

Direito Penal: Princípio da Proporcionalidade, uma análise aos institutos da proibição de excesso e proibição da proteção deficiente¹

Gabriel Matos Xavier²
Daniel Moreira Tavares³

Resumo: Após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, o ordenamento jurídico penal brasileiro vem sendo permeado pelo direito constitucional. As doutrinas com viés mais garantista, neste aspecto, merecem real destaque em respeito à sua grande influência neste processo. Ao longo de três décadas, o direito penal - material e processual - tem concentrado sua preocupação principalmente com a efetivação dos direitos e com o respeito às garantias constitucionais do indivíduo que comete reincidentemente crimes. Contudo, não se pode esquecer que, se por um lado, é dever do Estado conceder um tratamento humano e razoável ao autor do delito, por outro, não pode essa premissa fazer com que exista ausência de proteção efetiva às vítimas e à sociedade em geral. A essência desse trabalho é discutir o Princípio da Proporcionalidade como o aspecto positivo da doutrina Garantista, demonstrando que a sociedade carece de leis que sejam razoáveis em ambos os lados, ou seja, não somente na proibição em se criar leis severas, cruéis, mas também na proibição da proteção mitigada, de forma a fazer com que se valha o poder do estado em reprimir.

Palavras-chave: Garantismo Penal. Princípios Penais. Princípio da Proporcionalidade. Proibição de Excesso. Proibição da Proteção Deficiente.

Abstract: Following the promulgation of the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988, the Brazilian criminal law has been permeated by constitutional law. The most guaranteeing doctrines, in this respect, deserve real prominence regarding their great influence in this process. Over the course of three decades, criminal law - material and procedural - has focused its concern primarily on the enforcement of rights and respect for the constitutional guarantees of the individual who commits repeat offenses. However, it must not be forgotten that, while it is the State's duty to grant human and reasonable treatment to the perpetrator, on the one hand, this premise cannot mean that there is no effective protection for victims and society at large. The essence of this work is to discuss the Proportionality Principle as the positive aspect of the Guarantor doctrine, demonstrating that society lacks laws that are reasonable on both sides, that is, not only in the prohibition on creating harsh, cruel laws, but also the prohibition of mitigated protection in order to enforce the state's power to repress.

¹ Artigo apresentado ao curso de Direito da Faculdade de Jussara (FAJ), como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

² Acadêmico do curso de Direito da Faculdade de Jussara (FAJ). E-mail: gabrielmatosxavier@gmail.com

³ Professor do curso de Direito da Faculdade de Jussara (FAJ). E-mail: danielm-slmb@hotmail.com

Keywords: Criminal Guarantee. Criminal Principles. Proportionality principle. Prohibition of Excess. Prohibition of Poor Protection.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo a busca pelas formas de atuação do Princípio da Proporcionalidade, sendo a proibição da proteção deficiente, e a proibição do excesso, baseada na importância deste princípio do direito penal e sua aplicação em casos concretos, a fim de que se possa usar o direito material de forma justa e eficaz na segregação da liberdade do indivíduo, vez que, os legisladores em âmbito federal no momento da criação de dispositivos penais que venham a criminalizar condutas, possam ter em mente a preocupação com a proporcionalidade e a razoabilidade, bem como os magistrados em geral no momento da aplicação das leis e criação de jurisprudências.

O princípio da proporcionalidade nasceu do erro do estado em apresentar-se desnecessário, no que concerne a aplicação de penas, como exemplo existiam os dispositivos penais arcaicos, usados na antiguidade que tinham como objetivo a real ideia de desproporcionalidade, dispositivos primitivos e que não evoluíam ao passo da sociedade, apresentando penas cruéis, degradantes, vexatórias e até mesmo penas de mutilação e ou morte. Em razão disso, fora necessário a criação de princípios e regras de direito para a adequação e criação de leis mais benéficas para o infrator e para a sociedade.

