



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “Prof. Jacy de Assis”
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

DANIELA FERNANDES DE OLIVEIRA

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO:
CONTROLE DE LEGITIMIDADE E LIMITAÇÃO DA INTERVENÇÃO ESTATAL
EXCESSIVA



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “Prof. Jacy de Assis”
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

DANIELA FERNANDES DE OLIVEIRA

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO:
CONTROLE DE LEGITIMIDADE E LIMITAÇÃO DA INTERVENÇÃO ESTATAL
EXCESSIVA

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito Público da Faculdade de Direito “Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Fábio Guedes de Paula Machado.

Uberlândia
2013

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

O48p
2013

Oliveira, Daniela Fernandes de, 1987-

O princípio da proporcionalidade no direito penal brasileiro : controle de legitimidade e limitação da intervenção estatal excessiva . / Daniela Fernandes de Oliveira. - Uberlândia, 2013.

181 f.

Orientador: Fábio Guedes de Paula Machado
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Uberlândia,
Programa de Pós-Graduação em Direito.
Inclui bibliografia.

1. Direito - Teses. 2. Proporcionalidade (Direito) - Brasil - Teses. 3. Direitos fundamentais - Brasil - Teses. 4. Direito penal - Brasil - Teses. I. Machado, Fábio Guedes de Paula. II. Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340

DANIELA FERNANDES DE OLIVEIRA

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO:
CONTROLE DE LEGITIMIDADE E LIMITAÇÃO DA INTERVENÇÃO ESTATAL
EXCESSIVA

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Público da Faculdade de Direito “Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Fábio Guedes de Paula Machado.

Defendida e aprovada em _____ de_____ de 2013, pela banca examinadora composta pelos professores:

Professor Doutor Fábio Guedes de Paula Machado.

Orientador

Professor

Professor

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que colaboraram com a concretização desse trabalho.

Agradeço aos meus familiares, em especial aos meus pais e aos meus irmãos, por me ensinarem a enfrentar os desafios e por estarem presentes em todos os momentos.

Agradeço ao Prof. Dr. Fábio Guedes de Paula Machado, pelo ensinamento e orientação, contribuindo para o amadurecimento dos meus conhecimentos e consequente desenvolvimento dessa pesquisa.

Agradeço aos mestres do Curso de Mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia, por terem me mostrado o caminho das obras científicas e pelas reflexões propiciadas durante as aulas.

Agradeço aos colegas de mestrado, em especial à amiga Natália Berti, pelo incentivo e por me ajudarem a concluir mais esse objetivo de vida.

Ao fim, agradeço a todos os amigos pela fonte de força e compreensão.

“Há mais coragem em ser justo, parecendo ser injusto, do que em ser injusto para salvaguardar as aparências da justiça”.

(Piero Calamandrei)

RESUMO

A presente dissertação insere-se na discussão da aplicação do princípio da proporcionalidade no Direito Penal Brasileiro. Para tanto, utiliza-se da pesquisa teórica, do método dedutivo e do estudo de material bibliográfico de doutrina nacional e estrangeira. O princípio da proporcionalidade é decorrente do fenômeno da constitucionalização e democratização dos países, sendo valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, uma vez que permite o controle da intervenção estatal e funciona como a medida com que uma norma deve ser interpretada. E não se discute de que deva ser aplicado no Direito Penal, mormente quando diante da constatação de que esse é a forma mais violenta de intervenção estatal, atingindo diretamente os direitos fundamentais. Surge, então, a questão de como garantir a efetiva aplicação do princípio da proporcionalidade no atual cenário do sistema penal. Hoje se tem vivenciado no ordenamento jurídico brasileiro uma atuação de legisladores e juristas fora de um contexto de harmonização e de proporcionalidade. O aumento da criminalidade como um todo e o discurso de uma política criminal expansiva tem motivado reformas legais e o embrutecimento do regime, com a agravação de penas e a ampliação dos tipos penais. Nesse contexto, torna-se necessária uma releitura das leis penais com base no princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade permite aferir a legitimidade da norma penal e limitar a intervenção no direito fundamental à liberdade. Mas o uso do princípio da proporcionalidade não pode ser realizado de forma totalmente discricionária e arbitrária. É preciso uma aplicação bem estruturada e motivada, pois só assim se terá um método eficaz e seguro de controle das normas penais.

Palavras-chave: Proporcionalidade. Garantia constitucional. Normas penais. Controle. Limitação.

RESUMEN

Este trabajo es parte de la discusión sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en el Derecho Penal brasileño. Para ello, utilizamos la investigación teórica, el método deductivo y el estudio de la doctrina de material bibliográfico nacional y extranjero. El principio de proporcionalidad se debe al fenómeno de la constitucionalización y de la democratización de los países, y es un instrumento valioso para la protección de los derechos fundamentales y del interés público, ya que permite el control de la intervención estatal y funciona como una medida para suya interpretación. Y no hay duda de que se debe aplicar en el Derecho Penal, especialmente por este ser la forma más violenta de la intervención estatal, afectando directamente los derechos fundamentales. Entonces viene la pregunta de cómo garantizar la aplicación del principio de proporcionalidad en el escenario actual del sistema penal. Hoy hemos experimentado, en el sistema jurídico brasileño, una representación de los legisladores y juristas fuera del contexto de la armonización y de la proporcionalidad. El aumento de la delincuencia en general y el discurso político expansivo han motivado reformas penales y el régimen de engrosamiento, con el agravante de penas y ampliación de los tipos penales. En este contexto, se hace necesaria una relectura de las leyes penales basadas en el principio de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad permite evaluar la legitimidad de la norma penal y es un límite a la intervención en el derecho fundamental a la libertad. Pero el uso del principio de proporcionalidad no puede ser totalmente discrecional y arbitrario. Se necesita de una aplicación bien estructurada y motivada, ya que sólo de esta manera se dispone de un método seguro y eficaz de control de las leyes penales.

Palabras clave: Proporcionalidad. Garantía constitucional. Las leyes penales. Control. Limitación.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I BASE HISTÓRICA E CONSOLIDAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE ... 14	
1 Construção histórica da proporcionalidade.....	14
1.1 Lei do Talião	14
1.2 Iluminismo	16
1.2.1 Montesquieu	19
1.2.2 Cesare Beccaria	20
1.3 Direito de polícia da Prússia	21
1.4 Apontamentos históricos finais	23
2 Status jurídico da proporcionalidade	24
2.1 Regras <i>versus</i> princípios	25
2.2 Proporcionalidade como regra para Robert Alexy	31
2.3 Proporcionalidade como postulado normativo para Humberto Ávila.....	32
2.4 Proporcionalidade como princípio	34
3 Previsão normativa da proporcionalidade	37
3.1 Previsão constitucional	37
3.1.1 Estado Democrático de Direito	37
3.1.2 Direitos Fundamentais	41
3.1.2.1 Visão coerentista.....	44
3.1.2.2 Visão conflitista.....	46
3.2 Previsão penal	48
4 Esclarecimentos finais.....	51
CAPÍTULO II PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL 52	
1 Conceito do princípio da proporcionalidade penal.....	52
2 Subprincípios da proporcionalidade	54
2.1 Adequação ou idoneidade	55
2.2 Necessidade	59
2.3 Proporcionalidade em sentido estrito	63
3 Relação entre o princípio da proporcionalidade penal e outros princípios próximos .. 67	67
3.1 Princípio da proporcionalidade e princípio da igualdade	67

3.2 Princípio da proporcionalidade e princípio da razoabilidade	70
3.3 Princípio da proporcionalidade e princípio da culpabilidade	74
4 Críticas ao princípio da proporcionalidade	78
4.1 Exposição das criticas.....	79
4.2 Valoração das criticas.....	81
CAPÍTULO III PROPORCIONALIDADE PENAL: FASE LEGISLATIVA	85
1 Legitimidade da intervenção legislativa penal	85
1.1 Prognóstico inicial sobre a idoneidade da intervenção penal	86
1.2 Juízo de necessidade da intervenção legislativa	92
1.2.1 Necessidade e princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos	93
1.2.2 Necessidade e princípio da intervenção mínima	98
2 Proporcionalidade penal abstrata: fixação da pena	103
2.1 Proporcionalidade e fins da pena	104
2.1.1 Teoria dos fins da pena	105
2.1.2 Proporcionalidade e fim retributivo e/ou preventivo da pena.....	109
2.2 Proporcionalidade, bem jurídico e gravidade do injusto	115
3 Projeto de Lei nº. 236 de 2012.....	120
4 Obstáculos à proporcionalidade	124
CAPÍTULO IV PROPORCIONALIDADE PENAL: FASE JUDICIAL	135
1 O papel do Judiciário no Estado Democrático de Direito	135
2 A discricionariedade judicial submetida ao princípio da proporcionalidade e a determinação da pena em concreto	137
3 O princípio da proporcionalidade como ferramenta argumentativa judicial no controle de constitucionalidade das leis penais	145
4 Invocação ao princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal no controle das normas penais.....	152
4.1 Decisões que fazem referência ao princípio da proporcionalidade	153
4.2 Análise crítica	159
CONCLUSÃO.....	164
REFERÊNCIAS	168
JURISPRUDÊNCIA	179

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por desígnio principal analisar a possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade como controle da intervenção estatal penal - com foco específico na atuação estatal excessiva - e isso tanto na fase legislativa quanto na fase judicial.

O princípio da proporcionalidade consiste em um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais. E por meio do princípio da proporcionalidade se conectam os fins do Direito Penal com o fato cometido pelo delinquente, impedindo-se o estabelecimento de cominações penais ou a imposição de penas que não possuam uma relação valorativa com o fato considerado em seu aspecto global.

A construção histórica do princípio da proporcionalidade se iniciou em épocas remotas, mas foi no Iluminismo que ocorreram as principais contribuições para a sua formulação atual. O Iluminismo representou uma ruptura com as justificações teleológicas ou transcedentes de poder, dando as bases para a afirmação de uma concepção instrumental do Direito e do Estado, concebidos como puro artifício humano posto a serviço de finalidades igualmente humanas. E, posteriormente, com o fenômeno da democratização e da constitucionalização dos países, houve um aumento da relevância dada ao princípio da proporcionalidade, com seu consequente aperfeiçoamento e expansão aos diversos setores do ordenamento jurídico.

No Brasil, foi com a entrada em vigor da atual Constituição que se pôde falar verdadeiramente em Estado Democrático e em Estado constitucional, havendo uma ampliação dos direitos fundamentais e fortalecimento das instituições democráticas. E essa Constituição afetou as bases da construção do Direito Penal, passando a ser vista como um apoio jurídico-positivo à fundamentação da política-criminal e dogmática do Direito Penal.

Ocorre que, a despeito dessa constitucionalização do Direito Penal, o que se verifica no ordenamento jurídico brasileiro é que o sistema penal por diversas vezes não se mostra condizente com os valores constitucionais, entre eles a proporcionalidade. O Código Penal brasileiro, discutido nos anos 30, no período getulista, e aprovado em 1940, mesmo com posteriores alterações, marca forte intervenção do Estado nas relações sociais, sendo algumas das tipificações existentes questionáveis à luz dos princípios constitucionais.

