

# DESDOBRAMENTOS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E PROTEÇÃO DEFICIENTE DO ESTADO

*Renata Canevaroli de Souza \**

## RESUMO

A presente pesquisa tencionou analisar o caráter de norma dos princípios esculpados no bojo da Constituição Federal de 1988, que norteiam o ordenamento jurídico com aplicabilidade imediata no caso concreto. Em especial, o princípio da proporcionalidade, implícito no texto constitucional, sendo utilizado como critério de solução de conflitos e choques entre direitos fundamentais. Outra hipótese atribuída ao princípio da proporcionalidade, e objetivo deste trabalho, fora a demonstração da necessidade de aplicação do mesmo na intervenção Estatal, realizada através do poder de punir em face da liberdade do indivíduo (proporcionalidade no sentido de vedação do excesso), ou para garantir eficácia imediata dos direitos fundamentais (proporcionalidade como “garantismo positivo” e proibição da proteção deficiente). Pretendeu-se compreender mediante singela análise bibliográfica, a deficiência da proteção do Estado a tipo penal específico, sendo este, o crime de redução à condição análoga a de escravo, em contraponto a delitos de cunho patrimonial, que recebem por infeliz escolha do legislador, quantificação de pena maior ou igual, ao referido crime, sendo que este fere o direito à dignidade, personalidade, e liberdade individual, o que ilustra a proteção deficiente do Estado perante a sociedade integrante do contrato social.

## PALAVRAS-CHAVE

Princípio versus regra. Princípio da proporcionalidade. Proteção deficiente do Estado. Efetivação de direitos fundamentais.

---

\* Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Bauru

## Introdução

Busca no presente trabalho demonstrar que os princípios esculpido no bojo da Constituição Federal de 1988, possuem caráter de norma e em face disto, norteiam todo o restante do ordenamento jurídico, com aplicabilidade imediata pelo judiciário em cada caso concreto.

Passa-se então ao estudo do princípio da proporcionalidade, sendo este um princípio implícito, e utilizado como critério de solução de conflitos quando em choque, mais de um direito fundamental.

Deste modo, necessária a realização de exame calcado no princípio da proporcionalidade na intervenção Estatal, legislativa, executiva ou judiciária, que é realizada através do poder de punir do mesmo em face da liberdade do indivíduo (proporcionalidade no sentido de vedação do excesso), ou para garantir eficácia imediata dos direitos fundamentais (proporcionalidade como “garantismo positivo” e proibição da proteção deficiente).

Logo, na seara penal, a proporcionalidade orienta e restringe os atos do Estado, na aplicação de sanções restritivas de direitos ou liberdade, assim como, atua para que este realize a devida garantia à da sociedade para concretizar a eficácia dos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional.

A ausência de uma abordagem correta para aplicação do princípio da proporcionalidade acarreta grave prejuízo para a proteção dos direitos fundamentais, uma vez que deve ser utilizado em toda a tomada de decisão no ordenamento vigente, seja pelo legislativo ao editar norma, ou pelo magistrado ao decidir o caso concreto.

Assim, ao discorrer sobre o princípio da proporcionalidade com relação a proteção deficiente do Estado, abordou-se no presente, uma análise singela sobre a deficiência deste na proteção do tipo penal: redução à condição análoga a de escravo, em contraponto à delitos de cunho patrimonial, que recebem por infeliz escolha do legislador, quantificação de pena maior, ou igual, ao referido crime que fere o direito à dignidade, personalidade, e liberdade individual.

## Normas: princípios *versus* regras

Inicialmente, não fora atribuído aos princípios o caráter de norma jurídica, dado seu grau de abstração, sendo considerados apenas norteadores da moral, ou política, mas não necessariamente no âmbito jurídico. Tal posicionamento foi alterado com a promulgação da Constituição de 1988 que possui leque

diverso de princípios.

Seguindo a análise de Humberto Ávila (2009, p.30), a norma seria aquele resultado de análise sistemática e interpretativa dos enunciados normativos, independentes se princípios ou regras.

Sobre a definição de princípios, conceitua Norberto Bobbio (1990, p.158-9):

Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha a questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras.

No mesmo sentido, aponta Alexy (2008, p.87):

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deonticas básicas do dever ser da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-se, ainda que de espécie muito diferente.

Assim, quanto à diferenciação de regras e princípios, a mais fácil se dá pela análise da abstração, uma vez que nos princípios há mais valoração e menos normatividade, em contraponto, as regras seriam específicas aos casos concretos e de fácil aplicabilidade.