Essa mudança vem a ganhar destaque no século XIX, com a preocupação dos filósofos e juristas iluministas, que buscaram apontar para a necessidade de regulação e limitação da atividade legislativa, que neste momento também se encontra vinculada não somente à lei, mas também aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Após esta notável mudança, que deu início à ideia de proteção aos direitos da pessoa humana enquanto delinquente, pode se perceber o marco de uma evolução um tanto quanto próxima a evolução societária. Desta forma,

podemos notar que uma das características do dever de proteção de bens jurídicos pelo direito penal, encontra-se na ideia de que o Estado não deve se contentar apenas em proteger a pessoa em seu plano individual, exercendo o que podemos chamar de garantismo negativo, de proibição do excesso, na medida em que deve também fazer efetivar-se as garantias constitucionais, buscando proteger os direitos sociais e coletivos, o que se denomina garantismo positivo.

Neste sentido, os pensadores, juristas e filósofos entendem como base do garantismo negativo defender o princípio da proporcionalidade como proibição do excesso, já por outro lado os adeptos do garantismo positivo sustentam uma segunda vertente do princípio, o da proibição da proteção deficiente.

Vale ressaltar que um sistema que protege o indivíduo em mesma escala que protege a sociedade evolui para uma melhor relação entre estado-povo, já que se tem a noção de que ao praticar condutas reprováveis no seio societário estará sujeito a leis, que tenham como escopo a repressão do crime e a reinserção do indivíduo no meio em que vive, de forma a demonstrar que dispositivos penais com harmonia nos preceitos primários e secundários se fazem eficazes em relação a possibilidade de sua aplicação e a proteção de direitos inerentes a pessoa, tais como a dignidade da pessoa humana.

A metodologia usada neste trabalho é a pesquisa científica em dados e estudos de juristas e filósofos, tanto os iluministas, quanto os pensadores contemporâneos, buscando sempre o estudo do uso do princípio da proporcionalidade e sua importância na escola penal, não apenas como princípio basilar, mas como garantia do cumprimento eficaz da pena e da dignidade da pessoa humana.

Assim como preceitua o doutrinador Dirley da Cunha Júnior, em sua obra Curso de Direito Administrativo.

A proporcionalidade é um importante princípio constitucional que limita a atuação e a discricionariedade dos poderes públicos e, em especial, veda que a Administração Pública aja com excesso ou valendo-se de atos inúteis, desvantajosos, desarrazoados e desproporcionais (CUNHA, 2009, p.50).

Mister se faz a ideia de que a Proporcionalidade deve ser analisada em um plano além do abstrato, é necessário que tomemos a premissa de olharmos para ela com o viés a qual merece, já que atua em um ramo importantíssimo do Direito Penal, qual seja, a atuação estatal criminal. Desta forma, quando tratarmos do assunto, devemos levar em consideração toda sua trajetória histórica até aqui, passando por toda a evolução da sociedade até atingir o patamar de norma constitucional primordial para um Estado Democrático de Direito.

1 – ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade tem como marco de sua origem a transição do até então Estado de Polícia para o almejado Estado de Direito, com o objetivo principal de controlar os poderes dos monarcas, uma vez que tais poderes se mostravam ilimitados tanto aos meios empregados quanto aos fins por eles almejados. A base do que se esperava do princípio da proporcionalidade à época foi a concepção intelectual da importância de se dar proteção aos direitos individuais em relação aos atos estatais, pois esses direitos eram entendidos como inatos à pessoa, não podendo sofrer limitações advindas do poder coletivo que o Estado detinha em mãos.

A partir da análise desses pensamentos surgiram as teorias Jusnaturalistas, tendo sua origem na Inglaterra nos séculos XVII e XVIII, com o objetivo claro e conciso de garantir proteção às liberdades e direitos da classe burguesa em contraponto à monarquia absolutista. Assim, a teoria Jusnaturalista rogava que os direitos individuais somente sofreriam limitações quando indispensáveis a proteção da coletividade, em outras palavras, o interesse do indivíduo só se postergaria em face do interesse social. (BORTOLINI. 2016)

Com esse pensamento, o princípio em fomento teve reconhecimento no Direito Administrativo, surgindo como decorrência de alguns outros princípios como o da legalidade e com principal aplicação nas penas do Estado impostas aos sujeitos particulares, porque deveriam sempre ser aplicadas de maneira absolutamente proporcional. Foi dessa maneira que o princípio da proporcionalidade viera a surgir na França, em meados do século XIX, porém

ainda tímido, implícito, com o intuito de limitar e controlar as ações administrativas, vindo a ganhar importância com o instituto processual denominado “*récours pour excès de pouvoir*” (recurso por excesso de poder) criado no ano de 1806, cuja principal função era o controle dos atos discricionários e dos atos de polícia da Administração Pública. (BORTOLINI. 2016)

