

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL COMO FERRAMENTA DE PROTEÇÃO À LIBERDADE INDIVIDUAL¹

Rayssa Nayhara Souza Furtado
Rayssa Lorena Marques Azevedo Machado²
Maria do Socorro Almeida de Carvalho³

SUMÁRIO: 1 Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal; 1.2 Princípio da Proporcionalidade como ferramenta de controle de discricionariedade; 2 O que acarreta a incorreta aplicação da proporcionalidade no âmbito Penal? 2.1 De quem é a responsabilidade na avaliação das penas, no que tange a aplicação da proporcionalidade?

RESUMO

O presente trabalho tem por intuito compreender o princípio da proporcionalidade, de forma que seja explicitada sua importância para o Direito Penal. Destarte, uma análise de sua origem possibilitará uma melhor observância do desenvolvimento do direito penal em face ao Estado Liberal. Diante da proposta de um governo voltado para à promoção do bem-estar social geral, o princípio da proporcionalidade assume o papel de regulador dos direitos individuais e os protege de decisões autoritárias.

Palavras-chave: Proporcionalidade – Direito Penal – Direitos individuais – Discricionariedade.

INTRODUÇÃO

O princípio da proporcionalidade no Direito Penal é de uma importância indiscutível, principalmente no que tange aos Direitos Fundamentais, principalmente, a liberdade individual do cidadão, que é o alvo do Direito Penal em suas ações de punição. Assim, a análise da especialidade de tal princípio é de extrema relevância para

¹ Paper apresentado à disciplina de Direito Penal da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco- UNDB;

² Aluna do 3º período de Direito noturno – UNDB;

³ Professor orientador.

o conhecimento daqueles que são os verdadeiros interessados, o povo, para que assim estes compreendam como são protegidos do poder estatal.

Na verdade, analisar a utilização do princípio da proporcionalidade no Direito Penal é uma forma de conhecer a estrutura normativa da Constituição e dos Códigos. Além disso, pode-se identificar as falhas que acompanham a ideia de um sistema penal totalmente correto ou justo e desta forma contribuir para uma reflexão sistemática e sobre a eficácia do princípio da proporcionalidade na proteção dos bens jurídicos.

A explanação dos questionamentos sobre a origem, desenvolvimento e relevância do princípio da proporcionalidade para o direito penal brasileiro em relação à proteção aos direitos individuais plasmados na Constituição Federal será feita em dois capítulos.

1 Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal

O princípio da proporcionalidade, sem dúvidas, é a principal ferramenta para limitação da aplicação das penas no âmbito do Direito Penal. Na verdade, tal princípio funciona como equilibrador entre os outros princípios plasmados na Constituição Federal. Desta forma, por muitos é considerado o topo da transformação do sistema penal brasileiro em busca de um funcionamento mais coerente e reto.

A busca pela coerência máxima nos atos incluídos na operação do Direito é feita segundo Alexy, pelos “mandamentos de otimização”, estes são outra nomenclatura dada aos princípios pelo autor citado. Pela teoria alexiana, os princípios ao entrarem em colisão deveriam ser sopesados e isto se faria através da máxima de proporcionalidade⁴.

A luta pelos Direitos individuais resultou no desenvolvimento deste princípio no sistema penal brasileiro, desta forma foi possível transformar um sistema arcaico que limitava-se à decisão restrita e positivista dos juízes em um mais preocupado com a busca de julgamentos com penas mais justas ou coerentes tendo em vista a proteção da dignidade da pessoa humana.

⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. 669 p.

Destarte, a decisão a ser divergida pelos direitos individuais era o absolutismo do monarca, que decidia sobre todos os assuntos do reino sem nenhum ma limitação. Esta forma de governo foi perdendo força e o Estado Liberal pautado em direitos individuais surgiu e consigo o princípio da ponderação foi ganhando força. Assim, a Lei de Talião saiu finalmente de cena e a interpretação jurídica se torna o motor central da engrenagem de aplicação de penas de todos os âmbitos jurídicos.