Além disso, hoje estamos vivenciando uma crise do Estado de Direito e dos direitos fundamentais. Verifica-se um aumento da criminalidade como um todo e discursos de política criminal reforçado por movimentos expansionistas. Isso tem motivado reformas legais e o embrutecimento do regime brasileiro com a agravamento de penas e ampliação dos tipos penais. O Direito Penal passa a se enveredar cada vez mais no campo do normativismo simbólico, como resposta imediata aos reclamos sociais de paz e segurança.

Assim, diante do contexto atual de falta de harmonização e de proporcionalidade do sistema penal, surge o questionamento de como garantir que o princípio da proporcionalidade seja efetivamente aplicado no ordenamento jurídico penal brasileiro e quais são os critérios que devem servir de nortes para essa aplicação.

E para encontrar resposta a esse questionamento, a metodologia a ser adotada na presente dissertação afigura-se essencialmente como de natureza teórica e de natureza documental. Em relação à pesquisa teórica, o procedimento metodológico adotado será o método dedutivo. Quanto aos procedimentos técnicos da pesquisa teórica, procede-se à análise textual e interpretativa das obras bibliográficas (livros, teses, dissertações e artigos) previamente selecionadas que possam enriquecer o trabalho com visões e críticas a respeito da temática em estudo.

Em relação à pesquisa documental, serão analisadas as decisões do Supremo Tribunal Federal, de modo a aferir qual o posicionamento desse Tribunal com relação à aplicação do princípio da proporcionalidade no Direito Penal. A escolha pelos julgados do Supremo Tribunal Federal se justifica por esse representar a última instância recursal do ordenamento jurídico brasileiro, bem como por ser o guardião da Constituição e, consequentemente, dos princípios constitucionais, entre eles o princípio da proporcionalidade.

Ademais, quanto à estrutura, a presente pesquisa se divide em quatro capítulos. No primeiro capítulo, busca-se contextualizar o tema, através de uma análise do processo de surgimento e de construção histórica do princípio da proporcionalidade. Ademais, apresenta-se o estudo do conceito e da diferenciação entre regras e princípios, na busca de superar as imprecisões terminológicas que giram em torno da ideia de proporcionalidade. E, ao final, procede-se à análise da previsão normativa da proporcionalidade, tanto na esfera constitucional, quanto na esfera penal.

No segundo capítulo, intenta-se delinear o conceito e a estrutura do princípio da proporcionalidade penal, fazendo-se uma apreciação específica de cada um dos seus subprincípios, quais sejam, idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Também será realizada a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade e outros

princípios próximos, com destaque para o princípio da igualdade, o princípio da razoabilidade e o princípio da culpabilidade. E, em seguida, busca-se demonstrar as críticas apontadas ao princípio da proporcionalidade, baseadas principalmente na alegação de subjetivismo e irracionalidade, bem como se efetua uma valoração dessas críticas.

No terceiro capítulo, adentra-se nos âmbitos de aplicação do princípio da proporcionalidade penal, iniciando-se pela fase legislativa. Analisa-se a legitimidade da intervenção legislativa por meio do Direito Penal, sob o aspecto da idoneidade e da necessidade, para posteriormente estudar a proporcionalidade em sentido estrito da previsão típica, isto é, a proporcionalidade entre a conduta criminosa e a pena. Também se procede à apreciação da proporcionalidade no Anteprojeto do novo Código Penal, tendo em vista a atualidade das discussões. Ao final do capítulo, apontam-se os fatores que representam obstáculos ao princípio da proporcionalidade.

Por fim, no quarto capítulo, realiza-se uma análise do princípio da proporcionalidade penal na fase judicial, tanto como forma de controle da discricionariedade dos julgadores, quanto como parâmetro para controle de constitucionalidade das normas penais excessivas. Ao final, para encerrar a pesquisa, verifica-se a presença do princípio da proporcionalidade na jurisprudência penal do Supremo Tribunal Federal, fazendo-se um estudo crítico da invocação desse princípio pela Corte brasileira, bem como se busca constatar o que as decisões desse Tribunal acrescentam às discussões sobre a proporcionalidade penal.

CAPÍTULO I BASE HISTÓRICA E CONSOLIDAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE

1 Construção histórica da proporcionalidade

A proporcionalidade não é um conceito jurídico recente, isto é, não é uma invenção da doutrina e da jurisprudência constitucional da metade do século XX. Pelo contrário, é fruto de um longo processo de construção histórica.

A noção geral de proporcionalidade é utilizada desde épocas remotas na matemática e em outras áreas de conhecimento, bem como a relação entre meio e fim já se revelava na filosofia prática da Grécia Clássica¹. Mas é com o movimento do Iluminismo que a ideia de proporcionalidade começa a adquirir a configuração que possui hoje e, além disso, tem-se a sua expansão para diversas áreas do Direito, como para o Direito Penal.

1.1 Lei do Talião

A pergunta sobre em que deve consistir a atuação penal, sobre a qualidade e a quantidade da pena, há muito tempo subsiste nas civilizações.

A resposta mais antiga a essas questões se revela na ideia jusnaturalista de que a pena deve igualar ao delito e consiste, assim, em um mal da mesma natureza e intensidade. Essa pretensão está estritamente relacionada com uma concepção retributiva da pena. E é essa ideia que consiste na base da primeira doutrina sobre a qualidade da pena, qual seja, a lei do talião².

A lei do talião é conhecida pela expressão “olho por olho, dente por dente”, prevendo um modelo de correspondência entre a pena e o delito, de proporcionalidade entre o fato e a resposta punitiva. Com base nessa concepção, ao autor de um homicídio, por exemplo, era aplicada a pena de morte, e ao autor de lesões físicas era aplicada a pena corporal.

¹ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 44.

² FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p.388.

Contudo, essa correspondência entre a pena e o delito não era só direta, mas também indireta ou simbólica, com a amputação da mão se o réu era um falsário, da pele se era um ladrão, da língua se praticou blasfêmia, entre outras penas³.

Ademais, com base na lei do talião, se as penas devem ter a mesma qualidade dos delitos, também devem ser de tantos tipos quanto os sejam os delitos. Sob esse aspecto, conforme Ferrajoli, ainda que isso resulte impossível, e de fato nunca tenha se dado, essa pretensão de equiparar a qualidade das penas e a qualidade do delito tem sido o principal fator de legitimação da amplitude e variedade das penas⁴.

Deve-se ainda mencionar que as primeiras referências da lei do talião estão presentes nas conotações mágico-religiosas dos ordenamentos arcaicos, desde o Código de Hammurabi⁵ até a Bíblia⁶ e a Lei das XII Tábuas⁷.

A lei do talião também foi abordada por Aristóteles e São Tomás, e perdurou ainda na Idade Moderna até Kant e Hegel, já que estes identificavam no talião o modelo de pena a ser aplicado, representando essa lei uma das crenças mais resistentes da cultura penal⁸.

Segundo Kant, por exemplo, somente a lei do talião é capaz de especificar a qualidade e a quantidade de punição, uma vez que todos os demais princípios são flutuantes e inadequados a uma sentença de pura e estrita justiça, visto que neles estão combinadas considerações estranhas. Entende que aquele que cometeu assassinato tem que morrer, e isto porque não há substituto que satisfará a justiça. Mas essa punição ao crime deve ocorrer pelas mãos do juiz, e não pelo particular, e deve ser a sentença de morte, pronunciada para todo criminoso, proporcional à sua perversidade interior. Nesse sentido, diante de assassinatos cometidos por um homem honrado e por um patife, ambos seriam punidos de maneira inteiramente proporcional se fossem igualmente sentenciados à morte. Uma vez que o homem

³ FERRAJOLI, **Derecho y razón**, p.388.

⁴ FERRAJOLI, **Derecho y razón**, p.389.

⁵ Pode-se citar como exemplo de dispositivos do Código de Hamurabi que reproduzem a lei do talião: “196º - Se alguém arranca o olho a um outro, se lhe deverá arrancar o olho; 197º - Se ele quebra o osso a um outro, se lhe deverá quebrar o osso; 200º - Se alguém parte os dentes de um outro, de igual condição, deverá ter partidos os seus dentes; 202º - Se alguém atinge uma mulher livre e a faz abortar, deverá pagar dez siclos pelo feto; 210º - Se essa mulher morre, se deverá matar o filho dele” (Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>; Acesso em: 01 de maio de 2012).

⁶ Esse entendimento é comprovado por algumas passagens constantes na Bíblia, podendo-se citar: “Mas, se houver dano grave, então, darás vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferimento por ferimento, golpe por golpe” (Antigo Testamento, Ex 21.23-25).

⁷ A Lei das XII Tábuas foi escrita na República Romana, em 450 a.C e 451 a.C, trazendo pela primeira vez o direito escrito. O texto original perdeu-se quando Roma foi incendiada em 390 a.C., só restando fragmentos transmitidos por jurisconsultos e literatos. E não há dúvidas de que a lei do talião está presente no texto da Lei das XII Tábuas, *verbis*: “Tábua Sétima, 11. Se alguém fere a outrem, que sofra a pena do Talião, salvo se houver acordo”. (Fragmento retirado de: VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Parte geral. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 69).

⁸ FERRAJOLI, **Derecho y razón**, p.388.

honrado é inegavelmente menos merecedor da punição, este seria punido brandamente do prisma de sua sensibilidade, enquanto que o patife seria punido severamente também tendo como ponto de vista a sua sensibilidade⁹.

Já de acordo com Hegel, o crime é uma negação do direito, e a pena é uma negação da negação. A pena é vista como uma exigência da razão. E nessa relação entre crime e pena, se extrai da lei do talião o elemento da igualdade. Mas essa igualdade não pode ser definida segundo o caráter específico da lesão (igualdade qualitativa), como “roubo com roubo” ou “vida com vida”. Essa igualdade deve ser uma igualdade de valor, afirmada racionalmente. Isto é, a quantidade e qualidade da pena devem ser proporcionais à intensidade da violação ao direito, e não ao mal causado. A pena não é uma retribuição do mal, mas uma reafirmação do direito. O que deve ser buscada é a justiça, e não a vingança por meio da violência¹⁰.

Enfim, o que se verifica é que os primeiros traços da proporcionalidade remontam a tempos antigos, sendo a lei do talião uma das etapas que marcou a sua evolução. Todavia, à margem dos desenvolvimentos experimentados pela proporcionalidade nesses períodos, é na filosofia do Iluminismo que se encontram as principais bases para a sua formulação atual.

1.2 Iluminismo

Até a segunda metade do século XVII tem-se uma legislação penal caracterizada pela crueldade na execução da pena (em sua maioria, corporais e aflitivas), com o objetivo apenas de intimidação e de vingança social. Tem-se um Direito desigual, cheio de privilégios, caótico e heterogêneo. O Direito era construído sobre um conglomerado de ordenações, leis arcaicas, editos reais e costumes¹¹.

O Direito Penal era marcado por sanções basicamente diferenciadas quanto às espécies, e não quanto à quantidade, de modo que um mesmo tipo de sanção era previsto para

⁹ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edições Profissionais Ltda., 2005, p. 175-177.

¹⁰ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. Trad: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 75-82.

¹¹ PRADO, Luiz Regis Prado. **Curso de Direito Penal**. Parte geral. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2006, p. 75.

inúmeros delitos. Assim, verificava-se certa dificuldade em estabelecer a proporcionalidade entre delitos e punição¹².

Contra os excessos dessa fase é que surge uma reação humanitária ou reformadora decorrente do Iluminismo. Com o Iluminismo há uma ruptura com toda justificação teleológica ou transcendente de poder, dando as bases para a afirmação do Direito e do Estado como instrumentos postos a serviço das finalidades humanas. Essa doutrina traz a visão do homem como um ser dotado de liberdade.