Mesmo tendo em sua base histórica seu surgimento na Inglaterra e posteriormente na França, fora na Alemanha que o princípio da proporcionalidade se consagrou e obteve o relevo que ostenta na atualidade, pois com o seu desenvolvimento no Direito Administrativo o mesmo veio a migrar para o Direito Constitucional. Já na Alemanha O aludido princípio ganhou força com a Constituição de Weimar de 1919 e com a Constituição de Bonn de 1949, onde tais cartas limitavam os poderes do Estado em face de sua interferência nos direitos fundamentais, levando em conta a necessidade e urgência desta interferência.

Assim, após ter adquirido o patamar de norma constitucional implícita, ou seja, princípio constitucional tendo sua derivação no Estado de Direito, o princípio da proporcionalidade se alastrou eficazmente da Alemanha para todo o continente europeu, como por exemplo ao chegar na Itália em sua Convenção de Roma que instituiu o Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos, em Portugal em sua Constituição de 1976 e na Espanha com sua Constituição de 1978, de forma ainda tímida, tais países adquiriram para si, mesmo que implicitamente o status do princípio da proporcionalidade. (BORTOLINI. 2016)

Na América do Sul, mais precisamente no Brasil o princípio da proporcionalidade, apesar de não ser recepcionado expressamente, já há muito tempo está presente em decisões reiteradas dos tribunais e, principalmente, na doutrina, as quais o caracterizam como um princípio geral do direito, podendo ser considerado também, fundamento de um Novo Estado de Direito, haja vista sua importância como princípio direcionador de todo o Ordenamento Jurídico, que, sem sombra de dúvidas, ganhou a importância que lhe é dada atualmente com o advento da Constituição “Cidadã” de 5 de outubro de 1988.

1.1 – SUBPRINCÍPIOS

O princípio da proporcionalidade pode ser analisado sob a ótica de 3 subprincípios, sendo eles fundamentais para seu entendimento.

O primeiro desses elementos é o subprincípio da adequação (*geeignetheit*) que roga sob a escolha de um meio mais correto para se alcançar o fim almejado, em outras palavras, um meio suficiente para se chegar ao determinado fim, tal elemento, se faz de grande valia, uma vez que é marco do princípio da proporcionalidade a harmonia entre os meios de atuação do mesmo.

Em segundo lugar, temos na doutrina o subprincípio da necessidade (*erforderlichkeit*), que deve ser descrito como a necessidade pela escolha do meio indispensável para a concretização do fim perseguido. Pode também ser compreendido como a opção do meio mais ameno, ou seja, o meio que cause menos prejuízo aos demais direitos envolvidos, bastante relevante, uma vez que uma das esferas da proporcionalidade é a proibição do excesso, objetivando sempre o meio mais seguro e eficaz para a repressão da conduta, sem que se fira diretamente direitos indispensáveis a vida humana.

A ilustre doutrinadora Suzana de Toledo Barros conceitua o elemento da necessidade, assim dispendo:

O pressuposto do princípio da necessidade é que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa. (BARROS, 1996, p. 33)

O terceiro e último elemento a ser verificado no que tange a proporcionalidade é o da proporcionalidade em sentido estrito (*verhältnismässigkeit*), que nada mais é senão a análise dentre os meios à disposição e a escolha daquele que atenda com maior eficácia os interesses que ali estão sendo discutidos.

Em se tratando do elemento da proporcionalidade em sentido estrito, podemos entender que a escolha recai sobre o meio ou os demais meios que, em se tratando de casos específicos, levarem mais em conta o conjunto de interesses em análise.

Reportando-se a questão do sentido estrito o ilustre J. J. Gomes Canotilho o preleciona da seguinte forma:

Admitindo que um meio seja ajustado e necessário para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à <<carga coactiva>> da mesma. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. (CANOTILHO, 1992. p. 387)

Sendo assim, entende-se que caso o ato ou a medida tomados não sejam adequados e necessários, ou seja, não estejam em consonância com o postulado da proporcionalidade, dá-se, aí, a ocorrência da inconstitucionalidade dos meios de atuação estatal, vez que deve ser observada sua irrelevância para o bem social.

