, diametralmente oposto ao anterior, busca tratar a Constituição como um documento de grande magnitude no ordenamento jurídico. Trata-se de um modo de ver voltado simplesmente ao aspecto normativo. E, por derradeiro, há o sentido material da Constituição Federal, que se traduz, segundo Bastos, num “conjunto de forças políticas, econômicas, ideológicas etc. que conforma a realidade social de determinado Estado, configurando a sua particular maneira de ser”<sup>16</sup>.

A Constituição deve ser considerada em sua acepção mais ampla, e que conjugue estes três modos de se enxergá-la. Assim, se dará o sentido que maior eficácia lhe ofereça. É deste aspecto que trata o princípio da efetividade.

De acordo com J.J.Gomes Canotilho, o princípio da efetividade, “também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a toda e qualquer norma constitucional, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (THOMA) é hoje, sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)”<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> NUCCL, 2005.

<sup>14</sup> CAPEZ, 2004:22.

<sup>15</sup> BASTOS, 2001:43.

<sup>16</sup> BASTOS, 2001:43.

<sup>17</sup> Canotilho, *anuid* MOTA, 2001:31.

Na dificuldade de se aferir qual norma ou princípio que traga a efetividade ao direito, necessário se faz a visualização do princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

O princípio da razoabilidade não está expressamente previsto no texto constitucional sob esta epígrafe, porém, é possível encontra-lo em alguns dos seus dispositivos, como, por exemplo o artigo 5º, inciso XXXIX, prescrevendo que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem previa cominação legal” (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*).

Helenilson Cunha Pontes conceitua a razoabilidade como manifestação do devido processo legal, mas não se pode confundir os dois princípios. A razoabilidade é um:

*“princípio geral de interpretação que impede a consumação de atos, fatos e comportamentos inaceitáveis, penetra e constitui uma exigência, não apenas da garantia do devido processo legal, mas de todos os princípios e garantias constitucionais autonomamente assegurados pela ordem constitucional brasileira<sup>18</sup>”.*

Sobre o princípio da proporcionalidade, Helenilson Cunha deixa evidente que:

*“afirmar a submissão do Estado ao princípio da proporcionalidade significa impor um limite jurídico, de estatura constitucional, à ação normativa estatal. Depreende-se, portanto, que o princípio da proporcionalidade é corolário de uma ordem jurídica na qual a Constituição Federal assume o ápice do sistema normativo. Essa supremacia da Constituição constitui o ponto de partida para a compreensão do princípio da proporcionalidade, como bem destaca pelo ilustre professor<sup>19</sup>”.*

Complementa, ainda, Paulo Bonavides:

*“em nosso ordenamento constitucional não deve a proporcionalidade permanecer encoberta. Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. De tal sorte que urge, quanto antes, extrai-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor no uso jurisprudencial<sup>20</sup>”.*

#### 4. A proteção deficiente no Direito Penal Brasileiro

A norma penal, no contexto do Estado Democrático de Direito não é apenas o fato descrito como infração penal. Crime não tem apenas o sentido formal de ser o que o legislador diz sê-lo, mas é possível haver uma conduta criminosa que não coloca em perigo valores fundamentais da sociedade<sup>21</sup>. É preciso verificar o teor da ofensa social, afastando a punição da conduta que não causa um dano relevante. Nas palavras de Beccaria,

*“as penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são mais injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos<sup>22</sup>”.*

A razão ético-social do Direito Penal assenta-se no dever do Estado em garantir as condições fundamentais e indispensáveis da vida em comum, impondo efetivamente a sanção penal quando da violação de um bem jurídico.

<sup>18</sup> PESSOA, s/d.

<sup>19</sup> PESSOA, s/d.

<sup>20</sup> PESSOA, s/d.

<sup>21</sup> CAPEZ, 2004:22.

<sup>22</sup> BECCARIA, 1999:27.

