

***O princípio da proibição da proteção deficiente e a necessária harmonização entre os princípios constitucionais da presunção da inocência e da individualização da pena***

Processo n.º.: 2008.039.000913-6

Apelante: *Leonardo Vieira da Silva*

Apelado: *Ministério Público*

Dosimetria da pena – Réu com várias condenações e anotações em sua FAC – Princípio da proibição da proteção deficiente – Ponderação entre os Princípios da presunção de inocência e da individualização da pena – A sentença condenatória de 1º grau como parâmetro para a caracterização de maus antecedentes

**CONTRARRAZÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

EGRÉGIO TRIBUNAL,  
COLEND A CÂMARA,  
D.D. PROCURADOR DE JUSTIÇA

Insurge-se o apelante contra a r. sentença de fls. 117/124, que julgou procedente a pretensão punitiva estatal para condená-lo a 03 anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, como incurso nas penas dos artigos 155, §4º, III do Código Penal.

A matéria submetida ao efeito devolutivo do presente recurso restringe-se a dosimetria da pena privativa de liberdade aplicada, pugnando o apelante pela fixação da pena base no mínimo legal ou próximo a este, pela aplicação da atenuante genérica do art. 66 do Código Penal, a alteração do regime inicial de cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

## 1. Do Princípio da Proibição da Proteção Deficiente

Originariamente, o princípio da proporcionalidade surgiu como um princípio primordial do Direito Público, concebido para se antepor ao poder de polícia do Estado. É que o Estado Liberal do século XIX fundava-se na contraposição do Estado com a Sociedade, tendo a lei função meramente ordenadora para proteger o particular do arbítrio do Estado.

Mais de dois séculos depois, não havia (e não há) mais espaço para a aceitação deste Estado Liberal tido como inimigo da sociedade. Com o surgimento de novas formas de Estado e de Constituição, aquele adquire uma função social e se transforma em um Estado Democrático de Direito, onde o “Direito” assume a feição de potencializador de transformações sociais.

Assim, como bem delineado pelo professor LÊNIO STRECK<sup>1</sup>:

Com efeito, nesta quadra do tempo já não tratamos (apenas) de direitos individuais, mas, sim, passamos (ou estamos a) tratar destes 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 a de proteger, de forma agregada, a esse conjunto de dimensões de direitos.** Trata-se daquilo que ALESSANDRO BARATTA (*in* 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, n. 2, 1999, p. 110) denominou de *política integral de proteção 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**.

Assim, a (ultra)passagem das fases anteriores do Estado implica um novo processo de proteção dos direitos, agora

---

1. Streck, Lênio. O princípio da proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. Seção Textos do Autor. Disponível em [www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br). Acessado em 12 de fevereiro de 2009.

redimensionados a partir da complexidade social exurgente dos sucessos históricos ocorridos no século XX.

É por isto que não se pode mais falar tão-somente de uma função de proteção negativa do Estado (garantismo negativo). Parece evidente que não, e o socorro vem de Baratta, 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.**

Perfeita, pois, a análise de Alessandro Baratta: **é ilusório pensar que a função do Direito (e, portanto, por parte do Estado), nesta quadra da história, fique restrita à proteção contra abusos estatais (aquilo que denominamos de garantismo negativo). Na verdade, a tarefa do Estado é defender a sociedade, a partir da agregação das três dimensões de direitos – protegendo-a contra os diversos tipos de agressões. Ou seja, o agressor não é somente o Estado. O Estado não é único inimigo!**

Precisas as palavras do eminente jurista alemão CLAUS ROXIN<sup>2</sup>:

**“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 esmedurada 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.”**

É imperioso, portanto, o descolamento deste 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 abusos do Estado. Nas bem lançadas palavras de LUCIANO FELDENS<sup>3</sup>:

---

2. Roxin, Claus, Problemas fundamentais de direito penal. 3ª. Ed. Lisboa, Coleção Veja Universitária, 1998, p. 76 e segs ), *apud* Streck, Lênio, *op. cit.*

3. Feldens, Luciano. A Constituição Penal – A dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 108

“Sem embargo, a proibição do excesso revela-se apenas como uma de suas faces. O desenvolvimento teórico dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (deveres de proteção) tem sugerido que a estrutura da proporcionalidade conta com variações que fazem dela decorrer, ao lado da proibição do excesso, a proibição de infraproteção ou de proteção deficiente (Untermassverbot) a um direito inequivocamente reconhecido como fundamental”.

A estrutura do princípio da proporcionalidade não aponta apenas para a perspectiva de um garantismo negativo (proteção contra os excessos do Estado), e, sim, também para uma espécie de **garantismo positivo**, quando a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental (o **direito à segurança pública previsto no art. 6º da CF/88**), fenômeno que a doutrina alemã passou a denominar de “**proibição de proteção deficiente**”.