2 - DA PROIBIÇÃO DE EXCESSO.

O princípio da proporcionalidade como norma basilar do nosso ordenamento jurídico vem dividido em duas formas, a primeira sendo a proibição do excesso, ou excesso de proibição, e como outra faceta temos a proibição da proteção deficiente, ambas servem como contraponto aos limites estatais penais, já que cabe ao Estado a criação e implementação de normas penais voltadas a criminalizar condutas e aplicar sanções penais, prevalecendo da ideia de harmonia, entre preceitos primários e secundários.

Seguindo este diapasão, o excesso de proibição como desdobramento do princípio da proporcionalidade é a vedação da atividade legislativa que ao criar dispositivos penais acaba por ir além do que se entende como necessário, em excesso, afetando alguns dos direitos fundamentais como a liberdade de expressão, liberdade de locomoção, a honra, a dignidade, entre outros. Neste sentido a mestre Fernanda Mambrini, (2015. p.4) entende que “É o que se denomina princípio da proibição de excesso de proibição – o Estado não pode ir além do necessário e adequado”.

Temos em nosso Código Penal, diploma legal dos crimes em espécies algumas condutas com o condão de apresentarem-se aparentemente excessivas, ao passo de que o legislador não pode usar da lei penal para almejar vingança, pois, a lei só cobre aquele ato praticado após sua vigência, nesse sentido tínhamos o então revogado Art. 214 do Código Penal, o qual trazia a conduta de “ Constranger alguém, mediante violência ou grave

ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal”, tendo como preceito secundário a pena de 2 a sete anos. O legislador então, com a lei nº 12.015, de 2009, revogou o então crime e deixou a cargo do Art. 213, qual seja, constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos, a repressão dos crimes que envolvem a violência sexual da vítima.

Há de se observar que na redação do citado artigo em vigor, a frase “permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso” é um tanto quanto genérica, vez que neste momento devemos analisar a questão em um plano geral, já que a palavra Ato Libidinoso, vem da palavra libido, que nada mais é do que um assunto subjetivo de pessoa para pessoa, talvez os atos que satisfazem a sua lascívia, não irão satisfazer a lascívia de outrem e assim vice e versa. Esta palavra como sendo tão genérica, entendendo que libido seja algo tão íntimo e ainda tão cheios de tabus, merece maior atenção pelo Estado.

Vale ressaltar que o Art. 213 do Código Penal, também está inserido no rol de crimes hediondos, aumentando ainda mais a sua repressão, como podemos observar no Art. 1º, Inc V, da lei 8.072/90:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: (Redação dada pela Lei nº 8.930, de 1994) (Vide Lei nº 7.210, de 1984)

V - Estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009). (Planalto, lei 8.072/90).

Neste diploma legal, em que se insere alguns crimes com maior incidência da proibição de excesso de proibição, mister se faz a análise de cada crime em separado, para que não haja dúvidas no momento em que se dará a separação de cada faceta do princípio em análise, já que o legislador deve se preocupar a todo momento com os limites e objetivos da pena, para que não encarcere um inocente e ponha em liberdade um delinquente.

2.1 – DIREITO PENAL DO INIMIGO

Aqui temos um assunto muito recorrente e importante a se falar, o direito penal do inimigo, tema bastante difundido em jurisprudências, doutrinas e até mesmo na própria lei, dentro da escola clássica de Direito Penal podemos destaca-lo como um de seus membros mais agressivos, destacando o chamado *Direito Penal do Inimigo*, criado e desenvolvido pelo professor alemão Günter Jakobs, na década de 1990.

Jakobs, por meio dessa terminologia, procura fazer uma linha paralela entre dois temas, um *Direito Penal do Cidadão* e um *Direito Penal do Inimigo*. O primeiro, em uma visão um tanto quanto mais tradicional, garantista, com o dever de observância de todos os princípios fundamentais dos quais faz parte; o segundo, intitulado *Direito Penal do Inimigo*, seria um Direito Penal, omissivo, bem como despreocupado com seus princípios fundamentais, pois que não estaríamos diante de cidadãos, mas sim de inimigos do Estado, que por sua vez não estão preocupados com o bem-estar social, mas sim com seus próprios interesses.