Sobre os princípios, ensina Rothenburg (1999, p. 18):

Trata-se da expressão dos valores principais de uma dada concepção do Direito, naturalmente abstratos e abrangentes. Não quer isso dizer, todavia, que os princípios são inteiramente ou sempre genéricos e imprecisos: ao contrário, possuem um significado determinado, passível de um satisfatório grau de concretização por intermédio das operações de aplicação desses preceitos jurídicos nucleares às situações de fato, assim que os princípios sejam determináveis em concreto.

Vale ainda dizer, que os princípios não se excluem absolutamente, ao contrário das regras. Por serem pilares no ordenamento a análise entre os princípios em caso de choque, deverá ser harmônica, sem exclusão de nenhum na aplicabilidade do caso concreto.

Quanto à valoração dos princípios, e sua força no ordenamento, define

Santos (1995, p. 14 e 16):

(...) Deve-se atinar para o fato de que o programa normativo dos princípios, sendo resultado da interpretação parcial de valores, mutáveis historicamente, maleáveis, aptos a cumprirem múltiplas funções, possuem uma *densidade normativa* menor que a encontrável no programa normativo das regras, sendo isto, não um demérito aos princípios, mas sim sua força.

Em suma, visam os princípios estruturar o ordenamento e nortear o restante das normas jurídicas presentes neste, sendo necessária a análise do conjunto e união dos princípios para tomada de decisões em cada caso concreto.

### *Princípios na Constituição Federal de 1988:*

Com a Constituição de 1988, a mesma atribuiu aos princípios o caráter de norma constitucional, com transferência de sua imperatividade e obrigatoriedade que passaram a ser, portanto, critérios de validade para aplicação de regra constitucional e infraconstitucional.

Assim, pela dimensão conferida pela Carta Magna, os princípios constitucionais atribuem sentido às demais regras de acordo com sua aplicabilidade. Define quanto aos princípios constitucionais CANOTILHO (1993, p. 170 e seguintes):

Princípios jurídicos fundamentais: antes mesmo de serem apreciados enquanto princípios específicos do Direito Constitucional, são princípios gerais de Direito, com determinação histórica e “multifuncionalidade”, de que são exemplo os princípios da publicidade dos atos jurídicos, da proibição do excesso (proporcionalidade ou “justa medida”), do acesso ao direito e aos tribunais, da imparcialidade da administração; [...]

Outrossim, traz a Constituição em seu bojo, princípios fundamentais e de organização do Estado, alguns, previstos inicialmente no Artigo 1º, conforme:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

O princípio base de nosso Estado Social Democrático, é o da dignidade da pessoa humana, que sustenta e serve de fundamento a todos os princípios constitucionais gerais, e conforme se verá a seguir, no âmbito penal.

A respeito dos demais princípios, são alguns exemplos dos explícitos no texto constitucional os previstos no caput do artigo 37 da Magna Carta, como o da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Na seara penal, são explícitos no ordenamento como exemplo, o da legalidade, da aplicação da lei mais favorável ao réu, da limitação das penas, da presunção da inocência, enquanto que o princípio da proporcionalidade, objeto do presente trabalho a ser abordado no próximo capítulo, é previsto implicitamente.

Resumindo, os princípios consagrados pelo texto constitucional se estendem a todo ordenamento, seja ele constitucional ou infraconstitucional, não sendo encontrados apenas em dispositivos específicos, mas sim, norteados todas as regras do ordenamento vigente, e se estendem a todos os campos do direito, em especial o direito penal. Desta forma, a importância dos princípios deve ser reconhecida de plano, e prestigiada ao ter sua aplicação garantida pelos três poderes, legislativo, executivo e judiciário.

### *Da aplicabilidade dos princípios pelo Judiciário*

Fora apresentada a distinção entre princípios e regras, ambos de normas do direito pátrio, onde, abordou-se que os princípios são dotados de menor normatividade, e maior abstração. Neste sentido, sua aplicabilidade é costumeiramente variável de acordo com a interpretação e análise junto ao caso concreto pelo poder judiciário.

Sobre o grau de abstração dos princípios, Carmem Lúcia Antunes Rocha (1994, p. 29), dispõe: “A generalidade não significa imprecisão. Antes, indica a possibilidade – ou a necessidade – de se concretizar, em sentido preciso, conquanto plural, e se desenvolver de maneira perfeitamente coerente com o que a sociedade espera daquele conteúdo”.