O essencial princípio do sistema penal brasileiro é subdividido na Alemanha em outros princípios: adequação, a necessidade e a proporcionalidade em strictu sensu. Desta forma, os operadores do direito alemão buscavam analisar a aplicação dos meios para atingir determinados fins dentro do governo, assim a aplicação deste princípio na Alemanha surge como controle administrativo. Na Inglaterra, o princípio da proporcionalidade surge de teorias jusnaturalistas, primeiramente em defesa dos direitos burgueses e almejando limitar o poder monarca.

No tocante a origem do princípio da proporcionalidade, José Canotilho comenta em sua obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* que:

O princípio da proporcionalidade dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual. [...] Posteriormente, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido por princípio da proibição de excesso, foi erigido à dignidade de princípio constitucional. (1998)⁵

No período a que se refere Canotilho, o princípio da proporcionalidade se inicia como medida de controle de razoabilidade dos atos legislativos em decorrência do segundo pós-guerra atravessado pela Europa, em que houve o contato com a dinâmica nazista.

No Brasil, o princípio da proporcionalidade está presente em todos os âmbitos jurídicos. Nossa Constituição atual tem por principal objetivo a proteção à dignidade da pessoa humana e o legislador deixou isto bem evidente, de forma que criou as garantias. A Constituição Federal de 1988 procura defender a minoria em face à

⁵ CANOTILHO, Joaquim José. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7^a edição. São Paulo: Editora Almedina, 2003.

majoritariedade. Isto faz do nosso país um Estado democrático e permite ao povo cobrar do governo.

1. 2 Princípio da Proporcionalidade como ferramenta de controle de discricionariedade.

. Como antes dito, o princípio da proporcionalidade faz a ponderação necessária para que os Direitos Fundamentais sejam mantidos e isto deve ser feito de forma que não haja excesso na penalização dada pelo juiz e nem deficiente em relação à proteção do direito fundamental em questão.

Em seu livro *Curso de Direito Penal- Parte Geral*, Rogério Greco fala sobre as duas vertentes comentadas no parágrafo anterior: a proibição do excesso e a proibição de proteção deficiente. Segundo o autor, a proibição do excesso seria impedir aplicações de penas severas em casos em que não há tanta significância ao sopesar motivos substanciais e motivos concretos do delito e assim fazer com que o intérprete analise da melhor maneira o caso (GRECO, pag.77). No entanto, não deve haver por parte do julgador uma proteção deficiente de um direito fundamental, ou seja, não deve haver um beneficiamento indevido ao agente fazendo com que a pena perca força em relação ao delito.

Exemplificando o que foi explanado anteriormente sobre excesso, pode-se comparar as penas para um atropelamento culposo cometido por alguém que falava ao celular a outro atropelamento de cunho doloso cometido por um marido enciumado e ver-se-á certa falta de proporcionalidade pelo legislador, já que a pena para o primeiro poderá ser de seis meses a dois anos de detenção, enquanto que para o segundo é de três meses a um ano. Todavia, é neste momento que cabe à interpretação de quem julga pautada no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso.

Tanto na proibição de excesso, quanto na proibição de proteção deficiente, os bens fundamentais devem priorizados e isto é primordial para que não haja inconstitucionalidade nas penas e desta maneira a discricionariedade jurídica possua limitação, como afirma Lênio Streck:

“Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que

tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.”⁶

A discricionariedade do legislador ou do aplicador da pena é o fator que pode atrapalhar na correta aplicação do princípio da proporcionalidade. Isto implica dizer que estes devem estar verdadeiramente preparados e o mais importante, verdadeiramente vigiados. Sobre a responsabilidade de vigiar atos excessivos ou deficientes, comentar-se-á no próximo capítulo deste artigo.

O princípio da proporcionalidade, sem dúvidas, para Paulo Bonavides é capaz de coibir uma compostura sem imparcialidade pelo legislador, que muitas vezes pode assumir um papel absolutista e/ou favorecer certa parcela da população.