O ser humano deixa de ser visto como um inimigo do Estado, e passa a ser fonte e destino do seu poder, de modo que qualquer ação estatal que não se destinasse a favor do indivíduo estaria deslegitimada. Nessa nova concepção político-filosófica, o Estado deixa de ser machiavelliano, cuja autoridade advinha de um direito hereditário ou natural e podia ser exercida sem limites e em prejuízo do cidadão, e passa a ser contratualista, caracterizado pela renúncia do povo a parte de sua liberdade natural em prol de um ente maior que garantisse uma vida plena a cada indivíduo da sociedade¹³.

Assim, na filosofia penal iluminista o poder punitivo deixa de ser vinculado às preocupações éticas e religiosas, passando o delito a encontrar a sua razão de ser no contrato social violado, e a pena passa a ser concebida como uma medida preventiva¹⁴. Nasce a consciência de que o sistema criminal é o que representa as maiores violências estatais contra o individuo, pelo que deve ser tratado como ultima instância de atuação estatal na esfera de liberdade dos cidadãos¹⁵.

Esse período foi caracterizado por várias ideologias. Inicialmente se pode citar o utilitarismo, que defendia a punição de ações somente quando gerasse utilidade para a paz pública e para as finanças estatais. Outra ideologia foi a da humanidade ou leveza da pena, de acordo com a qual o soberano não deveria cominar penas mais graves do que aquelas que se apresentassem como úteis, pois penas demasiadamente graves são, pela sua natureza, inúteis. E, uma terceira ideologia foi a da proporcionalidade, sob a ideia principal de que a pena deve ser proporcional ao delito, de modo a impedir o arbítrio estatal¹⁶.

É do Iluminismo que se depreendem dois pressupostos filosófico-políticos importantes do princípio da proporcionalidade. Primeiro, a ideia de que a liberdade se

¹² GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 43.

¹³ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**. Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 70-71.

¹⁴ PRADO, **Curso de Direito Penal**, p. 76.

¹⁵ MORAES, **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**, p. 75.

¹⁶ GOMES, **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**, p. 44.

perpetua na sociedade civil como um bem inerente ao ser humano, ou seja, de que em toda associação deve ser reconhecida a possibilidade do homem de se comportar conforme os seus próprios critérios. Segundo, o entendimento, de acordo com a concepção contratualista, de que o poder estatal só pode intervir na liberdade nos casos necessários e com a magnitude imprescindível para satisfazer exigências derivadas de outros direitos ou interesses essenciais da comunidade¹⁷.

O Iluminismo forneceu os cimentos para a formulação da proporcionalidade. Passa-se a conceber os castigos e as proibições em si mesmos como males artificiais ilegítimos, pois consistem em uma limitação dos direitos dos indivíduos mediante a ameaça e o uso efetivo da força. Além disso, passa-se a condicionar a justificação das penas: à sua utilidade para prevenir condutas humanas que de forma mais grave lesionam ou representam perigos concretos para a liberdade alheia e para a convivência social; à sua necessidade, que estará configurada quando não se possa alcançar o mesmo fim através de intervenções menos drásticas; e à comprovação de que os males que se evitam são maiores do que os que são causados com os castigos e as proibições¹⁸.

Ferrajoli garante ainda que é somente nesse momento histórico que se pode afirmar a proporcionalidade, e isso porque é nessa época que foram madurados todos os demais pressupostos do Direito Penal moderno, quais sejam, a legalidade, a certeza e, principalmente, a mensurabilidade e o cálculo das penas. E a ideia de cálculo da pena do Iluminismo não mais era realizada com as antigas penas do talião, desde as corporais às capitais. O pressuposto técnico da proporcionalidade da pena surge com o advento das penas abstratas e convencionais privativas de liberdade e das penas pecuniárias. Tanto é assim que esse princípio chega a se afirmar primeiro no Código Leopoldino de 1786 e depois no Napoleônico de 1810 e em todos os sucessivos Códigos, de forma simultânea ao progressivo declive das penas corporais e à introdução das penas privativas de liberdade como penas principais¹⁹.

Por fim, diversos são os nomes que surgem durante esse período, sendo que, entre eles, pode-se citar como marco relevante na consolidação da proporcionalidade a obra do filosofo francês Montesquieu e a obra do italiano Cesare Beccaria.

¹⁷ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 45.

¹⁸ LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales. Madrid: CEPC, 2006, p. 33.

¹⁹ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p.398.

1.2.1 Montesquieu

No percurso histórico da proporcionalidade, Montesquieu é um nome de destaque, tendo oferecido relevante contribuição ao Direito Penal na sua obra *De l'esprit des lois*, sendo o primeiro trabalho que tratou especificadamente da relação de proporcionalidade entre os crimes e as penas²⁰.

Inicialmente Montesquieu defende a leveza das penas, uma vez que a severidade das penas só é conveniente nos governos despóticos, cujo princípio é o terror, não o sendo nas monarquias e nas repúblicas, que têm como motor a honra e a virtude.

Em Estados Moderados, o amor à pátria, o temor da reprovação e a vergonha são motivos repressivos que por si só são capazes de acabar com os crimes. A maior pena a uma má ação é a condenação. Nesses Estados, os bons legisladores estão mais preocupados em prevenir os crimes do que em puni-los; estão mais atentos em morigerar do que em infligir suplícios²¹.

Ressalta ainda que nos países onde as penas são suaves o espírito do cidadão é marcado por elas. Já os governos violentos querem imediatamente corrigir as más ações, e por isso estabelecem penas cruéis para acabarem com o mal no instante. Ocorre que esse mecanismo de governo se desgasta, quer dizer, a imaginação se acostuma com essas grandes penalidades e aos poucos o temor por elas também diminui. Ademais, caso se examine todos os casos de relaxamento, verifica-se que eles vêm da impunidade dos crimes e não da moderação das penas. Assim, os homens não devem ser conduzidos por vias extremas²².

Em muitas das vezes o legislador só pensa em corrigir o mal, deixando os seus olhos abertos para esse objetivo, mas os fechando para os inconvenientes. E uma vez ocorrido o mal, não se percebe mais a dureza do legislador, os espíritos estão corrompidos, acostumaram-se com o despotismo. Nesse sentido, existem dois tipos de corrupção: uma quando o povo não respeita as leis e outra quando são corrompidos pelas leis, mal esse que é incurável, pois está no próprio remédio²³.

Ademais, segundo Montesquieu, é essencial que haja harmonia entre as penas, e isso porque é preciso que se evite mais um crime grande do que um crime menor, o que mais agride a sociedade do que aquele que menos a fere. É um grande mal aplicar a mesma

²⁰ GOMES, **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**, p. 44.

²¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 93.

²² MONTESQUIEU, **O espírito das leis**, p. 95.

²³ MONTESQUIEU, **O espírito das leis**, p. 96.

pena para crimes diferentes²⁴. E conclui Montesquieu que somente quando as leis criminais tiram cada pena da natureza particular de cada crime tem-se o triunfo da liberdade. Verifica-se o fim da arbitrariedade, não advindo a pena de mero capricho do legislador, e sim da natureza da coisa; não é o homem que faz violência ao homem²⁵.

1.2.2 Cesare Beccaria

Cesare Bonessana, marquês de Beccaria, publicou na Itália em 1764 o livro *Dei delitti e delle pene*, desenvolvendo a ideia de estrita legalidade dos crimes e das penas.

Segundo Beccaria, as leis são as condições sob as quais os homens, cansados de viver em estado de guerra, se uniram em sociedade, sacrificando parte de suas liberdades para poderem gozar o restante com segurança e tranquilidade. E as penas surgiram para dissuadir o espírito despótico que cada homem tem e submetê-los às leis²⁶.

O direito de punir os delitos se fundamenta sob a necessidade de defender o depósito do bem-estar público das usurpações particulares. E tanto mais justas são as penas quanto mais inviolável e sagrada é a segurança e maior é a liberdade que o soberano garante aos seus súditos²⁷.

Somente as leis podem fixar as penas correspondentes aos delitos, sendo o legislador quem representa toda a sociedade unida pelo contrato social. E é necessário que um terceiro julgue a verdade dos fatos, de onde surge a necessidade de um magistrado. As penas atrozes são contrárias à justiça e à natureza própria do contrato. E o poder de interpretar as leis não pode recair sobre os juízes criminais – o código de leis deve deixar ao juiz apenas a tarefa de examinar e de julgar os cidadãos conforme a lei²⁸.

Beccaria afirma ainda que é do interesse comum que não se cometam delitos, mas também que estes sejam tanto mais raros quantos maiores são os males que causam para a sociedade. E é nesse sentido que deve existir uma proporção entre os delitos e as penas²⁹.

Há uma escala de desordens, sendo de primeiro grau as que destroem imediatamente a sociedade, de último grau as que causam um mínimo de injustiça possível

²⁴ MONTESQUIEU, *O espírito das leis*, p. 93.

²⁵ MONTESQUIEU, *O espírito das leis*, p. 199.

²⁶ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 63.

²⁷ BECCARIA, *Dos delitos e das penas*, p. 64.

²⁸ BECCARIA, *Dos delitos e das penas*, p. 66-68.

²⁹ BECCARIA, *Dos delitos e das penas*, p. 72.

aos membros particulares dessa sociedade, e entre esses extremos estão todas as ações opostas ao bem público – os delitos³⁰.

No caso de uma mesma pena se destinar a dois delitos que ofendem de forma desigual a sociedade, tem-se configurada uma situação em que os homens não encontrarão um obstáculo mais forte para cometer o maior delito se a isso se associar uma maior vantagem³¹.

Ressalta Beccaria que um dos maiores freios dos delitos não é a crueldade das penas, mas a infabilidade destas. A certeza de um castigo, mesmo que moderado, causa mais temor de que um castigo mais terrível unido com a esperança de impunidade - os males, mesmo que mínimos, quando são certos, atemorizam o espírito humano. Assim, para que uma pena tenha efeito basta que o mal nascido da pena exceda o bem que se obtém com o delito, sendo que é nesse excedente de mal que deve ser calculada a infabilidade da pena e a perda do bem que o delito produzirá. Tudo o que é demais é supérfluo e tirânico³².

Enfim, a crueldade da pena é por diversas vezes contrária à sua finalidade de prevenir delitos. Primeiro, porque não é fácil conservar a proporcionalidade entre o delito e a pena, pois a variedade de espécies de penas é limitada à organização e à sensibilidade humana. E ao se chegar a um ponto de crueldade extrema, não se encontrará para os delitos mais atrozes uma pena mais pesada correspondente. Segundo, porque a própria impunidade nasce da atrocidade dos suplícios, já que um espetáculo demasiado atroz para a humanidade não pode ser senão um passageiro furor, mas nunca um sistema constante³³.

1.3 Direito de polícia da Prússia

Outro período importante no desenvolvimento da proporcionalidade foi o do Direito de polícia da Prússia, que se deu no início do século XIX. A proporcionalidade “surge” como contrapeso à discricionariedade vigente na atividade administrativa.

Nesse período, a doutrina de Carl Glottlieb Svarez trouxe as noções de necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito - para saber se as intervenções estatais na liberdade eram legítimas, dever-se-ia analisar a sua intensidade e os objetivos que com ela

³⁰ BECCARIA, **Dos delitos e das penas**, p. 73.