Manuel Cancio Meliá, a partir do entendimento de Jakobs, esclarece:

Segundo Jakobs, o Direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, se constata um amplo adiamento da punibilidade, quer dizer, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), em lugar de – como é habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionadamente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é tida em conta para reduzir em correspondência a pena ameaçada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou, inclusive, suprimidas. (CANCIO MELIÁ, 2005, p.42).

É cediço que tanto o direito penal do inimigo quanto a proibição de excesso versam sobre a mesma temática, já que ambos tratam da relevância do tema em fomento. Cabe a nós o dever de repressão quanto à possibilidade de utilização de preceitos desproporcionais, o direito penal do inimigo traz em voga que sejam vetadas todas as disposições que beneficiem uma pequena, mas crescente parcela da sociedade, a dos delinquentes, ou seja, a impossibilidade da criação de delitos que favoreçam a conduta destes agentes, e em paralelo temos a impossibilidade da criação de crimes que

excedam os limites fundamentais destas condutas, com o uso de preceitos claros, razoáveis e cerceados de segurança jurídica.

3 – DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE.

O princípio da proporcionalidade não deve compreender-se apenas na proibição do excesso. Uma vez que estamos diante do plexo de direitos e garantias inseridos explicitamente na Constituição Federal, tem o legislador (e o juiz) também o dever de observância e de proteção, no que tange aos bens jurídicos de forma suficiente. Em outras palavras: é tão indesejado o excesso quanto a insuficiência punitiva da resposta do Estado. Nesse sentido, o STF:

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). [...] O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot). (STF – Segunda Turma – HC 104410 – Rel. Min. Gilmar Mendes – DJe 27/03/2012).

Como base deste assunto temos demasiados julgados que tratam com maior atenção a questão da proibição da proteção deficiente, haja vista que se deve observar os aspectos e objetivos da imposição de uma pena, não cabendo a ela somente a reinserção social, mas também o cunho de afastar o delinquente do meio societário, como castigo imposto pelo estado, pela prática de atos que vão contra não só a norma positivada, mas também contra valores éticos, morais e religiosos.

O objetivo do princípio da proporcionalidade em fomento, ao trazer vedações a proteção deficiente, impõe ao Estado a atuação positiva – e idônea, não deficiente. Isso exatamente porque se entende que os direitos fundamentais não se limitam somente a premissa de imporem obrigações

negativas, quais sejam, a abstenção de violação ao Estado, impõem também obrigações positivas, já que é preferível que o Estado tenha o condão de proteger os direitos fundamentais, desde que não os viole. Dessa forma há, assim, um imperativo estatal de tutela dos direitos fundamentais, compreendendo -se, para além de uma dimensão subjetiva, especialmente a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que anima a atuação de todos como um só e se alastra por todo o sistema jurídico.

O seguinte trecho retirado da doutrina do professor Daniel Sarmento, citada no voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Luiz Fux no RE 597.854, contém todo o assunto tratado de forma a pormenorizar tal importância:

A ideia de proporcionalidade como proibição da proteção deficiente (Untermassverbot) desenvolveu-se no direito constitucional germânico a partir da concepção de que os direitos fundamentais não são meros direitos subjetivos negativos, mas possuem também uma dimensão objetiva, na medida em que tutelam certos bens jurídicos e valores que devem ser promovidos e protegidos diante de riscos e ameaças originários de terceiros. Reconheceu-se, portanto, um dever de proteção estatal dos direitos fundamentais = mesmo os de matriz liberal -, que se estende ao Legislativo, à Administração Pública e ao Poder Judiciário. Este dever de proteção é também chamado de imperativo de tutela. Daí decorre que o princípio da proporcionalidade também pode ser manejado para controlar a observância pelo Estado deste dever de proteção, de forma a coibir a sua inação ou atuação deficiente. (SARMENTO, 2013. p. 481).

É notável a percepção sensível da mais alta suprema corte do país com o tema ora proposto, sendo o mesmo sabatinado muitas vezes em vários Recursos Especiais, sempre aceito pela maioria dos magistrados, pelo motivo de seu assunto apresentar-se muito em voga, principalmente na atualidade, quando estamos tão interligados pela rede mundial de computadores, a população em geral passou a ter contato mais direto com ambos os poderes, principalmente o legislativo, perfazendo a vontade do povo por leis harmônicas, através de manifestações espalhadas por todo o país.