Isso significa afirmar que a Constituição Federal determina que a proteção dos direitos fundamentais deve ser feita frente ao Estado (contra seus excessos) e através do Estado. **O cidadão também tem o direito de ver seus direitos fundamentais protegidos através do Estado – inclusive através do direito punitivo.**

O Estado deve, portanto, deixar de ser visto como inimigo dos direitos fundamentais, para passar a ser visto como um instrumento de concretização dos direitos prestacionais, com a obrigação de proteger os indivíduos contra agressões provenientes de comportamentos delitivos.

Não é senão por isso que a estabelece o art. 6º da Constituição Federal:

**Art. 6º - São direitos sociais** a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, **a segurança**, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Cumprе ressaltar, que o E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO já tem aplicado o princípio da proibição da proteção deficiente como fundamento de suas decisões, conforme aresto a seguir colacionado:

“Roubo Continuado. arts. 157, § 2º, I e II, 157, §2º, I (2X) e 157, caput, n/f do 71 todos do CP. Condenação. Pena de 07 anos, 01 mês e 10 dias de reclusão em regime fechado e 17 DM no VML. Recurso defensivo sustentando a mitigação da reprimenda diante da ausência de perícia da arma de fogo, e, subsidiariamente a aplicação do regime semi-aberto para o cumprimento da pena afliativa. O réu, reiteradas vezes efetuou roubos em estabelecimento comercial, aleatoriamente valendo-

se do emprego de arma de fogo e comparsas. A ausência do laudo pericial mostra-se desnecessária quando o emprego de arma pode ser aferido por outros meios. Conjunto probatório hábil a demonstrá-lo, mantendo-se assim a qualificadora. **Impossibilidade de mitigação do regime, sob pena de recair-se em proteção deficiente, ante as reiteradas condutas do ora apelante.** O regime fechado mostra-se o mais adequado a prevenção e repressão delitivas, diante da personalidade demonstrada pelo agente. Recurso improvido. Processo nº 2008.050.04240 - 8ª Câmara Criminal - Rel. Des. Suely Lopes Magalhães - Julgamento: 14/08/2008

Pois bem, insurge-se o recorrente quanto a dosimetria e forma da reprimenda que lhe foi imposta, aduzindo que a mesma devia ser fixada no mínimo legal ou próximo a este e que deveria a pena privativa de liberdade ser substituída pela pena restritiva de direitos.

Consta às fls. 32/35 dos autos a Certidão de Antecedentes Criminais do apelante nesta Comarca, e às fls. 49/63 a Folha de Antecedentes Criminais do mesmo. Na primeira, observa-se que o ora apelante é réu em nada menos que 23 ações penais condenatórias nesta Comarca de Paracambi, todas por furto qualificado, tendo ainda outros cinco inquéritos em tramitação na Delegacia de Polícia local.

Nenhuma dúvida, portanto, acerca de sua personalidade, de sua conduta social, e **da premente necessidade de resguardar os cidadãos paracambienses do convívio social com este profissional do crime.** O apelante é um daqueles indivíduos que preferem viver à sombra do patrimônio alheio ao invés de possuir uma ocupação laborativa lícita, sendo por isso irretocável a r. sentença onde a i. magistrada, atenta a estas circunstâncias e as demais previstas no art. 59 do Código Penal, corretamente, e fundamentadamente, fixou a pena-base acima do mínimo legal.

É que como dito acima, **o Estado tem “a obrigação de proteger os indivíduos contra agressões provenientes de comportamentos delitivos, razão pela qual a segurança passa a fazer parte dos direitos fundamentais”.**

## **2. Princípio da Presunção de Inocência x Princípio da Individualização da Pena**

O art. 59 do Código Penal arrola os antecedentes do agente como circunstância judicial a afetar a dosimetria da pena na primeira etapa do sistema trifásico. Como a legislação penal não conceitua o que venha a ser *antecedente*, coube à doutrina e à jurisprudência definir seus contornos.

No conceito de J. A. Paganella Boschi<sup>4</sup>, “*antecedentes são todos os fatos pretéritos ao crime, praticados pelo réu, que lhe retiram a condição de primário*”. Já no dizer de Cezar Roberto Bitencourt<sup>5</sup>, por antecedentes “*deve-se entender os fatos anteriores praticados pelo réu, que podem ser bons ou ruins*”. Os “*maus antecedentes*”, conclui o referido autor, seriam “*aqueles fatos que merecem a reprovação da autoridade pública e que representam expressão de sua incompatibilidade para com os imperativos ético-jurídicos*”.

Para tal linha doutrinária, deve o magistrado, ao analisar os antecedentes do réu, computar todos os fatos pretéritos ao fato delitivo relacionados à sua pessoa, quer lhe sejam favoráveis ou desfavoráveis. Assim, processos e inquéritos policiais em andamento mostram-se capazes de produzir um juízo de reprovação em relação ao agente, ensejando, assim, possível acréscimo no grau de reprimenda.