Deste modo, o Poder Judiciário é definido por Eros Roberto Grau (1990, p.95): é o “aplicador último do direito. Isso significa que, se a Administração Pública ou um particular, ou mesmo o Legislativo, negar-se a fazê-lo, o Poder Judiciário poderá ser acionado para o fim de aplicá-lo”.

Os princípios devem ter aplicabilidade imediata, no entanto, esta é uma dificuldade do poder judiciário no sentido de garantir a efetividade dos princípios constitucionalmente defendidos, em cada caso concreto.

## **Princípio da proporcionalidade**

Como vislumbrado, os princípios são dotados de alta carga de abstração, o que gera em caso de choque ou coalisão entre princípios e direitos, a necessária a utilização do princípio da proporcionalidade, objeto do presente estudo, para solucionar o conflito no caso concreto.

O princípio da proporcionalidade, também denominado como princípio da justa medida, tem por escopo pacificar o confronto de bens jurídicos em choque, sejam eles princípios ou direitos fundamentais a fim de dosar a tutela de um com outro nas situações fáticas analisadas pelo judiciário.

### *Princípio da proporcionalidade no direito penal*

O elo entre o Direito Penal e o Direito Constitucional é marcado pela proteção de direitos em choque de outros, como o do poder punitivo do Estado, e a liberdade do indivíduo. Adotado como critério de solução de conflitos, o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado no âmbito penal, resguardando os direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

Neste contexto, sobre a proporcionalidade discorre Paulo Bonavides (2006, p.396):

[...] Finalmente, depara-se-nos o terceiro critério ou elemento de concretização do princípio da proporcionalidade, que consiste na proporcionalidade mesma, tomada *stricto sensu*. [...] obrigação de fazer uso de meios adequados e interdição quanto ao uso de meios desproporcionados.

A proporcionalidade impõe ao ordenamento, em específico ao legislador responsável pela criação da norma, restrições quanto a sua elaboração, pois, o mesmo não se pode valer de meios desproporcionais para aplicar as devidas sanções às transgressões em face aos bens jurídicos protegidos na seara do direito penal.

Sobre a aplicabilidade de sanções, e sua proporcionalidade, o autor, Beccaria (ano, pagina) afirmava que “tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade”. Assim, conforme pregado em sua obra deve haver a devida proporção entre o cometimento de delitos e aplicação de sanções, ilustradas em nosso ordenamento pelas penas.

Marcus Alan de Melo Gomes (2008, p. 152), assevera sobre a proporcionalidade como critério para garantia dos direitos fundamentais:

Vê-se que a proporcionalidade em matéria penal é decorrência, na verdade, de valores albergados no corpo da Constituição. Ao eleger a realização do Estado Democrático de Direito como meta de todos, o legislador constituinte converteu a proporcionalidade em um cânone implícito da Carta Maior. Afinal de contas, como seria possível construir uma sociedade baseada no pleno respeito aos direitos e garantias fundamentais, no livre exercício das liberdades públicas – liberdade de ir e vir, liberdade de pensar, liberdade de se expressar, liberdade para participar da vida política do Estado etc. – sem um critério de equilíbrio entre esse exercício e o poder estatal de restringi-lo?

A proporcionalidade na aplicação do direito penal visa, via de regra, técnicas de avaliação entre os bens jurídicos tutelados, e/ou de valores e a ponderação da aplicação da sanção a luz de cada caso concreto.

Outrossim, tal princípio limita a decisão seja do legislador ou magistrado, a fim de evitar qualquer desproporcionalidade tratando-se de choque de direitos, restringindo alguns, para a resguarda de outros.

Logo, pela análise e busca de equilíbrio material entre os princípios ou direitos em atrito, procura-se através da proporcionalidade a melhor forma possível tornar o ordenamento normativo eficaz, e como se refere tal princípio à justa medida, alcançar justiça pretendida.

### *Da vedação de excesso*

A proporcionalidade seja analisada como princípio, ou critério de aplicação e restrição normativa, se desdobra em dois pontos. Neste ponto, estuda-se a clássica proteção do indivíduo vulnerável, face ao poder punitivo do Estado.

No direito penal, a faísca entre direitos fundamentais, surge pelo tipo penal praticado, o delito, e sua punição. A sanção outorgada pelo Estado varia de acordo com a importância dada pelo ordenamento do bem jurídico protegido.