“Ora, o princípio da proporcionalidade - e esta é talvez a primeira de suas virtudes enquanto princípio que limita as limitações aos direitos fundamentais - transforma, enfim, o legislador num funcionário da Constituição, e estreita assim o espaço de intervenção ao órgão especificamente incumbido de fazer as leis”. (BONAVIDES, 1998, p. 386)

Segundo a doutrina alemã, a dinâmica de aplicação do princípio da proporcionalidade segue um roteiro de três fases subsequentes: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Assim, a primeira fase se caracteriza por analisar os meios adequados para obtenção de determinado fim, ou seja, se os meios adotados são suficientes para o êxito. Na segunda, a necessidade dita que a medida a ser tomada deve ser essencial para a proteção dos direitos fundamentais e esta sempre deve ser a menos gravosa.

A última fase, que diz respeito à proporcionalidade em sentido estrito, é equilibrar os meios utilizados e os fins desejados, de maneira que não haja excesso e nem deficiência na aplicação da sanção. Para garantir isto, o artigo 128 da Lei 8.112/90 decreta que “na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida”.

Em seu livro Teoria dos Direitos Fundamentais, Alexy aborda exatamente a criação do princípio da proporcionalidade e seus respectivos subtemas como principal

⁶ STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição do excesso à proibição de proteção deficiente ou de como não há blindagens contra normas penais inconstitucionais. Revista da Anjuris, Ano XXXII, p.80.

cuidado como os direitos individuais conquistados ao decorrer dos anos e também comenta sobre a desmistificação do poder absoluto do legislador pregado pelo Positivismo tradicional.

Ainda em Alexy, podemos perceber sua pregação pela busca de um direito não mais operado através de um fato restrito, mas de forma ideal e por este caminho sempre relacionar o Direito à Moral (ALEXY, 2012a, p. 3). O autor também defende que com a teoria da ponderação e sopesamento pode haver a correção, inclusive na própria decisão judicial.

Nesse contexto, a penalidade pela restrição da liberdade pode ser vista como uma punição mais segura através do controle da discricionariedade do Legislativo e do Judiciário, porém não se descarta que de maneira concreta muitas vezes a proporcionalidade alcançada não é verdadeiramente almejada e então são registradas as falhas.

2 O que acarreta a incorreta aplicação da proporcionalidade no âmbito Penal?

A revogação do direito fundamental mais importante para o homem, que é o direito de ser livre, consiste num processo que deve ser altamente cauteloso desde a acusação à condenação. Toda esta cautela se justifica pela forma de governo adotada em nosso país e pela nossa Constituição. Desta maneira, a discricionariedade jurídica pode funcionar como mantenedora do bem-estar social desde que esteja limitada pela noção de proporção no nível mais alto de coerência.

Infelizmente, há inúmeras falhas na aplicação do princípio da proporcionalidade tanto pelo legislador, quanto pelo aplicador em penas para crimes por certo ponto considerados banais comparados às de crimes hediondos.

A proporcionalidade como já explicada anteriormente é o princípio regulador e limitador de discricionariedade e consequentemente de impunidades. Desta forma, a incorreta aplicação deste princípio acarreta um enfraquecimento e descrédito ao sistema penal de forma geral. Isto se dá pelo fato da utilização da ponderação ser algo plasmado na Constituição Federal de 1988, que é a garantia de um regimento

seguro e voltado para o verdadeiro bem-estar do povo, sendo assim, uma vez desrespeitada a Constituição, o direito da população também é.

A função dos princípios é tornar normas que os envolve superior às demais, e como dito anteriormente, servem como defesa do povo à atuação não democrática ou lesiva do Estado. Com esta mesma visão o advogado e professor renomado Celso Antônio Bandeira de Mello afirma:

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa, não só a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”. (MELLO, 1996. p. 545-546)

Na verdade, o maior agravante no desrespeito a um princípio, principalmente na área penal, é a restrição incorreta do Direito à liberdade. Este é um direito inato ao homem e que é o principal alvo das penas.

