**A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE[[1]](#footnote-1)**

Amanda Sampaio Pires

Andressa Hellen Ribeiro Santos[[2]](#footnote-2)

Maria do Socorro Almeida de Carvalho[[3]](#footnote-3)

Sumário: Introdução; 1 Direito Penal: breve histórico de sua aplicação na sociedade; 1.1 Função de regulador social e proporcionador de justiça; 1.2 Definição de crime: proporção entre delitos e penas; 2 Princípios como fonte do Direito Penal: instrumento de reforço nas decisões judiciais; 2.1 O Princípio da Proporcionalidade: uma visão comedida sobre os delitos; 2.2 Limitador punitivo do poder estatal; 3 Direitos fundamentais garantidos através do Princípio da Proporcionalidade; Conclusão; Referências.

RESUMO

O artigo em tela irá examinar o histórico do Direito Penal no que diz respeito a sua aplicação na sociedade, assim defendendo os direitos fundamentais para permanência dos bens jurídicos se tornando um compromisso de razão ética entre o Estado e o homem. Em seguida será conhecida a função de regulador social e proporcionador de justiça definindo, assim o crime, estipulando uma proporção entre delitos e penas. Posteriormente, o artigo relatará os princípios como fonte do Direito Penal, sendo um instrumento de reforço nas decisões judiciais. É necessário analisar o Princípio da Proporcionalidade com uma visão comedida sobre os delitos como um limitador punitivo do poder estatal, garantindo assim a liberdade do indivíduo. Por fim, avaliar-se-á os Direitos Fundamentais garantidos através do Princípio da Proporcionalidade consistindo em uma segurança efetiva para a concretização de tais direitos.

Palavras-chave: Direito Penal – Sociedade – Princípio da Proporcionalidade – Direitos fundamentais.

**INTRODUÇÃO**

O presente artigo tem o objetivo de analisar de forma crítica o papel do direito penal na sociedade, visualizando sua função de regulador social, examinando os meios pelo qual o mesmo age para conseguir manter o controle e fazer permanecer a justiça. Também, é necessário perceber o sentido da adição dos princípios como forma de reforço nas decisões do Direito Penal, conceituar o princípio da proporcionalidade, compreender sua importância e torná-la mais do que imprescindível, carecendo então definir o que é crime, para que se estabeleça uma proporção adequada e justa entre os delitos e as penas.

Ao considerar os efeitos que o princípio da proporcionalidade pode causar no Direito Penal, em especial sua contribuição na valorização e garantia aos direitos fundamentais, vê-se que é indispensável entender a forma pela qual tal princípio age tanto protegendo o cidadão quanto limitando o poder punitivo estatal, que por vezes se mostra abusivo e ao mesmo tempo assegurando que os limites aos direitos fundamentais se concretizem quando necessários, adequados e proporcionais. Com isso, vale salientar que a República Federativa do Brasil tomou para si, expressamente na Constituição, em seu artigo 1° o que se constitui um Estado Democrático de Direito, por isso, a garantia aos direitos fundamentais se tornou um ponto essencial para que haja, principalmente respeito aos indivíduos.

Desta forma, vê-se que o princípio da proporcionalidade está sendo cada vez mais utilizado em decisões judiciais em condição dispersa no texto constitucional, como meio de proteção destes direitos pelo Estado. Os direitos fundamentais não sendo absolutos e ilimitados devem encontrar seus limites em outros direitos fundamentais citados na Constituição Federal.

**1 DIREITO PENAL: BREVE HISTÓRICO DE SUA APLICAÇÃO NA SOCIEDADE**

A complexa vida em sociedade exige o cumprimento de determinadas regras, normas de condutas no qual o próprio homem estabeleceu. Essa necessidade de se estabelecer regulamentos se deu a partir do momento em que o homem decidiu viver em conjunto, teve, portanto que delimitar seus espaços, entender até onde compreendia o seu direito (quando começava e acabava para assim começar o do outro), e o que era permitido ou não fazer.