Basicamente, busca-se equilibrar o valor dado pelo legislador ao bem jurídico afrontado, em contraponto, à liberdade, direito fundamental, do indivíduo que pratica o delito.

Robert Alexy (2008, p.102), afirma sobre a restrição da liberdade, e aplicação da proporcionalidade, sobre tal direito:

Segundo a teoria relativa, o conteúdo essencial é aquilo que resta após o sopesamento. Restrições que respeitem a máxima da proporcionalidade não violam a garantia do conteúdo essencial nem mesmo se, no caso concreto, nada restar do direito fundamental. A garantia do conteúdo essencial é reduzida à máxima da proporcionalidade.

Tal proteção ao direito de liberdade é denominada, proibição do excesso, via de regra, aplicada à quantidade de pena privativa de liberdade, ou de direitos do indivíduo, destinada a delitos de maior gravidade, e/ou potencial lesivo.

A intensidade da sanção é baseada na legislação penal, pela busca da resguarda do bem jurídico, a ser protegido pelo Estado em favor da sociedade, bem como, o potencial ofensivo da conduta que se pretende reprimir.

### *Da proteção deficiente*

Em que pese a importância da proibição de excessos ao poder de punir do Estado, o princípio da proporcionalidade também se desdobra a fim de proteger o bem jurídico que recebe a da proteção deficiente do Estado, a concretização de um direito fundamental.

Assim, o princípio também busca coibir o Estado em face de omissões normativas quanto a proteção de direitos. Juarez Cirino dos Santos (2008, p.28) disciplina, sobre a necessidade de aplicar o princípio da proporcionalidade em nossa legislação, que muitas vezes acaba por defender com mais afinco, delitos de natureza patrimonial, em detrimento à lesão contra vida, e como se verá a seguir, no caso de trabalhador reduzido à coisa, sem proteção da dignidade da pessoa humana:

O princípio da proporcionalidade abstrata limita a criminalização primária às hipóteses de graves violações de direitos humanos – ou seja, lesões insignificantes de bens jurídicos são excluídas, também, pelo princípio da proporcionalidade – e delimita a cominação de penas criminais conforme a natureza e extensão do dano social produzido pelo crime. Neste aspecto, a proposta de hierarquização da lesão de bens jurídicos é essencial para adequar as escalas penais ao princípio da proporcionalidade abstrata: por exemplo, penas por lesões contra a propriedade não podem ser superiores às penas por lesões contra a vida, como ocorre na lei penal brasileira.

A proteção a fim de garantir a efetivação de direitos, contra a proteção deficiente estatal, também recebeu o nome de “garantismo positivo”. Aponta no tocante a proteção deficiente Lenio Luiz Streck (2011, p. 8):

Há que se ter claro, portanto, que 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, momento em que a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental, caso em que *estar-se-á em face do que, a partir da doutrina alemã, passou-se a denominar de “proibição de proteção deficiente.*

Ainda, o referido autor, afirma: “A proibição de proteção deficiente pode definir-se como um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, com cuja aplicação pode determinar-se se um ato estatal – por antonomásia, uma omissão viola um direito fundamental de proteção”.

O Superior Tribunal de Justiça, já vem aplicando tal entendimento quanto à proteção deficiente, conforme se verifica no julgado RE 418.276-5 onde defendeu o Ministro Gilmar Mendes, em 9/2/2006, com Relator o Ministro Joaquim Barbosa:

De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico. Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental. [...] Dessa forma, para além da costumeira compreensão do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (já fartamente explorada pela doutrina e jurisprudência pátrias), há uma outra faceta desse princípio, a qual abrange uma série de situações, dentre as quais é possível destacar a dos presentes autos. (...) Isso porque todos os Poderes do Estado, dentre os quais evidentemente está o Poder Judiciário, estão vinculados e obrigados a proteger a dignidade

das pessoas, sendo este mais um motivo para acompanhar a divergência inaugurada pelo Min. Joaquim Barbosa.” Delimitar o âmbito de proteção do direito fundamental à vida e à dignidade humana e decidir questões relacionadas ao aborto, à eutanásia e à utilização de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia são, de fato, tarefas que transcendem os limites do jurídico e envolvem argumentos de moral, política e religião que vêm sendo debatidos há séculos sem que se chegue a um consenso mínimo sobre uma resposta supostamente correta para todos. Apesar dessa constatação, dentro de sua competência de dar a última palavra sobre quais direitos a Constituição protege, as Cortes Constitucionais, quando chamadas a decidir sobre tais controvérsias, têm exercido suas funções com exemplar desenvoltura, sem que isso tenha causado qualquer ruptura do ponto de vista institucional e democrático. [...]