Contudo, recentemente, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, onde a questão está para ser decidida em matéria de repercussão geral em Recurso Extraordinário (nº 591.054-SC) posicionou-se que a consideração de processos em andamento como circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu ofende o princípio da presunção de inocência, *verbis*:

Presunção constitucional de não-culpabilidade (cf, art. 5º, LVII). Mera existência de inquéritos policiais em curso (ou arquivados), ou de processos penais em andamento, ou de sentença condenatória ainda suscetível de impugnação recursal. Ausência, em tais situações, de título penal condenatório irrecorrível. Conseqüente impossibilidade de formulação, contra o réu, com base em episódios processuais ainda não concluídos, de juízo de maus antecedentes. Pretendida cassação da ordem de ‘habeas corpus’. Postulação recursal inacolhível. Recurso extraordinário improvido. HC 96618/SP. Rel. Min. Celso de Mello

*Data venia*, afirmar, como fez a Corte Constitucional, que a consideração de processos judiciais em andamento ofende o princípio constitucional da presunção de inocência é negar efetividade a outro princípio constitucional, o *princípio da individualização da pena* (art. 5º, XLVI, CF). O Supremo Tribunal Federal ao invés de ponderar os princípios em testilha como determinam as técnicas hermenêuticas, optou pela aplicação extremada do princípio da não culpabilidade em prejuízo do esvaziamento do princípio da individualização da pena.

---

4. Boschi, J.A. Paganella. Das penas e seus critérios de aplicação. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 201.

5. Bitencourt, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal, vol. I. Saraiva: 2002. p. 552

O princípio da individualização da pena significa que a sanção deve corresponder às características do fato, do agente, e da vítima. Ou seja, deve haver uma adequada sintonia entre a sanção aplicada e todas as circunstâncias do delito (aspecto negativo). Por outro lado, é através da correta individualização da pena, com a exasperação que se faz necessária no caso concreto, que o Estado cumpre o seu dever proteger o cidadão da convivência nociva com o contumaz violador das normas penais (aspecto positivo).

Se por um lado, não há como negar que a consideração como maus antecedentes de inquéritos policiais arquivados, absolvições e processos ainda pendentes da primeira decisão de mérito não podem ser considerados como maus antecedentes sob pena de frontal violação ao princípio da não culpabilidade, a partir da prolação de uma sentença condenatória, **ainda que não transitada em julgado**, esta pode ser sim considerada para efeitos de maus antecedentes. E não se pode mais afirmar a violação ao princípio da presunção de inocência porque já existe uma decisão judicial condenatória, o que transforma a presunção de inocência em presunção de culpabilidade. A nosso sentir, ter como parâmetro para a consideração de maus antecedentes a existência de sentença condenatória, ainda que não transitada em julgado, é a perfeita harmonização entre o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF) e o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF), em seu aspecto positivo.

Como visto acima, o Estado foi incumbido do dever de salvaguardar a coletividade, de **proteger de forma eficiente** o cidadão, e o faz por meio da persecução penal. **Desconsiderar os maus antecedentes daquele cuja sentença pende de trânsito em julgado significa também afrontar o princípio da individualização da pena, repercutindo na prevenção geral e especial (seja em seus aspectos positivos como negativos).**

Não se pode tratar isonomicamente (e o princípio da individualização da pena é um consecutório do princípio da isonomia) pessoas que registram diversas condenações em sua FAC daquelas que estão, pela primeira vez, envolvidas em um processo criminal. Deve-se, portanto, igualar os iguais, desigualando os desiguais, sendo a razão de desigualdade exatamente a presença de condenações criminais, ainda que não transitadas em julgado.

Assim, cabe-nos registrar, que o ora apelante já restou condenado em 1ª instância nos processos nº 2007.039.002689-2, 2007.039.002807-4 e 2008.039.000915-0, além estar sendo demandado em inúmeras outras ações penais condenatórias em trâmite no Juízo *a quo*.

## -II-

### CONCLUSÃO

**Portanto, a reprimenda fixada foi a mais adequada para o caso concreto, haja vista a conduta social, a personalidade e os maus antecedentes do apelan-**

te, sendo que a fixação de uma pena privativa de liberdade inferior à fixada ou a sua substituição por pena restritiva de direitos resultaria em uma proteção deficiente ao direito fundamental dos cidadãos desta pacata cidade interiorana à segurança pública, eis que como bem disse a i. magistrada em sua sentença, o apelante "fez do crime sua atividade empresarial, como se fosse uma verdadeira profissão (fl. 122)."

Diante do exposto, requer o Ministério Público que seja o presente recurso de apelação conhecido, eis que presentes seus pressupostos recursais objetivos e subjetivos, e, no mérito, lhe seja negado provimento, mantendo-se integralmente a r. sentença desafiada.

Paracambi, 09 de abril de 2009.

**Bruno Corrêa Gangoni**

Promotor de Justiça

CONCLUSÃO