³¹ BECCARIA, **Dos delitos e das penas**, p. 74.

³² BECCARIA, **Dos delitos e das penas**, p. 115-116.

³³ BECCARIA, **Dos delitos e das penas**, p. 117.

se pretendiam alcançar, sendo que nem todos os propósitos habilitavam o poder político a intervir na liberdade individual com igual contundência³⁴.

As restrições severas só são justificadas quando se destinam a fazer frente a graves danos ou ameaças para o bem comum, e não quando se tem apenas uma busca por incremento do bem-estar geral, da beleza, ou de outros fins secundários³⁵.

E também a ideia de adequação foi desenvolvida com nitidez na cultura jurídica da Prússia. Entendia-se que o poder delegado ao titular do poder político só era legítimo quando fosse adequado à proteção dos fins relevantes para a comunidade. No controle de qualquer de ato estatal deveria ser verificada a idoneidade, isto é, sua racionalidade teleológica³⁶.

Nesse período verifica-se uma progressiva mudança na fundamentação da proporcionalidade, uma vez que em sua concepção inicial era vista como decorrente do direito natural, enquanto que na sua concepção posterior passa a ser entendida como um limite jurídico ao poder de polícia³⁷.

Além disso, o princípio da proporcionalidade recebeu um impulso importante no final do século XIX, e isso através da jurisprudência do Tribunal Administrativo Superior da Prússia, que introduziu um controle da atividade de polícia destinado a examinar a licitude do fim perseguido e a verificar se a intensidade das medidas adotadas não excedia o exigido para o alcance de fim³⁸.

Assim, foi com o desenvolvimento da ideia de proporcionalidade que o poder de polícia deixou de ser geral e indeterminado, poder este que instrumentalizava em seu favor qualquer intervenção almejada pela autoridade, e se transformou em um poder limitado pelas normas que o reconhecem e pelos direitos individuais constitucionais, bem como passou a ser um poder controlável pelo juiz³⁹.

³⁴ SVAREZ, Carl Gottlieb, *Vorträge über Recht und Staat*, 1791. In: H. SCHNEIDER, *Zur Verhältnismäßigkeit-Kontrolle insbesondere bei Gesetzen*, p. 393, *apud* BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 46-47.

³⁵ Citações de Carl Gottlieb Svarez feitas por: KLAUS, Stern. *Zur Entstehung und Ableitung des Übermassverbots*, Munich, C.H. Beck, 1993, p. 165-175 *apud* LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 33.

³⁶ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 47.

³⁷ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 34.

³⁸ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 33-34.

³⁹ GOMES, *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*, p. 44.

1.4 Apontamentos históricos finais

A partir da sua consolidação no Direito de Polícia, a proporcionalidade sofreu uma grande expansão no Direito Público europeu. Paulatinamente, a sua aplicação vai se estendendo a todas as jurisdições administrativas europeias, sendo utilizado como instrumento para controlar a legalidade da atividade administrativa, principalmente dos atos que constituem exercício de poder discricionário. A proporcionalidade vai se transformando em um critério para controlar a observância dos direitos fundamentais por parte dos poderes públicos e, posteriormente, também por parte dos particulares⁴⁰.

Durante o século XIX, a proporcionalidade começou a ser aplicada nas diversas áreas do Direito Administrativo, sendo que a sua notável difusão se deu, principalmente, em razão da relevância que nessa época adquiriu a reivindicação dos direitos individuais frente ao Estado⁴¹. E a aplicação da proporcionalidade foi se proliferando de país em país e se difundindo ao longo não só dos diversos campos do Direito Administrativo, mas também de outros ramos do Direito, como do Direito Penal.

Com o Estado Constitucional, há a efetiva consagração da proporcionalidade. Grande referência no processo de constitucionalização é a Lei Fundamental de Bonn, Constituição alemã de 1949, e a subsequente criação do Tribunal Constitucional Federal em 1951. Outro referencial relevante é a Constituição da Itália de 1947 e instalação da Corte Constitucional em 1956. E ao longo da década de 70 tivemos a reconstitucionalização de Portugal em 1976 e da Espanha em 1978, que agregaram valor ao Direito Constitucional⁴². No Brasil, o renascimento do Direito Constitucional ocorreu com a democratização do país, que somente se deu verdadeiramente com a Constituição Federal de 1988.

A proporcionalidade passa a desempenhar um papel respeitável no Direito Inglês e na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, bem como no Direito Comunitário⁴³. A aplicação da proporcionalidade nas decisões do Tribunal Europeu foi um dos

⁴⁰ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 35.

⁴¹ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 48.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado*, n. 09, p. 01-41, 2007, p. 02. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%20C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 13/07/2011.

⁴³ A proporcionalidade foi incluída expressamente na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, em seu artigo 52.1, nos presentes termos: “Só se poderá introduzir limitações (aos direitos fundamentais garantidos pela Carta) respeitando o princípio da proporcionalidade, quando sejam necessárias e respondam efetivamente aos objetivos de interesses gerais reconhecidos pela União ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades dos demais”. Tradução livre do original: “Sólo se podrá introducir limitaciones [a los derechos fundamentales garantizados por la Carta] respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan

fatores mais determinantes de sua expansão, gerando um processo de convergência induzida entre os sistemas jurídicos dos países europeus, não só nos âmbitos do Direito Administrativo e do Direito Constitucional, mas também em outras áreas como o Direito Ambiental, Direito do Trabalho, Direito Penal e Processual Penal⁴⁴.

Por fim, cabe ainda mencionar que a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão tem sido grande percursora na aplicação da proporcionalidade no controle de constitucionalidade dos atos dos poderes públicos, mormente tendo em vista a proteção dos direitos fundamentais. E esse entendimento de submissão das intervenções estatais nos direitos fundamentais à proporcionalidade tem encontrado reconhecimento expresso em alguns documentos do Europa, podendo-se citar, além da Carta Europeia de Direitos Humanos, a Constituição de Berna de 1993⁴⁵ e a Constituição Portuguesa⁴⁶.

2 *Status jurídico da proporcionalidade*

Após todo o seu processo de construção histórica, hoje é crescente a citação à proporcionalidade na doutrina e na jurisprudência, tanto nacional quanto estrangeira. Mas, por diversas vezes, há uma aplicação confusa da proporcionalidade, e isso porque, entre outros fatores, não se deixa clara qual a sua estrutura, qual o seu fundamento de validade, bem como há a sua errônea utilização como sinônima de outras categorias.

Especialmente quanto à natureza da proporcionalidade, há uma evidente falta de consenso entre juristas – para alguns autores se trata de um princípio, para outros é uma regra, e ainda há aqueles que entendem que na verdade é um postulado normativo. E, agregando-se a essa divergência, deve-se mencionar que por diversas vezes a proporcionalidade é simplesmente citada como “princípio da proporcionalidade”, omitindo-se

efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”. (BERNAL PULIDO, **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**, p. 51).

⁴⁴ BERNAL PULIDO, **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**, p. 52.

⁴⁵ Segundo a Constituição de Berna, em seu artigo 28.3, “as limitações aos direitos fundamentais têm que ser proporcionadas”. Tradução livre do original: “Las limitaciones [a los derechos fundamentales] tienen que ser proporcionadas” (BERNAL PULIDO, **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**, p. 57).

⁴⁶ A Constituição Portuguesa, em seu artigo 18.2, dispõe que “a lei só pode restringir direitos, liberdades e garantias nos casos previstos expressamente na Constituição, devendo limitar as restrições ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses protegidos constitucionalmente”. Tradução livre do original: “La ley sólo puede restringir los derechos, libertades y garantías en los casos previstos expresamente en la Constitución, debiendo limitarse las restricciones a lo necesario para salvaguardar otros derechos o intereses protegidos constitucionalmente” (PULIDO, **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**, p. 57).

parte considerável da doutrina em explicar o porquê de ser um “princípio” e não uma “regra” ou “um postulado normativo”.

E cabe destacar que essa questão é mais controversa ainda do que parece, pois a base de toda essa discussão decorre do fato de que nem ao menos há um consenso acerca da diferenciação entre regras e princípios, e a depender da teoria que se adote a proporcionalidade pode possuir uma ou outra definição normativa.

No Brasil, por exemplo, quando se fala em proporcionalidade, o termo mais difundido é “princípio da proporcionalidade”, sendo aceito sem grandes controvérsias terminológicas. Todavia, essa utilização do termo “princípio” pode ser errônea, e isso quando se adote, por exemplo, a diferenciação entre regras e princípios difundida por Robert Alexy⁴⁷.

O que se verifica, assim, é que a busca pelo fim das imprecisões terminológicas da proporcionalidade é demasiadamente complexa e diversificada, estando diretamente relacionada aos conceitos de regras e princípios, conceitos esses que têm sido constantemente discutidos e transformados pelos juristas e pelos filósofos ao longo dos séculos.

2.1 Regras *versus* princípios

Diante do exposto acima, para que se possa compreender qual a definição jurídica da proporcionalidade, é intuitivo que se deva primeiro esclarecer algumas das diferenciações entre regras e princípios. Contudo, deve-se deixar claro, desde já, que não se tem a pretensão de exaurir essa diferenciação, pois uma reconstrução extensa das discussões acerca dessa distinção excederia os objetivos desse trabalho, de modo que o propósito é trazer adiante apenas alguns dos perfis mais citados na doutrina e na jurisprudência.

Inicialmente é necessário mencionar que normas se diferenciam dos enunciados normativos. O enunciado normativo é o texto normativo, a disposição legal, o texto de lei. A norma, por sua vez, “é o conjunto linguístico escolhido pelo legislador para formação do texto legal”⁴⁸. Desse modo, dos enunciados normativos são extraídas diversas normas, que poderão ter a estrutura de regra ou de princípio. As regras e os princípios são espécies de normas, podendo ser formulados com base em expressões deônticas como a permissão, a proibição e os mandamentos⁴⁹.

⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002, p. 25.

⁴⁸ MORAES, Presunção de inocência no processo penal brasileiro, p. 270.

⁴⁹ MORAES, Presunção de inocência no processo penal brasileiro, p. 270-271.

E quando se fala em regras e princípios, diversos são os conceitos e as diferenciações apresentadas na doutrina. As diferenciações iniciais partiam do grau de generalidade e de abstração das prescrições normativas. Conforme Josef Esser, os princípios não contêm diretamente ordens, como ocorre com relação às normas, mas apenas fundamentos, critérios para a justificação de uma ordem⁵⁰. Larenz, por sua vez, esclarece que os princípios não são formulados em normas jurídicas com previsão e consequências jurídicas claramente delimitadas, tratando-se, na verdade, de pautas de valoração que deixam em aberto diferentes possibilidades de concretização⁵¹.

Posteriormente, Ronald Dworkin, defende uma diferenciação qualitativa entre regras e princípios. Segundo o autor, tanto as regras quanto os princípios apontam para decisões particulares a respeito da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas se distinguem quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada, isto é, ou a regra é válida, e nesse caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e nesse caso em nada contribui para a decisão; os princípios, por sua vez, não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas, e sim enunciam uma razão que conduz a certa direção, mas não exige uma decisão em particular, pois pode haver outros princípios que apontem em direção contrária⁵². Além disso, os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância que as regras não possuem – quando os princípios se intercruzam, para resolver o conflito deve-se levar em conta a força relativa de cada um; já quando as regras entram em conflito, por não terem dimensão de peso, uma delas será declarada não válida, pois as regras ou são funcionalmente importantes ou são desimportantes⁵³.