Em síntese, também se faz necessária a análise de que o ordenamento em algumas sanções penais é deficiente na proteção de direitos fundamentais, como no citado caso da condição do trabalhador reduzido à condição análoga a escravo, em que a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho digno, e demais direitos violados não são devidamente protegidos, necessária, portanto, a aplicação do princípio da proporcionalidade a fim de evitar a perpetuação em nosso ordenamento de proibições deficientes.

### **Análise da proteção deficiente a tipo penal: redução de trabalhador à condição análoga a escravo**

Discorrido sobre o princípio da proporcionalidade no curso do presente, conjunto a análise da proteção deficiente do Estado para proteção de direitos fundamentais, o que enseja a necessária aplicação da proporcionalidade pelo legislador, e pelo ordenamento jurídico.

Previsto na legislação penal, no artigo 149 do Código Penal, vislumbramos no capítulo de crimes contra liberdade pessoal, o crime de redução à condição análoga a de escravo, exemplo de como a legislação pecou pela ausência de proporcionalidade para editar a sanção do mesmo.

Tal crime pode ser considerado grande exemplo da proteção deficiente pelo legislador. Sua descrição do tipo penal e sua pena aplicável, previstos no artigo 149 do citado diploma, conforme:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva,

quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

**§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:**

I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

**§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:**

I - contra criança ou adolescente;

II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

O delito de redução à condição análoga à de escravo consiste em uma situação em que a pessoa perde a própria personalidade, sendo tratada como item, e coisa por quem pratica o crime.

Nesta situação fática, o indivíduo é privado de seus direitos fundamentais mínimos e não apenas sua liberdade de locomoção, e pessoal protegida na seara penal. É privada do mesmo, sua total dignidade, em um ordenamento que é todo regido justamente pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, fora infeliz no ordenamento a proteção da pessoa humana, e de valores como a vida, a integridade, a saúde, podendo ser enquadrado como proteção deficiente do Estado, uma vez que a mínima à prática do crime é de 2 (dois) anos.

***Do bem jurídico tutelado pelo Código Penal:***

Considerando sua classificação no Código Penal, o bem jurídico encontra-se entre os crimes praticados contra a liberdade pessoal, sendo, portanto, o bem jurídico tutelado, a liberdade do indivíduo. E sua liberdade, é direito fundamental defendido pela Constituição Federal de 1988.

Neste tipo penal, o ordenamento jurídico protegeu deficientemente a liberdade, mas principalmente a dignidade do indivíduo, ao ser tratado como coisa e não como pessoa humana, o que fere os princípios e seus direitos básicos constitucionalmente garantidos.

Segundo o autor Damásio de Jesus, “o consentimento do ofendido é irrelevante, uma vez que a situação de liberdade do homem constitui interesse preponderante do Estado”.

Verifica-se claramente neste caso, que o Estado protege com mais afinco, e coíbe de forma mais violenta a conduta com delitos praticados contra o patrimônio, como se verá a seguir, o que acarreta na proteção deficiente de direitos mínimos às vítimas da prática deste crime, que muito ainda ocorre no país.

### *Da Pena*

A pena prevista como sanção à prática do crime de redução da pessoa a análogo a escravo, é a de “reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.” Tal pena é majorada se o crime é cometido contra idoso, ou menor de 18 anos.

Considerando que em nosso sistema, a aplicação da pena incide sobre a pena mínima do tipo penal, sendo no caso em tela, a de 2 (dois) anos, e posteriormente, o magistrado apurará as circunstâncias atenuantes e agravantes, e, no final aplicará as causas de aumento e diminuição da pena.

Assim, o legislador determinou a pena mínima de 2 (dois) anos, para sancionar e coibir a conduta criminosa de reduzir um indivíduo a coisa, retirar sua personalidade, sua integridade, liberdade, e principalmente sua dignidade.

Ao analisar, portanto, sob o princípio da proporcionalidade, tal fixação de pena não aparenta atender a mais justa medida, ou ser forma de proteção da sociedade em seus direitos mínimos, sendo exemplo da proteção deficiente do Estado, ao garantir o cumprimento dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

### *Tipos penais com igual pena e menor ofensividade à pessoa humana*

Como mencionado supra, o legislador brasileiro em sua deficiência, protegeu com mais afinco a fixação de penas para punição à prática dos crimes patrimoniais em nosso ordenamento, exemplo disso verifica-se no tipo penal de furto qualificado:

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

(...)