A história das penas restritivas da liberdade só passa a existir com o surgimento do Capitalismo, já que este viu nas penas de morte um grande desperdício de mão-de-obra. Além disso, as penas de morte já não possuíam grande êxito na diminuição da criminalidade, que como o novo sistema econômico crescia desenfreadamente. Desta forma, começaram a surgir as cadeias e as penas eram dadas de forma bastante aleatória pelo Estado, que passava a assumir o papel de protetor da sociedade e responsável pelo poder de penalizar.

Desde essa época até hoje, a dificuldade para se penalizar de forma proporcional pela privação da liberdade é algo altamente delicado e por isso, no cenário do direito penal surgiram as penas alternativas. Todavia, não se deve esquecer que a pena deve estar condizente com o delito. Deixar a desejar nos julgamentos transparece uma cultura jurídica despreparada e impotente e isto vem acontecendo constantemente em nosso país.

Enfim, as penas restritivas de liberdade são as provas da coercitibilidade do Estado a que todos estão sujeitos. Assim, a aplicação do princípio da proporcionalidade

torna essa coerção menos agressiva. Ainda sim, no cenário do direito penal se podem citar exemplos de aplicações de penas desproporcionais ao delito.

Podemos ter como exemplo das disparidades na aplicação do princípio da proporcionalidade entre as penas prescritas para furto e lesões corporais gravíssimas. Para o primeiro delito enquadrado no artigo 155, § 4º do Código Penal e para o outro enquadrado no artigo 129, § 2º a pena é a mesma: reclusão de 2 a 8 anos. Portanto, se uma carteira ou um celular é roubado a pena para o agente poderá ser a mesma para quem atacou uma pessoa com ácido, por exemplo. Isto demonstra uma grave falha do legislador, pois este parece se importar mais com um bem do que com a integridade física e até mental de uma pessoa.

Assim como este exemplo, nós temos vários outros em nosso Código Penal que mostram a incorreta aplicação do princípio da proporcionalidade e consequentemente isto ocasiona uma alta taxa de impunidade. Esta situação também acarreta numa falsa ideia de seguridade estatal, pois a privação da liberdade de maneira desproporcional não traz ao agente e nem pra população um maior respeito às leis, ou seja, torna praticamente impotente a ideia da coerção como principal barreira para a criminalidade.

A incorreta aplicação de penas quanto à proporcionalidade nem sempre é considerada constitucional a não ser que fira plamente algum direito fundamental. A questão é que a aplicação da proporcionalidade também depende muito do andamento do processo e isto também depende muito da discricionariedade jurídica, por isso há um órgão superior para regular estas atividades.

2.1 De quem é a responsabilidade na avaliação das penas, no que tange a aplicação da proporcionalidade?

A aplicação das penas são todas avaliadas e acompanhadas pelos representantes do Ministério Público, os Promotores. São eles que acompanham e participam do processo junto ao juiz. Fazer com que o juiz aplique a pena de forma proporcional ao delito é uma de suas funções durante os processos.

O Ministério Público é o ente estatal constitucionalmente encarregado de movimentar a ação penal pública e da defesa dos interesses individuais indisponíveis, difusos, coletivos e sociais. (arts. 127 e 129, da Constituição Federal de 1.988)

Além disso, o promotor é responsável por acompanhar o cumprimento da pena e inclusive, visitar os estabelecimentos penais. Desta forma, o Ministério Público é responsável pelos apelos para regressão de regimes e pode liberar um alvará de soltura, caso seja reconhecido um erro grave. A pena restritiva de liberdade não pode significar a violação da integridade física do preso e os promotores são os responsáveis pela fiscalização do cumprimento da lei que os protege.