Robert Alexy, partindo de considerações de Dworkin, especificou ainda mais a diferenciação. Segundo Alexy, a distinção entre regras e princípios é a principal chave para a solução de problemas da dogmática dos direitos fundamentais, sendo essencial para a construção de uma teoria adequada dos limites, da colisão e do papel que os direitos fundamentais exercem no sistema jurídico⁵⁴.

⁵⁰ ESSER, Josef. **Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts**, 4 ed, Tübingen, 1990, *apud* ÁVILA, Humberto. A distinção entre regras e princípios e redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, ano I, vol. I, nº 4, p. 01-36, julho de 2001, p. 06.

⁵¹ LARENZ, Karl. **Metodología da Ciéncia do Direito**. Trad. José Lamego. 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 1997, p. 481-482.

⁵² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39-41.

⁵³ DWORKIN, **Levando os direitos a sério**, p. 32-46.

⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003, p. 81.

E quando se fala na diferenciação entre regras e princípios, ela não é apenas de grau, ou seja, que os princípios são normas de grau de generalidade mais alto e as regras são normas com grau de generalidade mais baixo. A diferença entre essas duas espécies de norma também é qualitativa.

A distinção decisiva, segundo o autor, consiste na constatação de que os princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”⁵⁵. Tratam-se de mandados de otimização, que podem ser cumpridos em diferentes graus. Já as regras, por sua vez, são “normas que só podem ser cumpridas ou não”⁵⁶. Conforme Robert Alexy, “se uma regra é válida, então se deve fazer exatamente o ela exige, nem mais e nem menos”⁵⁷.

Havendo, assim, um conflito entre regras, a solução se dá com a introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras ou, quando isso não é possível, por meio da declaração de invalidade de uma das regras. Mas, quando a tensão é entre princípios, a solução é diversa - um dos princípios tem que ceder diante do outro, não sendo necessária a introdução de uma cláusula de exceção ou a declaração de invalidade⁵⁸.

E, ainda com relação a essa diferenciação, Alexy leciona que os princípios são razões *prima facie*, enquanto que as regras, ao menos que se tenha estabelecido uma exceção, são razões definitivas. A esse respeito, explica Virgílio Afonso da Silva que a principal diferença entre regras e princípios consiste na estrutura dos direitos garantidos - enquanto as regras garantem direitos ou impõem deveres definitivos, os princípios garantem direitos ou impõem deveres *prima facie*⁵⁹.

Ressalva Robert Alexy, todavia, que é errado pensar que todos os princípios possuem o mesmo caráter *prima facie* e que todas as regras possuem o mesmo caráter definitivo. Isto porque, no caso das regras, a introdução de uma cláusula de exceção faz com que estas percam o seu caráter estritamente definitivo. E, com relação aos princípios, o seu caráter *prima facie* é variável, podendo, por exemplo, ser reforçado por meio da introdução de

⁵⁵ Tradução livre do original: “Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posibles, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” (ALEXY, **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 86).

⁵⁶ Tradução livre do original: “Las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no” (ALEXY, **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 87).

⁵⁷ Tradução livre do original: “Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos” (ALEXY, **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 87).

⁵⁸ ALEXY, **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 88-89.

⁵⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, n. 04, p. 23-51, 2006, p. 27.

uma carga de argumentação em favor de determinados princípios ou determinados tipos de princípios⁶⁰.

Outra teoria importante a respeito da diferenciação entre regras e princípios é a do autor Humberto Ávila, por meio da qual critica a diferenciação entre regras e princípios baseada no “modo final de aplicação” e no “conflito normativo”.

De acordo com Humberto Ávila, o critério do “modo final de aplicação” precisa ser parcialmente reformulado, pois muitas vezes o caráter absoluto de uma regra pode vir a ser completamente modificado depois da consideração das circunstâncias do caso, pelo que não é adequado afirmar que as regras possuem um modo absoluto “tudo ou nada”⁶¹. Para o autor, a única diferença constatável entre regras e princípios consiste no grau de abstração anterior à interpretação, possuindo os princípios um grau de abstração maior do que as regras. E tanto os princípios quanto as regras permitem a consideração de aspectos concretos e individuais – no caso dos princípios, essa consideração é feita sem obstáculos institucionais, já que eles estabelecem um estado de coisas a ser promovido, sem descrever diretamente qual o comportamento devido; no caso das regras, essa consideração só pode ser feita com uma fundamentação capaz de ultrapassar a “trincheira” decorrente da concepção de que as regras devem ser obedecidas⁶².

Humberto Ávila afirma ainda que o critério de distinção entre regras e princípios baseado no “conflito normativo” também deve passar por um aprimoramento, pois não é adequado afirmar que a ponderação é método privativo dos princípios, e isto em razão de diversos fatores: as regras também entram em conflito sem que percam a sua validade; as regras podem ter o seu conteúdo superado diante de razões contrárias, como ocorre na relação entre a regra e as suas exceções; a atividade de ponderação das regras se verifica na delimitação de hipóteses normativas semanticamente abertas ou de conceitos jurídico-políticos, como Estado de Direito, certeza do Direito e democracia; e, ainda, a atividade de ponderação das regras é verificada na decisão sobre a aplicabilidade ou não de um precedente judicial ao caso objeto de exame, bem como na utilização de formas argumentativas como a analogia⁶³.

Ademais, ainda de acordo com Humberto Ávila, também não é correto afirmar que somente os princípios possuem uma dimensão de peso. A aplicação das regras também

⁶⁰ ALEXY, **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 99-101.

⁶¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 44-47.

⁶² ÁVILA, **Teoria dos princípios**, p. 44-49.

⁶³ ÁVILA, **Teoria dos princípios**, p. 52-58.

exige sopesamento de razões, sendo a dimensão axiológica elemento integrante de toda norma jurídica, e não apenas dos princípios. E também há incorreção ao falar que os princípios possuem uma dimensão de peso: não são os princípios que possuem uma dimensão de peso, mas às razões e aos fins aos quais eles fazem referência é que deve ser atribuída uma dimensão de importância, ou seja, a dimensão de peso não é um atributo empírico dos princípios, e sim um resultado de juízo valorativo do aplicador⁶⁴.

E, após todas essas considerações, Humberto Ávila aponta em sua teoria alguns critérios de dissociação entre regras e princípios. O primeiro critério é quanto ao modo de prescrição do comportamento: as regras são normas imediatamente descriptivas, estabelecendo obrigações, permissões e prescrições mediante a descrição da conduta a ser adotada (preveem condutas que servem à realização de fins devidos); os princípios, por sua vez, são normas imediatamente finalísticas, pois estabelecem um estado de coisas⁶⁵ para cuja realização é necessária a adoção de certos comportamentos (preveem fins cuja realização depende de condutas necessárias)⁶⁶.

O segundo critério refere-se à natureza da justificação exigida: as regras exigem para a sua aplicação uma correspondência dos fatos à descrição normativa e à sua finalidade – elemento descriptivo; nos princípios, o aplicador deve demonstrar uma correção entre os efeitos da conduta a ser adotada e a realização gradual do estado de coisas exigido – elemento finalístico⁶⁷.

E o último critério trazido por Humberto Ávila consiste na medida de contribuição para a decisão: de um lado, os princípios são normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, uma vez que, como abrangem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de trazer uma solução específica, mas sim contribuir para a tomada de decisão (pretensão de complementariedade); por outro lado, as regras são normas preliminarmente decisivas e abarcantes, pois, na medida em que pretendem abranger todos os aspectos relevantes para a tomada da decisão, têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões (pretensão terminativa)⁶⁸.

⁶⁴ ÁVILA, *Teoria dos princípios*, p. 59.

⁶⁵ Segundo o autor, “estados de coisas” é definido como “uma situação qualificada por determinadas qualidades”. O estado de coisas se transforma em um fim quando alguém aspira consegui-lo. E, nesse sentido, os princípios estabelecem um determinado estado de coisas que só será alcançado com a adoção de determinado comportamento (ÁVILA, *Teoria dos princípios*, p. 71).

⁶⁶ ÁVILA, *Teoria dos princípios*, p. 71.

⁶⁷ ÁVILA, *Teoria dos princípios*, p. 73-75.

⁶⁸ ÁVILA, *Teoria dos princípios*, p. 76-77.

Esse entendimento de Humberto Ávila, contudo, é criticado em diversos aspectos por alguns autores, entre eles Virgilio Afonso da Silva. Para Virgilio Afonso da Silva, ao se opor ao modelo de aplicação “tudo ou nada” das regras, Humberto Ávila comete uma imprecisão no uso de “tudo ou nada” como sinônimo de “imediatidade”, bem como desconsidera a trivial distinção entre norma e texto⁶⁹.

Explica esse autor que o texto é um enunciado linguístico, enquanto que a norma é o produto da interpretação desse enunciado, sendo a diferenciação entre regras e princípios uma distinção entre dois tipos de normas, e não dois tipos de textos. E isto faz com que tanto as normas como os princípios pressuponham uma interpretação prévia, o que não significa, todavia, que possuam a mesma estrutura, uma vez que após a interpretação em sentido estrito, “uma regra jurídica é já subsumível, enquanto que os princípios ainda poderão entrar em colisão com outros princípios, exigindo-se, nesse caso, que se proceda a um sopesamento para harmonizá-los”⁷⁰. Assim, “‘ser passível ou carente de interpretação’ é uma característica de textos que exprimem tanto regras quanto princípios, mas ‘ser passível ou carente de sopesamento’ é característica exclusiva dos princípios”⁷¹.

Virgilio Afonso da Silva se opõe ainda às críticas de Humberto Ávila ao “critério do conflito normativo”. Considera que o conflito de princípios em nada se iguala ao conflito entre regras, e isto porque um princípio afastado em um caso concreto não é declarado inválido, não deixando de pertencer ao ordenamento jurídico. O que ocorre é uma simples impossibilidade de aplicação de um dos princípios para a solução de um problema concreto, mas isto não significa que em outros casos esse princípio afastado não possa ser aplicado e até mesmo prevalecer ao princípio que no primeiro caso prevaleceu a ele⁷².

Além disso, segundo Virgilio Afonso da Silva, não é correto o entendimento de Humberto Ávila de que tanto os princípios como as regras devem ser aplicados de modo que o seu conteúdo seja realizado totalmente. Os deveres expressos pelos princípios são *prima facie*, a serem realizados na medida ótima diante das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, o que torna difícil afirmar que o seu conteúdo deva ser sempre totalmente realizado⁷³.

Enfim, com essa exposição, o que se pode constatar é que efetivamente não há um consenso quanto à definição dos princípios e das regras jurídicas. E é difícil haver uma só

⁶⁹ SILVA, Virgilio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais I*, Belo Horizonte, p. 607-630, 2003, p. 616/617.

⁷⁰ SILVA, Princípios e regras, p. 616/617.

⁷¹ SILVA, Princípios e regras, p. 617.

⁷² SILVA, Princípios e regras, p. 621-622.

⁷³ SILVA, Princípios e regras, p. 622.

definição de princípio porque a sua distinção das regras depende do critério distintivo empregado, do fundamento teórico utilizado e da finalidade para a qual é feita. Nesse sentido, nas palavras de Humberto Ávila, pode-se chegar a afirmar que “haveria quase tantas definições de princípios quantos são os autores que sobre eles escrevem”⁷⁴.