§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtra-

ção da coisa;

II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III - com emprego de chave falsa;

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

§ 5º - A pena é de reclusão de três a oito anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior.

Diante do citado artigo verifica-se que a pena do furto qualificado, é a de “reclusão de dois a oito anos e multa”, mesma pena e com o mínimo de 2 (dois) do crime de reduzir alguém à condição de coisa, e análogo a escravo, sendo o bem jurídico tutelado do furto, de cunho patrimonial. Não obstante, no §5º, a pena mínima é aumentada para 3 (três) anos, caso veículo seja transportado de seu local de origem, ultrapassando o mínimo da pena de delito que retira a dignidade do indivíduo, em completa desproporcionalidade.

Exemplo continuado é o roubo simples, em que a pena aplicável ao delito é de “reclusão, de quatro a dez anos, e multa”, cujo bem jurídico protegido é o patrimônio de igual modo, apenas com o emprego de violência ou grave ameaça.

Por este motivo, buscou o presente demonstrar a proteção insuficiente pelo legislador, e pelo ordenamento jurídico, que deveriam se valer do princípio da proporcionalidade, a fim de garantir maior efetividade dos direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal de 1988.

Por fim, com o intuito de resguardar o Estado Social Democrático cujos direitos fundamentais encontram-se consagrados por toda a Constituição, e são norteados pelos princípios constitucionais, necessário, portanto, que o ordenamento jurídico conjunto ao legislador, sejam norteados pela proporcionalidade, para que seja garantido ao indivíduo não apenas a proteção de sua vulnerabilidade frente ao Estado (proporcionalidade na proibição de excesso), mas também, a concretização de seus direitos e proteção pelo mesmo (proporcionalidade na proteção deficiente).

### **Considerações Finais**

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988 são os princípios, com núcleo no princípio dignidade da pessoa humana, sejam os mesmos explícitos ou implícitos, norma jurídica e alicerce para aplicação das demais regras no ordenamento.

Objeto do presente trabalho, o princípio da proporcionalidade ganha des-

taque por sua utilização ser critério de resolução de conflitos entre atritos de direitos, quando necessário o sopesamento destes.

Tal regulação de choques de direitos é realizada pelo magistrado na análise e decisão em cada caso concreto, e pelo legislador, ao editar norma que restrinja direitos fundamentais do cidadão, sendo, pois, a proporcionalidade critério de solução.

Logo, deve ser realizado o exame pela proporcionalidade, que atua como limite penal para estudo do delito e sua gravidade com relação à aplicação da sanção pelo Estado, onde delito de cunho patrimonial, ou seja, menor valor com relação à pessoa humana, não seja mais grave que crime cometido contra direito fundamental consagrado, como no caso elencado do trabalhador reduzido à condição análoga a de escravo, sendo o autor do crime, responsável por colocar pessoa humana em posição de coisa, e retirar sua personalidade e dignidade.

Diante do exposto, importa coibir o excesso do poder de punir estatal, no entanto, o princípio da proporcionalidade buscou ser analisado com mais afincio, no tocante a proibição da proteção deficiente de direitos fundamentais.

Assim, é vedado ao Estado agir com excesso na aplicação de sanções ao indivíduo, bem como não pode ser omissivo, à concretização e proteção de direitos fundamentais consagrados em prol da sociedade, integrante do contrato social.

---

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 102.

ÁVILA, Humberto de. *Teoria dos princípios*. 9ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

BECCARIA, Césare, *Dos Delitos e das Penas*, 2ª ed., Trad. José Cretella Jr. et al., São Paulo: RT, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 396-398.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: Polis, Brasília: Universidade de Brasília, 1990.

CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

GOMES, Marcus Alan de Melo. *Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena*. São Paulo: Lumen Juris, 2008, p. 152.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

JESUS, Damásio de - Direito Penal, Parte Especial

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 1999.

SANTOS, Fernando Muniz. *Os princípios e as regras constitucionais enquanto normas jurídicas*. Curitiba. 19995.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal : parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 28

STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. Disponível em [http://leniostreck.com.br/index.php?option=com\\_docman&Itemid=40](http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40). Acesso em 20 Agosto 2015, p. 8.

Supremo Tribunal Federal. RE 418.276-5, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 9/2/2006.