O Direito Penal por sua vez é um segmento do ordenamento jurídico que possui a função de regular o relacionamento das pessoas em uma comunidade[[4]](#footnote-4), e quando ocorre alguma eventualidade no qual os interesses individuais são colocados em perigo, reconhecendo-a como conduta criminosa, eis que surge o mesmo para assegurar a proteção dos direitos. Como bem aduz Cezar Roberto Bitencourt,

Quando as infrações aos direitos e interesses do indivíduo assumem determinadas proporções, os demais meios de controle social mostram-se insuficientes ou ineficazes para harmonizar o convívio social, surge o Direito Penal com sua natureza peculiar de meio de controle social formalizado, procurando resolver conflitos e suturando eventuais rupturas produzidas pela desinteligência dos homens. (BITENCOURT, 2011, pág. 31)

É necessário entender que a proteção dos direitos individuais - que por si, são fundamentais-, deve, no entanto ser de interesse geral, ou seja, não deve ser de importância somente do indivíduo, o que na verdade torna a ação do Direito Penal mais específica (irá ser o último a ser consultado, quando os demais ramos de direito não puderem solucionar o conflito). A proteção dos bens jurídicos é feita através de sanções impostas previamente, caso ocorra alguma ação que porventura seja capaz de colocar em perigo os valores fundamentais devendo responder proporcionalmente por suas ações que forem de encontro com o juridicamente correto, buscando sempre um julgamento justo, como traz Fernando Capez:

Essa proteção é exercida não apenas pela intimidação coletiva, mais conhecida como prevenção geral e exercida mediante a difusão do temor aos possíveis infratores do risco da sanção penal, mas sobretudo pela celebração de compromissos éticos entre o Estado e o indivíduo, pelos quais se consiga o respeito as normas, menos por receio de punição e mais ampla convicção da sua necessidade e justiça. (CAPEZ, 2013, pág. 19)

* 1. **FUNÇÃO DE REGULADOR SOCIAL E PROPORCIONADOR DE JUSTIÇA**

O Direito Penal, sem dúvidas, exerce um papel de regulador social, a partir do momento em que o mesmo estabelece quais condutas são aceitáveis e quais não são - isto supracitado a fim de regular o convívio em sociedade-, procurando manter assim um equilíbrio. Dessa forma, o principal papel do Direito Penal é o caráter preventivo, pois pretende, antes mesmo de punir o indivíduo que comete condutas ilícitas, incentivar o mesmo a não cometê-las, exibe assim Cezar Roberto Bitencourt:

Uma das principais características do moderno Direito Penal é a sua finalidade preventiva: antes de punir o infrator da ordem jurídico-penal, procura motivá-lo para que dela não se afaste, estabelecendo normas proibitivas e cominando as sanções respectivas, visando evitar a prática do crime. (BITENCOURT, 2011, pág. 33)

A justiça surge, é estabelecida, como uma consequência da aplicação das políticas adequadas que visam o controle social, que por sua vez é a função mais sucinta do Direito Penal: controlar. A possibilidade de coordenar e controlar a sociedade são de responsabilidade do Direito Penal, que busca um balanceamento entre os interesses (punir, preservar a liberdade e proteção dos bens jurídicos), relaciona-se com a ideia de Bitencourt:

As ideias de igualdade e de liberdade, apanágios do Iluminismo, deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que aquele que predominou durante o Estado Absolutista, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais. Muitos desses princípios limitadores passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos e, afinal, receberam assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão. (BITENCOURT, 2011, pág. 40)

Contudo é necessário perceber que o Direito Penal não é somente um mecanismo de controle social, pois a importância está em garantir a dignidade de todos, devendo os operadores do mesmo ter cautela ao praticar seus atos de autoridade. O ser humano deve ser respeitado e ao mesmo devem ser atribuídos todos os seus direitos, independente de qual lugar ele ocupa em relação ao crime, caso contrário o sistema penal age erroneamente proporcionando a injustiça, quando de fato deveria dar uma resposta adequada à sociedade.

* 1. **DEFINIÇÃO DE CRIME: PROPORÇÃO ENTRE DELITOS E PENAS**

Essencialmente deve ser um dos primeiros passos do Direito Penal, a definição de crime que por abarcar três conceitos sendo eles: formal (seria toda conduta que fosse de encontro com as leis penais previstas pelo Estado); material (quando aquela conduta viola os bens jurídicos mais relevante para sociedade); e analítico ( de fato analisa todos os elementos existente em infração penal).[[5]](#footnote-5) Para que em seguida se estabeleça o tipo de crime (posto segundo o Código Penal), para que efetivamente ocorra uma proporção justa entre o crime cometido e a sanção imposta.