Apesar disto, diante da análise efetuada de algumas das teorias diferenciadoras de regras e princípios, pode-se agora adentrar no estudo sobre o *status* jurídico da proporcionalidade. E há três classificações principais da proporcionalidade, o que se desenvolve nos tópicos que se seguem.

2.2 Proporcionalidade como regra para Robert Alexy

De acordo Robert Alexy, há uma conexão entre a máxima da proporcionalidade e a teoria dos princípios, qual seja, o caráter de princípio implica a máxima da proporcionalidade, e esta implica aquele⁷⁵.

Esclarece ainda que, embora a máxima da proporcionalidade seja muitas vezes chamada de “princípio da proporcionalidade”, não se trata de um princípio no sentido por ele exposto em sua teoria. Isso porque a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são ponderadas frente a algo diferente, bem como não ocorre que em algumas vezes elas tenham preferência e em outras vezes não a tenham. Na verdade o que se pergunta com relação a essas máximas parciais é se elas são satisfeitas ou não em um caso concreto, e no caso de não terem sido satisfeitas tem-se como consequência a ilegalidade. Dessa forma, essas três máximas parciais devem ser catalogadas como regras⁷⁶.

E esse entendimento de Robert Alexy é adotado, entre outros autores, por Virgílio Afonso da Silva e por Carlos Bernal Pulido.

Virgílio Afonso da Silva explica que o chamado princípio da proporcionalidade “não pode ser considerado princípio, pelo menos não com base na classificação de Alexy, pois não tem como produzir efeitos em várias medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações”⁷⁷. Ademais, critica a afirmação de Humberto Ávila de que Alexy exclui a proporcionalidade do âmbito dos princípios sem a enquadrar em qualquer outra categoria. É verdade que Alexy afasta a ideia de que a proporcionalidade é um princípio, uma vez que essa máxima não entra em conflito com outras normas-princípios, não é concretizada em vários

⁷⁴ ÁVILA, A distinção entre regras e princípios e redefinição do dever de proporcionalidade, p. 05.

⁷⁵ ALEXY, Teoría de los derechos fundamentales, p. 110.

⁷⁶ ALEXY, Teoría de los derechos fundamentales, p. 112, nota de rodapé n. 84.

⁷⁷ SILVA, O proporcional e o razoável, p. 25-26.

graus e não é aplicada mediante a criação de regras de prevalência diante do caso concreto. Mas é inverídica a afirmação de que Alexy se omite quando à natureza da proporcionalidade, já que a classifica explicitamente como regra, citando como posicionamento semelhante o entendimento de Haverkate⁷⁸.

Ainda conforme Virgílio Afonso da Silva, a proporcionalidade é uma regra de interpretação e de aplicação do direito, que tem como objetivo fazer com que restrições aos direitos fundamentais não tomem dimensões desproporcionais – trata-se de uma restrição às restrições. E é justamente para alcançar esse objetivo que se exige que o ato estatal passe pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, três exames esses que são considerados subregras da proporcionalidade⁷⁹.

E quando a prática jurídica brasileira usa o termo “princípio da proporcionalidade”, o que busca é conferir a importância devida ao conceito, isto é, o termo é empregado com o significado de disposição fundamental. De acordo com Virgílio Afonso da Silva, não se pode exigir que o termo “princípio” seja utilizado apenas como contraposto a regra jurídica, pois isso seria querer, por exemplo, que expressões como “princípio da anterioridade” ou “princípio da legalidade” fossem abandonadas⁸⁰.

Por fim, Carlos Bernal Pulido, por sua vez, leciona que o “princípio da proporcionalidade” não se define como um princípio, no sentido de uma norma jurídica que imponha um mandado de otimização, mas sim como um conjunto de três regras. E fundamenta o seu entendimento com base na afirmação de que essas três regras, por um lado, ordenam que sejam cumpridas quando ocorrerem os pressupostos da proporcionalidade, e, por outro lado, proíbem que sejam aplicadas quando ditos pressupostos não ocorrerem⁸¹.

2.3 Proporcionalidade como postulado normativo para Humberto Ávila

Outro entendimento sobre a proporcionalidade é o do autor Humberto Ávila, o qual defende que a proporcionalidade consiste em um postulado normativo. Mas o que seriam postulados normativos?

Segundo o autor, os postulados normativos são condições essenciais para a interpretação de qualquer objeto cultural. E esses postulados podem ser meramente

⁷⁸ SILVA, *O proporcional e o razoável*, p. 25-26.

⁷⁹ SILVA, *O proporcional e o razoável*, p. 24.

⁸⁰ SILVA, *O proporcional e o razoável*, p. 26.

⁸¹ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 48.

hermenêuticos, destinados a compreensão em geral do Direito, ou aplicativos, tendo como função estruturar a aplicação correta do Direito⁸².

Os postulados se diferenciam das regras e dos princípios, uma vez que não se situam no mesmo nível, não possuem os mesmos destinatários e não se relacionam da mesma forma com as outras normas. Os postulados são normas que orientam a aplicação de outras normas e são frontalmente dirigidos ao intérprete e ao aplicador do Direito. Ademais, ao contrário dos princípios e das regras que se implicam reciprocamente, até mesmo por estarem situados no mesmo nível, os postulados normativos, uma vez situados em um meta-nível, orientam a aplicação das regras e dos princípios, sem conflituosidade necessária com outras normas⁸³. Concluindo, os postulados normativos não são regras e não são princípios.

Nesse sentido, a proporcionalidade é um postulado normativo aplicativo, na medida em que é usada para solucionar questões que surgem com a aplicação do Direito. E, assim, Humberto Ávila critica Alexy por não enquadrar a proporcionalidade diretamente em uma categoria específica, bem como critica a maior parte da doutrina que a enquadra na categoria dos princípios sem quaisquer explicações⁸⁴.

A proporcionalidade não é um princípio, pois a sua descrição abstrata não permite uma concretização gradual. A sua estrutura trifásica reproduz uma única possibilidade de aplicação, que independe das possibilidades fáticas e normativas, bem como exclui, em princípio, a necessidade de ponderação, uma vez que o seu conteúdo não será modificado no entrechoque com outros princípios⁸⁵.

E a proporcionalidade também não é uma regra jurídica. “O dever de proporcionalidade não estabelece tal ou qual conteúdo relativamente à conduta humana ou à aplicação de outras normas”⁸⁶. É por meio das condições que ele estabelece que no momento da interpretação das normas envolvidas em um caso será determinado o que é devido, permitido ou proibido. A proporcionalidade não funciona sem a complementação material de outras normas⁸⁷.

O dever de proporcionalidade consiste em um postulado normativo, impondo uma condição formal ou estrutural de conhecimento e aplicação de outras normas⁸⁸. O postulado da proporcionalidade se aplica nas situações em que há uma relação de causalidade

⁸² ÁVILA, *Teoria dos princípios*, p. 123.

⁸³ ÁVILA, *Teoria dos princípios*, p. 124.

⁸⁴ ÁVILA, *Teoria dos princípios*, p. 137.

⁸⁵ ÁVILA, *A distinção entre regras e princípios e redefinição do dever de proporcionalidade*, p. 23.

⁸⁶ ÁVILA, *A distinção entre regras e princípios e redefinição do dever de proporcionalidade*, p. 25.

⁸⁷ ÁVILA, *A distinção entre regras e princípios e redefinição do dever de proporcionalidade*, p. 25.

⁸⁸ ÁVILA, *A distinção entre regras e princípios e redefinição do dever de proporcionalidade*, p. 25.

entre dois elementos, entre um meio e um fim, de modo que se possa proceder aos exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁸⁹. Sem uma relação de meio/fim, não se pode realizar o exame da proporcionalidade.

Humberto Ávila ressalta ainda que a aplicação equivocada da proporcionalidade no direito brasileiro tem causas detectáveis. O tão chamado “princípio da proporcionalidade” não se trata de um princípio, mas de um postulado normativo aplicativo. E é por causa desse erro de classificação da proporcionalidade que a tentativa de explicação do seu fundamento jurídico-positivo de validade tem sido incongruente. A proporcionalidade não pode ser deduzida ou induzida de um ou outro texto normativo, pois na verdade ela resulta, por implicação lógica, da estrutura das normas jurídicas estabelecidas pela Constituição e da própria atributividade do Direito, que estabelece proporções entre bens jurídicos⁹⁰.

Por fim, o entendimento de Humberto Ávila não é isolado, sendo adotado, por exemplo, por Belize Câmara Correia. Para a autora, a proporcionalidade atua no estabelecimento da estrutura de aplicação de outras normas, solucionando antagonismos. E, no Direito Penal, o entrechoque ocorre entre o primado da liberdade e a potestade punitiva estatal, devendo o primeiro ceder apenas diante de elementos que evidenciem a imprescritibilidade da sua restrição para tutelar adequadamente e de forma proporcionalmente justa bens jurídicos considerados valiosos para a sociedade⁹¹.

2.4 Proporcionalidade como princípio

A expressão mais utilizada na doutrina e na jurisprudência é “princípio da proporcionalidade”. Mas apontar o porquê de se classificar a proporcionalidade como um princípio e quais os autores que compartilham desse entendimento não tão simples. E isso porque há os problemas terminológicos que giram em torno da palavra “princípio” no âmbito do Direito, não havendo um consenso sobre o seu significado.

Tem-se o conceito de princípio como espécie de norma contraposta à regra jurídica, como ocorre na classificação de Robert Alexy e demais classificações mostradas no tópico anterior; mas também se tem o conceito de princípios como “mandamentos nucleares”⁹². E a principal diferença entre ambas as propostas, segundo Virgilio Afonso da

⁸⁹ ÁVILA, *Teoria dos princípios*, p. 163.

⁹⁰ ÁVILA, *A distinção entre regras e princípios e redefinição do dever de proporcionalidade*, p. 04.

⁹¹ CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2009, p. 53.

⁹² SILVA, *Princípios e regras*, p.612.

Silva, é que o conceito de princípio na teoria de Alexy, por exemplo, não diz algo sobre a fundamentalidade da norma – assim, “um princípio pode ser um ‘mandamento nuclear do sistema’, mas pode também não o ser, já que uma norma é um princípio apenas em razão de sua estrutura normativa e não de sua fundamentalidade”⁹³.

Na literatura jurídica brasileira é predominante a definição dos princípios como “disposições fundamentais”, ou seja, os princípios seriam normas fundamentais do nosso ordenamento jurídico, enquanto que as regras são normalmente vistas como concretização desses princípios, possuindo um caráter mais instrumental e menos fundamental⁹⁴.

Tratam-se, assim, de conceitos bastante diferentes entre si, e que interferem no significado final que se atribui ao termo “princípio da proporcionalidade”.

E ao se falar na proporcionalidade como princípio o que se verifica são duas situações principais Por um lado, muitos autores se referem à proporcionalidade como princípio sem explicar o porquê dessa classificação em detrimento do *status jurídico* de regra ou postulado normativo⁹⁵.

Por outro lado, têm-se os autores que esclarecem o motivo da denominação da proporcionalidade como um princípio. Entre eles, constata-se que a maioria defende esse entendimento com base no significado de princípio como “mandamento fundamental”.

Norberto J. De La Mata Barranco afirma que a despeito da confusão terminológica que atinge os princípios, no Direito Penal é usual caracterizar os princípios como linhas orientadoras, como fundamentos das normas jurídico-penais e como limites jurídicos. E é nesse contexto que se enquadra a proporcionalidade⁹⁶.