3.1 – DIREITO PENAL SIMBÓLICO.

Este tema deve ser levado em consideração quando se trata de proibição da proteção deficiente, pois não rara as vezes o legislador diante de um caso de comoção social, por exemplo, encontra-se pressionado para criar

um tipo penal que dê resposta imediata a sociedade, como se fosse uma cobrança do povo, para com seus representantes, porém as vezes ao criarem tais tipos penais, os mesmos não apresentam a real eficácia planejada, momento em que o direito penal descumpra sua função, já que, apesar de ter como um dos principais fundamentos a busca da segurança pública, acaba gerando no plano material uma enorme insegurança jurídica, ora pelo excesso de alterações legislativas, como acontece com tipos penais como o da embriaguez ao volante e do homicídio causado por motorista embriagado, ora pela ausência de reflexão clara sobre o sentido da nova legislação criminal, que acaba penalizando de forma diferenciada, como ocorreu ao tornar crime hediondo a posse ou o porte de arma de fogo de uso restrito, para essa definição damos o nome de Direito Penal Simbólico.

Diante desta busca de uma satisfação popular, torna-se difícil que a legislação decorrente do Direito Penal simbólico tenha alguma aparência, mesmo que singela de ressocialização. Nessas situações, a função retributiva da pena é colocada em voga, como sendo a principal alternativa para resolver os problemas sociais. Além disso, outro efeito do Direito Penal simbólico que é contrário ao seu objetivo é o aumento da desconfiança gerada na população. Muitos dos projetos de lei de caráter simbólico são inteiramente inconstitucionais, fazendo com quem tenha mesmo que o mínimo discernimento sobre as regras de controle de constitucionalidade desacredite de tal, gerando assim boatos e falsas afirmações dentre as demais pessoas da sociedade em um plano geral. Os poucos assuntos que são aprovados no nosso congresso sofrem inúmeras objeções, no momento de sua aplicação, como exemplo podemos citar o caso do regime integralmente fechado para os crimes hediondos e equiparados.

Nessa linha, a sociedade passa a acreditar que, realmente, a legislação não é respeitada no Brasil. Criando assim uma cadeia, crescente, em outras palavras, uma bola de neve: as leis, por serem desnecessárias ou inconstitucionais, não são aplicadas; o povo acredita que a legislação não é cumprida; a solução aparentemente mágica é... sim, mais leis desnecessárias, desproporcionais e inconstitucionais. Leis desnecessárias, rigorosas e com penas desproporcionais são alguns dos efeitos que o Direito Penal Simbólico tem o condão de apresentar-se, vez que reflete uma expressão contraditória:

se o Direito Penal somente deveria ser utilizado em *ultima ratio*, a sua forma simbólica não seria, tecnicamente, Direito Penal perfazendo-se em uma não-intervenção legítima do Estado.

A partir da ideia em mente do que significa o Direito Penal Simbólico, é importante sabermos que o mesmo vem paralelamente a ideia de proibição de proibição ineficiente, já que o primeiro, busca alimentar com respostas, de forma rápida ao clamor social, já o segundo busca instigar o estado para que não se deixe levar pelo direito penal do inimigo e crie preceitos primários e secundários capazes de reprimirem com eficiência as condutas gravosas no seio da sociedade. Função objetiva do estado é a análise desses dois institutos tão mascarados pela doutrina.

CONCLUSÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 implicou-se uma modificação aparada na estrutura do Estado brasileiro. Considerada uma constituição social e dirigente, não apenas consagrou vários direitos inerentes aos cidadãos, mais do que isso, passou a reconhecer como dever do Estado a efetivação desses tão almejados direitos. A noção do novo Estado Democrático de Direito adotada pela Constituição de 88 impõe o abandono dos radicalismos oriundos da concepção de Estado liberal, pois se quando da concepção desse as liberdades individuais representavam os bens jurídicos fundamentais, a partir deste novo paradigma não só essas merecem a proteção do direito.