Ainda que se tenha firmado a igualdade entre todos, não se deve firmar tal conceito aqui (a igualdade deve existir em relação a direitos iguais, não sanções iguais), pois não se podem condenar com a mesma pena duas condutas que apresentam gravidade diferenciada, como traz Beccaria:

O interesse de todos não é somente que se cometam poucos crimes, mas ainda que os delitos mais funestos à sociedade sejam os mais raros. Os meios que a legislação emprega para impedir os crimes devem, pois, ser mais fortes à medida que o delito é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais comum. Deve, pois, haver uma proporção entre os delitos e as penas. (BECCARIA, 2011, pág. 80)

Se se estabelecer um mesmo castigo, a pena de morte por exemplo, para quem mata um faisão e para quem mata um homem ou falsifica um escrito importante, em breve não se fará mais nenhuma diferença entre esses delitos; destruir-se-ão no coração do homem os sentimentos morais, obras de muitos séculos, cimentada por ondas de sangue, estabelecida com lentidão[...] (BECCARIA, 2011, pág. 80)

A preocupação existente em Beccaria seria justamente em não se repetir as mesmas injustiças cometidas no passado, quanto ao excesso no momento de punir, o que, por conseguinte, irá fiscalizar o poder punitivo estatal. Dessa maneira quanto maior fosse o dano causado, maior deveria ser pena, devendo ser a aplicação da lei da melhor forma possível, sem que exista nenhum método (fora do ordenamento) que venha alterar a pena, com intuito de prejudicar o criminoso.

Sabe-se, no entanto que o próprio julgamento da sociedade é tendencioso, identificando sempre como criminoso aquele sujeito negro, favelado, marginalizado. Deste modo à luta deve ser intensa, garantindo também uma proteção, uma igualdade interna, perante a própria sociedade, que por vezes se põe no lugar de juiz e acaba condenando (sem direito a nem mesmo a uma segunda versão da história), inocentes da pior maneira possível, destruindo toda uma busca por justiça.

**2. PRINCÍPIOS COMO FONTE DO DIREITO PENAL: INSTRUMENTO DE REFORÇO NAS DECISÕES JUDICIAIS**

Os princípios são as noções fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, dando ao mesmo um sentido lógico e permitindo-lhe organização. Sendo os princípios empregados como alicerce do direito, são máximas fundamentais com valoração ética derivados da lei com função de fonte secundária. Todo princípio deve ter força normativa com certo grau de regramento, pois tem um elevado grau de abstração e abarcam mais situações em relação às regras. Salienta Fernando Capez:

No Estado Democrático de Direito é necessário que a conduta considerada criminosa tenha realmente conteúdo de crime. Crime não é apenas aquilo que o legislador diz sê-lo (conceito formal), uma vez que nenhuma conduta pode, materialmente, ser considerada criminosa se, de algum modo, não colocar em perigo valores fundamentais da sociedade. Da dignidade nascem os demais princípios orientadores e limitadores do Direito Penal. (CAPEZ, p. 28, 2013)

Antigamente, a obrigatoriedade das decisões judiciais era notada simplesmente como um instrumento para regular os conflitos processuais, permitindo, assim, às partes a oportunidade de recorrer e ao juiz a compreensão de fundamentos para declarar-se contra uma sentença. Portanto é de extrema relevância o conteúdo da procedência da sentença para que as partes identifiquem o motivo pelo qual poderão recorrer isto imposto por parte do ordenamento jurídico, e os princípios, por sua vez, são bases para fundamentar uma decisão. Há um controle nas decisões judiciais por meio do princípio da motivação das decisões judiciais que garantem um efetivo Estado Democrático de Direito.

Os princípios gerais do direito são uma fonte formal mediata do Direito Penal, portanto, entende-se que os mesmos se baseiam em premissas éticas de material legislativo, pois de acordo com o artigo 4° da LINDB caso haja omissão da lei, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. Além disso, se torna importante destacar que existem diversos princípios no Direito Penal que podem alterar uma decisão legal, se apresentando como princípios reguladores, designando uma espécie de garantia para o individuo em poder se apoiar em algo seguro para que possa, mesmo sendo um criminoso, ser julgado de forma justa e correto.

**2.1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: UMA VISÃO COMEDIDA SOBRE OS DELITOS**

O Princípio da Proporcionalidade encontra-se associado a uma exigência ao Estado Democrático de Direito que impõe a proteção do indivíduo contra punições dispensáveis ou excessivas por parte do Estado que, com intenção ou não, causam aos cidadãos danos graves e irreparáveis. Na esfera do Direito Penal, a função deste Princípio é de máxima importância por ser inerente aos Direitos Fundamentais que propaga um anseio de liberdade do indivíduo perante o Estado, podendo haver limites à medida que seja comprovado a proteção dos interesses públicos. Hoje em dia, há uma grande questão a ser discutida: encontrar um limite que restrinja os direitos dos indivíduos sem impor uma ressalva desproporcional a direitos fundamentais, ou seja, deve haver uma proporção entre a pena e a gravidade do ato para que haja justiça e dignidade.