A exigência de proporcionalidade da norma penal é um princípio com raiz constitucional, que possui um conteúdo definidor do que é o Direito Penal e limitador de qual deve ser o seu âmbito de atuação. A proporcionalidade deve ser entendida como um dos princípios básicos do Direito Penal, configurando e definindo, juntamente com o princípio da legalidade, a prática penal em um Estado Democrático de Direito, e marcando a superação do Direito Penal do Antigo Regime⁹⁷.

⁹³ SILVA, *Princípios e regras*, p.613.

⁹⁴ SILVA, *Princípios e regras*, p.612.

⁹⁵ Nesse sentido: Ulfrid Neumann fala na proporcionalidade como princípio normativo “que proíbe infligir ao indivíduo ônus que são, quanto aos objetivos perseguidos, em sentido instrumental, desnecessários e, sob aspectos normativos, inadequados” (NEUMANN, Ulfrid. O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena. Trad. Antonio Martins. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n.71, p. 205-232, março/abril 2008, p. 207).

⁹⁶ MATA BARRANCO, Norberto J. de la. **El principio de proporcionalidad penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p.60.

⁹⁷ MATA BARRANCO, **El principio de proporcionalidad penal**, p. 62-63.

Mariângela Gama de Magalhães Gomes, por sua vez, também fala na proporcionalidade como um princípio. A autora, todavia, entende que se trata de um princípio não só por ser uma das normas superiores do ordenamento jurídico, de nível constitucional, norteando toda a atividade penal, mas também por causa da sua estrutura caracterizada pela generalidade e pelo aspecto vago do que impõe (determina que a norma jurídica deve ser proporcional à situação de fato disciplinada)⁹⁸.

Conforme essa autora, o atributo de princípio à proporcionalidade deriva de uma série de constatações. A proporcionalidade representa verdadeiro *standard* jurídico vinculante a todo o ordenamento. A proporcionalidade atua por meio de mandado de otimização, no sentido de que os seus subprincípios sejam atendidos e limitem as intervenções estatais no âmbito das esferas individuais. E, ainda, a proporcionalidade desempenha indispensável função no ordenamento jurídico ao orientar na construção dos tipos incriminadores, por meio de criteriosa seleção das condutas que merecem ou não merecem essa tutela diferenciada, e ao fundamentar a diferenciação nos tratamentos penais dispensados às diversas modalidades delitivas⁹⁹.

Já Gonzalez-Cuellar Serrano sustenta que “o princípio da proporcionalidade é um princípio geral do Direito que, em sentido amplo, obriga o operador jurídico a tratar de alcançar o justo equilíbrio entre interesses em conflito”¹⁰⁰. Esse entendimento, contudo, é criticado por Carlos Bernal Pulido, afirmando que diversas são as características que diferenciam os princípios gerais do direito e o princípio da proporcionalidade. Entre elas, pode-se citar: os princípios gerais do direito estão dotados de uma vinculação jurídica autônoma, enquanto que a proporcionalidade é uma estrutura que carece de vida própria, estando sempre ligada a um substrato normativo; os princípios gerais do direito são utilizados para preencher as lacunas do ordenamento jurídico mediante autointegração, enquanto que a proporcionalidade não se aplica diante a carência de disposições jurídicas aplicáveis à situação de fato, mas sim para determinar as disposições de direito fundamental relevantes no caso¹⁰¹.

⁹⁸ GOMES, **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**, p. 59.

⁹⁹ GOMES, **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**, p. 59.

¹⁰⁰ Tradução livre do original: “El principio de proporcionalidad es un principio general del Derecho que, en un sentido muy amplio, obliga al operador jurídico a tratar de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto” (GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**. Trad. Vicente Gimeno Sendra. Madrid: Editorial Colex, 1990, p.17).

¹⁰¹ BERNAL PULIDO, **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**, p. 519-521.

3 Previsão normativa da proporcionalidade

Para encerrar o presente capítulo, torna-se necessário ainda estudar a previsão da proporcionalidade nos textos normativos do ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, inicialmente efetuar-se-á um estudo constitucional da proporcionalidade, e posteriormente buscar-se-á identificar a presença da proporcionalidade dentro do Direito Penal, após o que será possível partir para a análise específica da proporcionalidade penal nos três capítulos que se seguem.

3.1 Previsão constitucional

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, assim como as Constituições anteriores, não traz uma previsão expressa da proporcionalidade. Tal fato, contudo, não impede a afirmação do reconhecimento da proporcionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, pois se considera que está prevista de forma implícita no texto constitucional pátrio, sendo decorrente, principalmente, do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais.

E é importante esclarecer desde já que se compartilha da ideia de que é errôneo o pensamento que entende que a proporcionalidade deriva do devido processo legal substantivo, o qual invoca os ensinamentos decorrentes da doutrina e da jurisprudência dos Estados Unidos. Deve ficar claro que não é a proporcionalidade que decorre do devido processo legal substantivo e que tem a sua origem no Direito norte-americano, mas sim a razoabilidade, não se podendo confundir esses dois institutos¹⁰².

3.1.1 Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito é fruto de um processo histórico de consolidação, sendo o fim da Segunda Grande Guerra Mundial o seu principal marco constitutivo. No Brasil, com a promulgação da Constituição de 1988, tornou-se expressa a opção pelo Estado Democrático de Direito, trazendo o artigo 1º como fundamentos desse

¹⁰² Há uma tendência em se confundir a proporcionalidade com a razoabilidade, tendência esta que se verifica em diversos trabalhos acadêmicos, bem como na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Na presente pesquisa, todavia, adotar-se-á o entendimento de que se trata de dois conceitos jurídicos distintos, o que se esclarecerá no capítulo seguinte.

Estado a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Esse modelo de Estado foi precedido pelo Estado Liberal e pelo Estado Social. Em linhas gerais, o Estado Liberal era caracterizado por um modelo de Estado não intervencionista, bem como garantidor apenas formalmente dos direitos individuais. O Estado Social, por sua vez, proveniente dos movimentos revolucionários de ideal marxista, consistiu em uma intensa atividade intervventiva do Estado, com a finalidade de buscar o equilíbrio e a justiça social.

O Estado Democrático de Direito representa uma superação dessa dialética entre Estado Liberal e Estado Social, e isso porque tem compromisso com a harmonização de interesses que se situam na esfera pública, na esfera privada e na esfera coletiva¹⁰³.

Sob esse aspecto, o Estado Democrático de Direito adota do Estado Liberal a ideia de Estado de Direito, isto é, de Estado governado pelo Direito emanado da vontade geral, em contraposição ao Estado Absoluto, no qual o Direito se encontrava na mão de um ou vários homens. E do Estado Social adota o intento de derrubar as barreiras que vigiam no Estado Liberal e separavam o Estado da Sociedade, defendendo a concepção de Estado como um “motor ativo” da vida social¹⁰⁴. No Estado Democrático de Direito busca-se não apenas submeter a atuação do Estado social aos limites formais do Direito, mas também se busca a sua orientação material para a democracia real¹⁰⁵.

A noção de Estado de Direito está relacionada a um Estado onde se respeita sem condições o Direito vigente, isto é, trata-se de um Estado sem um soberano que possa suspender o Direito por sua própria vontade¹⁰⁶. E a noção de democracia está ligada à proteção da liberdade do individuo, poder este que é exercido pelos próprios cidadãos¹⁰⁷.

Assim, no Estado Democrático de Direito não há um governo dos homens, mesmo estando em maioria, e sim a supremacia das leis consideradas pela população como relevantes para a convivência pacífica em busca da felicidade. E essas leis são as leis postas a nível constitucional, com destaque para os direitos fundamentais consagrados nesse nível hierárquico¹⁰⁸.

¹⁰³ MORAES, *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*, p. 196.

¹⁰⁴ MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1994, p.32.

¹⁰⁵ MIR PUIG, *El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, p. 33.

¹⁰⁶ BARBERÁN, Pablo Marshall. El Estado de Derecho como principio y su consagración en la constitución política. *Revista de Derecho da Universidad Católica del Norte*, Chile, año 17, n. 02, p. 185-204, 2012, p. 186.

¹⁰⁷ BARBERÁN, *El Estado de Derecho como principio y su consagración en la constitución política*, p. 190.

¹⁰⁸ MORAES, *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*, p. 194.

Decorre do Estado Democrático de Direito a determinação de que o cidadão é fonte e destino dos direitos fundamentais, bem como a necessidade de que sejam definidos processos e procedimentos que possibilitem ao cidadão exercer a sua representação e participação na escolha desses direitos¹⁰⁹.

Em um Estado Democrático de Direito a lei, a democracia e os direitos fundamentais permitem a participação da vontade popular no governo, bem como são formas de limitação da arbitrariedade do Estado e de garantia da liberdade dos indivíduos.

Nesse Estado, a vigência paralela do Estado de Direito e da democracia se justifica como uma forma de reconhecer limites ao que o povo em uma democracia pode decidir, sendo esses limites dados pelos direitos fundamentais. Esses direitos devem ser protegidos da afetação arbitrária, não mais do monarca, mas agora do legislador democrático¹¹⁰.

E no que se refere ao campo penal, o Estado Democrático de Direito visa impedir que a condenação penal seja utilizada com índole política ou que seja empregada como instrumento de humilhação. Além disso, há uma distribuição do poder punitivo entre os órgãos constitucionais¹¹¹.

O Direito Penal deve se adequar à nova realidade social, devendo possibilitar a realização efetiva das garantias do Estado Democrático de Direito. Nesse Estado, busca-se aproximar ainda mais o Direito Penal dos princípios e das regras constitucionais. Seja quando da previsão em abstrato, por parte do legislador, das condutas criminosas, seja quando da aplicação em concreto, por parte do julgador, das penas abstratamente previstas, os vetores axiológicos constitucionais devem ser obedecidos.

Ocorre que o Estado Democrático de Direito, por sua própria natureza, constitui um ordenamento imperfeito, resultando impensável a absoluta harmonia de interesses e valores nos diversos níveis do sistema. E essa imperfeição, na verdade, é mérito dos ordenamentos jurídicos democráticos, uma vez que a total ausência de antinomias seria possível apenas se não se incorporasse às normas um vínculo substancial, como ocorre nos Estados Absolutos, onde as normas existem e são validas unicamente por terem sido produzidas dentro das formas determinadas¹¹².

¹⁰⁹ MORAES, **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**, p. 200.

¹¹⁰ BARBERÁN, **El Estado de Derecho como principio y su consagración en la constitución política**, p. 190-191.

¹¹¹ PALAZZO, Francesco. Estado constitucional de derecho y derecho penal. **Revista Penal**, Editorial Praxis S.A., n. 02, p. 49-60, 1998, p. 49

¹¹² BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Derechos humanos y límites de la intervención penal en Brasil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 85, p. 119-158, 2010, p. 126.

Especificadamente no Direito Penal depara-se com a seguinte ambivalência: o Estado “restringe a liberdade ao mesmo tempo em que tem por função proteger os bens jurídicos, utilizando-se do instrumento mais severo, que é a interferência nos direitos humanos dos cidadãos através da aplicação de penas”¹¹³.

E é nesse sentido que a proporcionalidade desempenha importante função, uma vez que consiste em um mecanismo para fazer frente à tensão entre democracia e direitos, bem como a sua inserção oferece adequada interpretação da estrutura normativa da teoria dos direitos fundamentais¹¹⁴.