A verificação das penas aplicadas pelo judiciário é bem mais complexa, pois o Ministério também é responsável por manter um judiciário reto, ou seja, totalmente confiável. Esta ação fiscalizadora deve ser feita desde a procedência do inquérito por parte da polícia judiciária até o juiz do caso. Sendo assim:

O Ministério Público deve usar a sua estrutura material e pessoal para atuar prioritariamente na prevenção e repressão de crimes, controle externo das polícias civis e militares e em medidas e ações de interesses individuais indisponíveis, coletivos, difusos e socialmente relevantes, no âmbito da ação civil pública. Conveniente ser melhor disciplinada a atuação do promotor criminal em defesa da cidadania, em relação aos seus aspectos ligados direta ou indiretamente ao crime, política criminal e de segurança pública, perfeitamente possível ser exercitada (arts. 3º., 5º., I, II, letra *e*, III, letra *e*, e VI e 6º., VII, letras *a* e *d* e VIII e XIV, letra *a* e XX, da Lei Complementar Federal 75, aplicáveis aos Ministérios Públícos da União e subsidiariamente aos Estaduais, art. 80, Lei 8.625/93. Também arts. 25, IV, letra *a*, VI e VII e 26, VII, Lei 8.625).

No entanto, o Ministério Público também precisa de fiscalização e isto é feito pela CNMP, Conselho Nacional do Ministério público, que é responsável por controlar a atuação administrativa e financeira do MP e o cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, segundo a emenda 45/04.

CONCLUSÃO

O princípio da proporcionalidade foi algo desenvolvido ao decorrer da organização do sistema jurídico no mundo. Com toda certeza a proporcionalidade na aplicação das penas restritivas de liberdade foi de extrema importância, na verdade, um divisor de águas entre o um direito arcaico e aplicado de forma absolutista e outro voltado realmente para o bem-estar social.

Junto a outros princípios o da proporcionalidade serve como ferramenta de controle de discricionariedade, tanto do legislador, quanto do aplicador. A adequação, junto à necessidade e a proporcionalidade em strictu sensu formam uma importante engrenagem para a defesa dos Direitos Fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988.

Assim, as penas restritivas de liberdade surgiram como organização do sistema penal, antes colocado como repressor desmedido, agora como uma forma de punir para proteger. No entanto, a aplicação da proporcionalidade foi também uma conquista deste novo sistema, que passou a procurar punir os agentes de forma correspondente ao seu delito.

A aplicação da proporcionalidade requer uma verdadeira preparação daqueles que fazem parte do corpo do Direito Penal desde sua legislação à sua aplicação. Não havendo isto acontece o que se constata em nosso sistema penal: um alto índice de falhas na aplicação da proporcionalidade. Decorrente disto há uma grande insatisfação por parte da população e o próprio descrédito pra o funcionamento de tal sistema.

Com a organização do sistema penal as penas restritivas de liberdade puderam ser determinadas de forma mais cautelosa, de forma que haja uma fiscalização superior para sua correta ou mais coerente aplicação. O Ministério Público é o incumbido para controlar os processos penais até o cumprimento da pena, através da representação do promotor. Desta maneira, se pode concluir que apesar de muitas falhas o Direito Penal junto aos seus princípios, em especial o da proporcionalidade, nos dá ainda a sensação de um país democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direito fundamental**. 3^a edição, 2003.

BONAVIDES, Paulo.

CANOTILHO, Joaquim José. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7^a edição. São Paulo: Editora Almedina, 2003

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral vol. 1**. 15^a edição. São Paulo: Editora Impetus, 2013.

GOMES, Luís Roberto; FELÍCIO, Guilherme. **Princípio da Proporcionalidade**. 2009. Disponível em: <www.intertemas.unitedo.br> Acesso em 02 de Mar. 2013.

GONÇALVES, Éden. **A proporcionalidade no Direito Penal**. Fortaleza: Revista Jus Vigilantibus, 2011. Disponível em:
<www.jusvi.com/artigos/1501> Acesso em 04 de Mar. 2013.

MELLO, Celso Antônio.

STRECK, Lênio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade**: da proibição do excesso à proibição de proteção deficiente ou de como não há blindagens contra normas penais inconstitucionais. Revista da Anjuris, Ano XXXII, p.80.