A dimensão resgatada pelo Princípio da Proporcionalidade proporciona uma construção de uma percepção sobre os tipos de incriminadores, bem como procura fazer a seleção adequada dos tratamentos a seres aplicados, e os que devem ser dispensados, podendo enfim ir buscando a dignidade da pessoa humana tanto almejada pelos direitos fundamentais. Encontra-se disposto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que, “a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito”, presume-se, portanto que já fora previsto uma leitura mais moderada, para que não ocorra uma desproporção entre a pena e o delito como se remonta a Antiguidade onde não se tinha muita preocupação com a conduta humana, como aponta o autor Cláudio Brandão. Entretanto, deve-se exigir maior atenção e cuidado para se aplicar corretamente tal princípio, como demonstra Fernando Capez para “infrações de menor potencial ofensivo”.

Sem dúvidas, o princípio da proporcionalidade acarreta em uma estrutura ao sistema jurídico como um todo, operando, especificamente, para que alguns fatores limitem a atuação do poder estatal, tais como: necessidade, idoneidade e proporcionalidade em sentido estrito. Logo, a proporcionalidade traduz uma característica para garantir aos cidadãos a tutela a alguns bens jurídicos, conferindo legitimidade às intervenções que se mostrarem em concordância com o que é, de fato, determinado.

**2.2 LIMITADOR PUNITIVO DO PODER ESTATAL**

Neste momento, carece entender que há princípios no âmbito do Direito Penal que atuam para garantir aos cidadãos proteção frente ao poder punitivo estatal, tais princípios têm a função de dá um norte aos legisladores para que haja um controle do sistema penal volvido aos direitos fundamentais e assim limitá-lo.

À exemplo tem-se o princípio da proporcionalidade que é uma *consagração do constitucionalismo moderno[[6]](#footnote-6)* citado pela Constituição Federal em seu artigo 5°, XLVI alegando a exigência da individualização da pena, este princípio tem as suas particularidades como já mencionado limitar as punições do poder do Estado em razão de comportamentos considerados ilegais e ao mesmo tempo é importante que se arbitre a pena justa, proporcional à conduta reprovada pela sociedade e a sua gravidade e, principalmente sua utilidade como princípio constitucional. Alice Bianchini diz que:

A importância do princípio da proporcionalidade decorre do fato de a gravidade da intervenção penal ter sua variação atrelada ao grau de dignidade do bem jurídico e da sua afetação, fazendo nascer o binômio merecimento de pena/restrição da liberdade humana”. (BIANCHINI, 2002, p.85)

Tal intervenção penal faz com que seja imprescindível explicitar os meios para efetivar o princípio da proporcionalidade. Existem vários conceitos deste princípio em questão, René Ariel Dotti acentua que:

A proporcionalidade da pena é uma exigência de dupla face. De um lado deve traduzir o interesse da sociedade de impor uma medida penal “necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”; de outro deve garantir ao condenado o direito em não sofrer uma punição que exceda o limite do mal causado pelo ilícito. (DOTTI, 2005, p. 54)

Segundo a Constituição Federal de 1988 há uma necessidade extrema de respeito à dignidade da pessoa humana na prescrição e aplicação da norma penal, portanto deve-se ter como base no direito penal o respeito ao indivíduo e o uso de sanções justas e proporcionais. Mas se faz necessário avaliar uma das criticas expostas ao princípio da proporcionalidade, se o mesmo estaria limitando o poder estatal de punir, a este caso é notória a participação dos ideais iluministas, que sempre almejaram afastar qualquer interferência desnecessária do Estado na vida privada dos indivíduos, bem explanado por Cezar Roberto Bitencourt, carecendo existir uma ponderação e delimitação para o Estado e sociedade.

Portanto, quando houver “desrespeito” à proporcionalidade dentre o delito e a pena, determinados doutrinadores qualificam como uma afronta aos direitos fundamental sendo mais lesiva à sociedade do que o próprio crime em si.

**3. DIREITOS FUNDAMENTAIS GARANTIDOS ATRAVÉS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Os direitos fundamentais têm como características ser condicional e ilimitado, por isso há possibilidade de ter contradições em meio a estes direitos; para que haja um ajuizamento entre tais no caso concreto, tem-se a necessidade de utilizar o princípio da proporcionalidade que tem caráter constitucional buscando a ponderação dos direitos fundamentais que podem se conflitar com a adequação deles mesmos. Por isso, entende-se que, especificamente, no caso dos direitos fundamentais caso haja um conflito entre os mesmos, o princípio da proporcionalidade surge em meio ao conflito, sendo aplicada de forma coesa e segura.