O Estado social, principalmente sob o prisma de uma Constituição dirigente como a nossa carta, impõe que aos direitos seja conferida a real efetividade, pois estes não podem ser considerados como promessas inconsequentes do legislador constituinte. Na contemporaneidade não é mais suficiente a proteção negativa do Estado, exigindo-se deste uma atuação rápida, eficaz e positiva. Há a necessidade de que, além da proteção do indivíduo contra os excessos estatais, efetive-se por meio do Estado a proteção dos indivíduos contra eles mesmos, bem como a necessidade de dispositivos eficazes.

Ao longo deste artigo buscou-se discutir a importância de uma análise crítica sobre o dever estatal de prover uma proteção eficiente e razoável aos indivíduos. Com esse objetivo, analisou-se a ótica majoritariamente difundida na doutrina pátria sobre um dos princípios norteadores do nosso Direito Penal, em seguida, ficou demonstrado o conceito do princípio da Proporcionalidade, analisado sob a ótica de suas duas faces, tanto a proibição do excesso, quanto a proibição da proteção ineficiente. Considerando que todos os direitos constitucionalmente garantidos sejam cerceados de efetividade, não é possível que o Estado, a pretexto de oferecer ao indivíduo proteção contra seus próprios excessos, retirar ou deixar de oferecer-lhe a necessária proteção. Nesse aspecto, a proteção aos direitos fundamentais deve sempre apresentar-se integral.

Munido este entendimento o Supremo Tribunal Federal já vem aplicando o Princípio da Proporcionalidade na determinação do grau de inconstitucionalidade que por vezes somos surpreendidos com tipificações criadas em detrimento de um Direito Penal simbólico. Enfim, chega-se à conclusão de que é fundamental que se analise o direito penal sob um prisma amplamente constitucional para que não seja admitido que este esteja em contradição com a Constituição Federal. Nesse diapasão, deve ficar claro que a Constituição é o fundamento e alicerce de todas as normas do nosso ordenamento jurídico, devendo sempre ser usada como base para a criação de qualquer ato de cunho legislativo, sendo assim, o direito penal deve apresentar-se acordo com os mandamentos constitucionais. Em razão disso, é dever do legislador constituinte num primeiro momento, e do judiciário, posteriormente, dar a resposta proporcionalmente mais adequada às situações rotineiras, sem acovardar-se diante das mesmas.

Diante ao exposto, considerando a realidade nacional na qual de um lado se percebe leis que possuem eficácia e de outro, leis que não possuem eficácia o que torna cada vez mais evidente a perda de credibilidade da sociedade perante a justiça, torna-se crucial que a doutrina e a jurisprudência traga para si tais ideias. Com efeito, tanto legisladores quanto magistrados, independente do grau no qual exerçam suas funções, devem levar em consideração a análise do princípio da proporcionalidade no desempenho de

suas funções para que desta forma seja garantida a tutela integral dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica. 1996, p.264.

BORTOLINI, Marcelo Avelino. O princípio da proporcionalidade como fundamento de um novo Estado de Direito. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4727, 10 jun. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/35047>.> Acesso em: 11 setembro. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Habeas Corpus nº 104.410/RS – Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, 06 março 2012. Disponível em:<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21457539/habeas-corpus-hc-104410-rs-stf/inteiro-teor-110360120?ref=juris-tabs>.> Acesso em 13/10/2019

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 7ª ed. Podium, 2009, p. 50.

ELIAS, Cristiano Thadeu e Silva. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais". In: Revista da Ajuris, n. 97, p. 171-202.

GRECO, Rogério. Direito Penal do Inimigo. Jus Brasil, São Paulo, 22, janeiro de 2012. Disponível em:

<https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo>.> Acesso em: 04 de setembro de 2019.

BRASIL. lei dos crimes hediondos, site do planalto central, 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072compilada.htm. Acesso em 25 setembro de 2019.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo, p. 79-81

RUDOLFO, Fernanda Mambrini. Proporcionalidade: do excesso de proibição e da proteção deficiente. Emporio do direito. Disponível em <http://emporiiododireito.com.br/proporcionalidade-do-excesso-de-proibicaoeda-protecao-deficiente-po...>> Acesso em 12 outubro de 2019.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 481.

SARLET, Ingo. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: Revista de Estudos Criminais n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul: Editora Nota Dez, 2003, p. 1101.