Todavia a tutela penal não se verifica apenas no sentido de punir, mas também a proteção não deve ser reduzida a patamar ínfimo, segundo o princípio da proibição da proteção deficiente. Portanto o dever de proteção estatal não está apenas em garantir a existência e o cumprimento da lei, mas também evitar que sua falta seja prejudicial aos direitos fundamentais, ou seja, a omissão no seu dever de prevenção também caracteriza afronta ao princípio da proteção insuficiente.

Com efeito, o Estado deve proteger o cidadão contra os excessos e arbítrios do Direito Penal, verificando as garantias individuais no sentido negativo, representadas pela aplicação do princípio da proporcionalidade enquanto vedação do excesso (*Übermassverbot*). Por outro lado, não pode dar proteção deficiente em relação às garantias individuais, representadas no sentido positivo, pelo princípio do *Untermassverbot*, nos termos do acórdão do Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) da Alemanha, BverfGE 88, 203. Segundo esta decisão, o legislador havia descriminalizado o aborto e o Tribunal Constitucional declarou inconstitucional a lei, pois o legislador ordinário não podia criminalizar e nem descriminalizar. Para retirar a proteção, é preciso provar que o direito penal ou processual penal tornou-se desnecessário<sup>23</sup>.

Assim, para uma determinada parcela de direitos o amparo penal é necessário, a tal ponto que seu rebaixamento, seja por meio de descriminalização, seja com a previsão de sanções ínfimas, culminaria na insuficiência de tutela, também vedada pela Lei Maior.

Ingo Sarlet menciona que:

*“a noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente a um dever de proteção por parte do Estado,*

*inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados<sup>24</sup>”.*

Desse modo, a inconstitucionalidade pode ser decorrente tanto da tutela insuficiente de certo direito fundamental, por exemplo, a abolição de sanção penal, quanto do excesso cometido pelo Estado, no que diz respeito ao ato desproporcional com a finalidade de ser atingida, mormente na criação de ilícitos penais desnecessários para casos em que outros ramos do Direito poderiam muito bem cuidar de tal situação.

Com efeito, um dos requisitos necessários para que haja a adequada relevância e dimensão social do bem jurídico e da ofensa, é a danosidade social. Essa condição inibe a elaboração, pelo legislador, de hipóteses em que não há conseqüências negativas e danosas à sociedade, que se conforma ao delito praticado. Outro critério importante é que os bens jurídicos devem ser suscetíveis de concretização, ou seja, ela é tida como requisito para evitar a criminalização de um fato que não produz real e efetiva lesão social<sup>25</sup>.

Assim, de acordo com a proporcionalidade como proibição do excesso, a resposta do Estado frente à infração penal deve ser coerente com a lesividade causada ao bem jurídico, de modo que o Direito Penal seja a *ultima ratio*, ou seja, subsidiário com relação às demais esferas do ordenamento jurídico.

Streck explica que há um duplo viés na proteção dos direitos fundamentais, de um lado

<sup>23</sup> PEREIRA, s/d; STRECK, s/d.

<sup>24</sup> STRECK, s/d.

<sup>25</sup> PRADO 2003

há a proteção negativa, ou seja, contra os excessos praticados pelo Estado; porém, de outro, está a proteção positiva, no sentido de que a esta é contra as omissões e insuficiências. O estabelecimento de crimes, penas e também as descriminalizações não podem ser feitas de modo discricionário<sup>26</sup>. E, ainda, não pode haver arbitrariedade ao se determinar quais são os bens jurídico-penais, pois o Direito Penal não deve intervir quando se constata a possibilidade de aplicação de outros meios para proteger o bem jurídico.