A respeito disso, deve-se dar maior ênfase a importância que o princípio da proporcionalidade traz consigo, - a valorização dos outros princípios penais essenciais a um Estado Democrático de Direito, pois os mesmos agem como garantidores de liberdade dos indivíduos e de seus direitos fundamentais à frente da intervenção penal estatal -, com isso para que haja uma pena justa, o princípio citado age justamente com intuito de promover uma proporção entre os delitos e as penas, também tendo como função efetivar o processo de elaboração da legislação até o total cumprimento da pena, assim há um sistema envolvido de harmonia, conforme previsto na Constituição Federal de 1988, artigo 5º: “ Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se ao brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes[...]”.

Assegurado isso, deve-se atentar para que não ocorra mais o desrespeito ao Princípio da Proporcionalidade que acaba resultando apenas no simbolismo do Direito Penal, sem gerar nenhum efeito do mesmo, sem que de fato haja um combate à criminalidade vista pela sociedade. Existe uma carência de uma instituição que leia corretamente os diversos tipos penais, e ainda o aumento ou não dessas penas.

O Princípio da Proporcionalidade sendo limitador punitivo do poder do estado age com a necessidade de que a intervenção penal só seja feita quando for realmente necessária, adequada e proporcional, evitando assim o tão temido abuso de poder. O autor Luiz Regis Prado, diz que o princípio da proporcionalidade no direito penal expressa que, “em suma, a pena deve estar proporcionada ou adequada à intensidade ou magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a medida de segurança a periculosidade criminal do agente” (PRADO, 2006, p. 141).

**CONCLUSÃO**

O estudo do Princípio da Proporcionalidade resgata um espírito de humanidade que se faz presente quando nos deparamos com situações que ferem o próprio texto Constitucional, o que embora errôneo, acontece hodiernamente (pessoas sendo condenadas sem devido julgamento, crimes de vingança, a imparcialidade do juiz em um julgamento, a não visualização do meio social que o criminoso é inserido). Inúmeros elementos deveriam ser analisados para que efetivamente ocorra a proporcionalidade almejada pelo Princípio.

No primeiro capítulo, foi analisado brevemente a necessidade do surgimento do Direito Penal na sociedade, bem como suas funções de regulador social e proporcionador de justiça, que nos remete a pensar sobre a imposição que o Estado faz sobre a sociedade, estabelecendo normas de comportamento (do que é ou não permitido fazer). Além disso, se viu a importância de se firmar desde início o que seria o crime e seu tipo, buscando a melhor análise do delito, procurando relacionar assim a melhor pena.

Em um segundo momento, se discutiu o papel dos Princípios no Direito Penal, sendo o mesmo, instrumento de reforço nas decisões judiciais, uma espécie de ajuda e ao mesmo tempo um limitador do poder punitivo do Estado. Em especial, considerou o Princípio da Proporcionalidade e seu grau de seriedade, pois procura garantir que nenhum direito individual seja destruído, nem que para isso tenha que estabelecer limites, inclusive para o próprio Estado.

Por concluinte, tendo em vista todos os pontos acima discutidos, verifica-se que o Princípio da Proporcionalidade tem respaldo constitucional e tem como função máxima limitar a intervenção do Estado e com isso consolidando todos os Direitos Fundamentais de um Estado Democrático de Direito. É visto que tal princípio não age somente no Direito Penal, mas sim em todos os campos do direito para conter o poder estatal e garantir que as restrições aos Direitos Fundamentais sejam adequadas, necessárias e proporcionais. No entanto, no campo do Direito Penal este Princípio atua com mais importância, pois a intervenção penal estatal provoca uma restrição aos direitos individuais (principalmente a vida que sempre foi o bem jurídico mais importante a ser protegido), por isso deve haver uma proporção exata entre o delito e a pena aplicada de forma abstrata pelo legislador e pelo magistrado na sua atividade concreta.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*.*** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral 1. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal:** parte geral. São Paulo: Saraiva, 2013.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal:** parte geral. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de

Janeiro: Forense, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**: parte geral. Vol. 1, arts. 1◦ ao 120. 6. Ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2006.

1. Paper apresentado à disciplina Teoria do Direito Penal, da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB. [↑](#footnote-ref-1)
2. Alunas do 3º período do curso de Direito, da UNDB. [↑](#footnote-ref-2)
3. Professora mestre, orientadora. [↑](#footnote-ref-3)
4. CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal:** parte geral 1. pág. 19. [↑](#footnote-ref-4)
5. GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal:** parte geral 1. pág. 140 [↑](#footnote-ref-5)
6. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** Parte geral 1. Pag. 54. [↑](#footnote-ref-6)