Paulo de Mesquita Neto, ao comentar a atuação violenta da facção criminosa PCC (Primeiro Comando da Capital), mostra que em muitos casos, leis severas demais e uma política de encarceramento de líderes do crime organizado não resolve o problema da criminalidade, uma vez que não foram atendidas ainda as expectativas mínimas da população de solucionar os problemas na esfera da economia, saúde e educação. Então mais policiais, construção de presídios e “leis duras” são proteção excessiva em face do que realmente precisa ser tutelado eficazmente (princípio da proibição da proteção deficiente), que é a própria segurança pública, a Justiça Criminal e a administração penitenciária (necessitando investimentos)<sup>27</sup>.

## 5. Conclusão

O constitucionalismo contemporâneo reflete neste debate de ordem política e social da realidade na atualidade. A Constituição Federal objetiva trazer eficácia generalizada e de maneira eficiente a todas as re-

lações jurídicas.

Diante do que foi exposto, pode-se concluir que o Direito Penal é, sem dúvida, subsidiário aos demais ramos do Direito, por implicar maior providência a ser tomada pelo Estado para a proteção do bem jurídico, quando razoável. Então, somente quando a tutela por estes outros ramos for insuficiente é que se acionará a tutela penal, que não pode se estender às lesões de menor significação ou de repercussão ínfima, mas também, por outro lado, não pode deixar de impor penas àqueles que ferem seriamente os bens jurídico-penais.

No entanto, não basta a simples tutela. É preciso que ela não seja demasiada, a ponto de provocar um excesso desnecessário (*Übermassverbot*), e nem que ela seja deficiente (*Untermassverbot*). De um modo ou de outro, a Constituição é ofendida. Então não basta o enfoque da mera abstenção do Estado, caracterizando apenas com isso o Estado formal de Direito, mas é preciso também o comportamento positivo ou ativo, assegurando, mecanismos capazes de garantir o resguardo dos direitos.

Não necessariamente quem defenda a descriminalização estará afrontando o princípio da proibição da proteção deficiente, uma vez que, fundamentada na dignidade humana pode ser aceitável. Se o Direito Penal deixa de ser necessário para tutelar certos bens jurídicos, por conta da possibilidade de tutela por outros ramos do Direito, nada impede que tal fato deixe de ser ilícito penal, tendo como premissa a severidade da proteção penal como meio de intervenção na liberdade das pessoas.

## Bibliografia

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 13ªed., Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

<sup>26</sup> STRECK, s/d.

<sup>27</sup> FOLHA DE SÃO PAULO 16/05/2006.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ed. Ícone, 1999.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; Jr., Paulo José da Costa. *Direito Penal na Constituição*. 3ªed., São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Vol.1, 8ª ed., São Paulo : Saraiva, 2005.

COSTA, Tailson Pires. *A dignidade da pessoa humana diante da sanção penal*. São Paulo :Fiuza Editores,2004.

ESPAÇO VITAL. *Íntegra da decisão de juiz gaúcho que declara inconstitucional o Decreto de indulto natalino*. Disponível na Internet via : <http://www.espacovital.com.br/geral0104.htm>.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Estado de Direito já*. Jornal Folha de São Paulo. São Paulo, 16/05/2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 21ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2004.

MOTA, Leda Pereira; Spitzcovsky, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed., São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2001.

NUCCI, Guilherme. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo : Saraiva, 2002.

PELARIN, Evandro. *Bem Jurídico-penal: Um debate sobre a Descriminalização*. São Paulo : IBCCRIM, 2002.

PEREIRA, Roberto Pereira; STRECK, Lenio Luiz. *Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Disponível na internet via : [http://www.mp.rs.gov.br/areas/atuacaomp/anexos\\_noticias/representacaoogr.doc](http://www.mp.rs.gov.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/representacaoogr.doc).

PESSOA, Leonardo Ribeiro. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na jurisprudência tributária norte-americana e brasileira. Disponível na Internet via : <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5328>

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Constituição e Bem Jurídico: a Ação Penal nos crimes de Estupro e AtentadoViolento ao Pudor – O Sentido Hermenêutico-Constitucional do art. 225 do CP*. Disponível na Internet via: <http://www.mp.rs.gov.br/criminal/doutrina/id384.htm>.