A proporcionalidade decorre logicamente dos valores que regem o Estado Democrático de Direito. A proporcionalidade é um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, e isso por permitir o controle de discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização dos preceitos constitucionais.

A proporcionalidade constitui em uma regra de maximização da liberdade, podendo esta ser limitada, em um Estado Democrático Direito, para proteger a liberdade dos demais cidadãos e tendo como base razões proporcionais à importância do que se restringe¹¹⁵.

Cabe às garantias do Estado Democrático de Direito desempenhar a função de condicionar as intromissões e a sua intensidade a determinados pressupostos, bem como minimizá-las e controlá-las. E, nesse contexto, a máxima principal é a proporcionalidade das intervenções, determinando que estas sejam necessárias e adequadas para lograr o seu objetivo, e ainda proporcionadas em cada caso¹¹⁶.

Quanto maior seja a aplicação dos princípios fundamentais do Direito Penal, mais próximos estaremos de um Estado Social e Democrático de direito real, respeitoso aos direitos humanos¹¹⁷. Assim, o Estado Democrático de Direito deve proteger e garantir a aplicação da proporcionalidade. A exigência do seu respeito é imposta pelos preceitos constitucionais que garantem as liberdades públicas e os direitos fundamentais, bem como por

¹¹³ CAMARGO, A. L. Chaves. Bases do Direito Penal no Estado Democrático de Direito. **Revista Impulso**, Piracicaba, n. 20, v. 09, p.81-94, 1996, p.87.

¹¹⁴ LOPERA MESA, **Principio de proporcionalidad y ley penal**, p. 73.

¹¹⁵ MATA BARRANCO, **El principio de proporcionalidad penal**, p. 73.

¹¹⁶ AGUADO CORREA, Teresa. El principio de proporcionalidad en Derecho Penal: aspectos generales, p. 01. In: **El principio de proporcionalidad en Derecho Penal**. Madrid: Edersa, 1999. Disponível em:<<http://vlex.com/vid/298553>>. Acesso em: 15 de maio de 2012.

¹¹⁷ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. **Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. Princípios fundamentais e sistema. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 192.

aqueles que permitem a interposição de recursos constitucionais em sua defesa. A justiça e a liberdade são valores superiores do ordenamento jurídico, e ambos são pilares básicos para a vigência da proporcionalidade¹¹⁸⁻¹¹⁹.

3.1.2 Direitos Fundamentais

A compreensão dos direitos fundamentais está diretamente ligada à noção de pessoa humana e de dignidade humana. E quando se fala em pessoa humana, há duas concepções possíveis, quais sejam: a insular e a monista.

A concepção insular é baseada na ideia do homem como razão e vontade ou do homem como autoconsciência, e a dignidade humana é entendida como autonomia individual ou autodeterminação. Ademais, trata-se de uma concepção dualista, isto é, o homem e a natureza não se encontram, pois eles estão em níveis diversos, são respectivamente sujeito e objeto¹²⁰.

Já a concepção monista é a concepção de uma nova ética, fundada no homem como participante do influxo vital, e tendo como nota diferenciadora a capacidade do homem de reconhecer no outro um igual, de usar a linguagem, de dialogar e de amar. E a dignidade da pessoa é entendida como qualidade do ser vivo, capaz de dialogar. Além disso, essa concepção é monista, ou seja, entende que o homem faz parte da natureza, não sendo o único ser inteligente e capaz de querer, bem como não é o único ser dotado de autoconsciência¹²¹.

E, diante desses atributos intrínsecos da pessoa humana, o Direito é chamado a garanti-los e a promovê-los. Mas essa concepção de pessoa impede que indivíduo seja considerado objeto da norma ou da política pública do Estado, devendo ser reconhecida a sua condição de sujeito no contexto social – a pessoa é destinatária da norma jurídica¹²².

¹¹⁸ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, p.53-54.

¹¹⁹ Nesse ponto é preciso mencionar que, embora alguns autores não façam essa diferenciação, para parcela da doutrina o que se verifica hoje é uma mudança para o chamado Estado Constitucional de Direito. No Estado Constitucional, a Constituição está no centro do ordenamento, sendo claro os fenômenos de constitucionalização do direito (consagração de princípios e garantias de outros ramos do direito na Constituição) e de filtragem constitucional (interpretação de outros ramos do direito à luz da Constituição). Nesse sentido, segundo Francesco Palazzo, verifica-se uma tendência de transição do Estado Democrático de Direito ao Estado Constitucional. E nesse Estado Constitucional, além das garantias formais presentes no Estado Democrático de Direito, tem-se também garantias materiais ou de conteúdo - isto é, esse tipo de Estado não se limita a disciplinar a organização dos poderes do Estado e a participação popular, contendo também enunciados de valores fundamentais impostos a todo o ordenamento jurídico (PALAZZO, *Estado constitucional de derecho y derecho penal*, p. 49).

¹²⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista USP*, São Paulo, n. 53, p. 90-101, 2002, p. 92.

¹²¹ AZEVEDO, *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*, p. 100.

¹²² BECHARA, *Derechos humanos y límites de la intervención penal en Brasil*, p. 127.

Sob essa ótica, os direitos fundamentais buscam proteger os interesses do individuo frente ao poder estatal e também frente a outros particulares. Os direitos fundamentais visam garantir ao ser humano o respeito à vida, à liberdade, à dignidade e à igualdade, e isso para o pleno desenvolvimento de sua personalidade¹²³.

Os direitos fundamentais são aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados no direito constitucional positivo de determinado Estado¹²⁴. São direitos fundamentais os “direitos subjetivos que as normas de um determinado ordenamento jurídico atribuem universalmente a todos enquanto pessoas, cidadãos e/ou pessoas capazes de agir¹²⁵”.

Trata-se de posições jurídicas individuais face ao Estado, isto é, são trunfos contra o Estado. Ter um direito fundamental significa ter uma posição, juridicamente garantida, forte, entrincheirada, contra as decisões da maioria política, bem como ter uma particular e concretizada posição de autonomia e liberdade que o Estado de Direito está igualmente vinculado a proteger contra ameaças ou lesões provindas de terceiros¹²⁶.

Há um nexo de “interdependência genética e funcional” entre Estado Democrático de Direito e direitos fundamentais, porque esses direitos impõem uma gama de valores básicos a serem respeitados e efetivados¹²⁷. Os direitos fundamentais “formam o âmago irredutível do Estado Democrático de Direito e, no âmbito formal, constituem-se em cláusulas pétreas não suprimíveis nem mesmo por força de emenda constitucional”¹²⁸. O quadro axiológico que caracteriza o Estado como Democrático de Direito é exteriorizado por meio dos direitos e garantias do indivíduo¹²⁹.

Ademais, os direitos fundamentais são frutos de um processo histórico de afirmação, ou seja, os direitos fundamentais não foram simplesmente dados pelo Estado aos cidadãos, mas sim são decorrentes de anos de lutas pela sua afirmação. Nesse sentido, como diz Ingo Sarlet, o processo de reconhecimento histórico dos direitos fundamentais é dinâmico e dialético, pois é marcado por avanços, retrocessos e contradições; os direitos fundamentais são decorrentes de situações de injustiça e/ou de agressão a bens fundamentais do ser humano¹³⁰. São direitos históricos que “emergem gradualmente das lutas que o homem trava

¹²³ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 34.

¹²⁴ SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 29.

¹²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trad. Antonio de Cabo e Gerardo Pisarello. 4 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 291.

¹²⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.33.

¹²⁷ MORAES, *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*, p. 197.

¹²⁸ MORAES, *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*, p. 199.

¹²⁹ BECHARA, *Derechos humanos y límites de la intervención penal en Brasil*, p. 123.

¹³⁰ SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 53.

por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem”¹³¹.

E justamente por serem direitos históricos é que os direitos fundamentais não podem ser entendidos como imutáveis, já que variam conforme o tempo e a sociedade. “O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”¹³². Além disso, assim como os demais direitos, os direitos fundamentais não são absolutos. Os direitos fundamentais podem entrar em concorrência com outros direitos também considerados fundamentais, não apresentando fundamentos absolutos que não permitam uma justificação válida para a sua restrição¹³³.

Há limites à extensão de um direito fundamental quando se torne necessário salvaguardar outro direito também fundamental. Ressalte-se que essa delimitação do âmbito de um direito fundamental é extremamente variável e não pode ser estabelecida de forma definitiva, devendo ser analisada cada situação concreta. E é sob esse aspecto que os direitos fundamentais estão relacionados com o princípio da proporcionalidade, já que este atua de modo a solucionar os conflitos de extensão entre os direitos do homem.

Ademais, no caso do Direito Penal, o princípio da proporcionalidade é um dos mecanismos que limitam a intervenção estatal, de modo que não sejam criados tipos ou aplicadas imputações que intervenham de modo excessivo nos direitos fundamentais do cidadão. O princípio da proporcionalidade decorre, assim, da necessidade de tutela dos direitos fundamentais.

Ocorre que não é sempre que será possível defender os direitos fundamentais como fundamento jurídico da proporcionalidade, pois essa afirmação depende do entendimento que se adote destes direitos. Por um lado, caso se entenda que não existem conflitos genuínos entre os direitos fundamentais, não há que se recorrer à máxima da proporcionalidade. Por outro lado, caso se adote uma visão conflitista dos direitos fundamentais, a proporcionalidade passa a ser vista como importante ferramenta para a delimitação do conteúdo desses direitos e para a solução de possíveis conflitos que surjam em um caso concreto.

¹³¹ BOBBIO, Noberto. Presente e futuro dos direitos do homem. In: **A Era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 2004, p. 51.

¹³² BOBBIO, Noberto. Sobre os fundamentos dos direitos do homem. In: **A Era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 38.

¹³³ BOBBIO, Sobre os fundamentos dos direitos do homem, p. 40-41.

3.1.2.1 Visão coerentista

A visão coerentista dos direitos fundamentais nega a existência de conflito entre esses direitos, bem como rechaça a aplicação da proporcionalidade para o juízo de ponderação.

Essa visão não é formada por um conjunto homogêneo de posturas, mas sim por posicionamentos diferenciados de autores de diversa procedência, como Jürgen Habermas, Luigi Ferrajoli, Friedrich Müller, Juan Cianciardo, Fernando Toller, entre outros¹³⁴. Assim, se deve esclarecer que aqui não será abordada de modo específico a postura de cada um desses autores, mas apenas apresentados os seus elementos em comuns e em que essas concepções influenciam na máxima da proporcionalidade.

A visão coerentista dos direitos fundamentais critica a construção da estrutura normativa desses direitos como um conjunto de normas que se conjugam em regras e princípios, concebendo-os apenas como regras suscetíveis de aplicação tudo ou nada¹³⁵. Essa perspectiva supõe entender que toda posição pertencente ao âmbito de aplicação de uma norma de direito fundamental se beneficia de uma proteção plena e, como consequência, que toda posição que excede dito conteúdo deve ser considerada fora do mundo dos direitos¹³⁶.

Ademais, a visão coerentista dos direitos está em relação direta com a teoria estrita do suporte fático¹³⁷ dos direitos fundamentais. A principal característica dessa teoria é a não-garantia a algumas ações, estados ou posições jurídicas que poderiam ser, em abstrato, subsumidas no âmbito de proteção das normas de direitos fundamentais¹³⁸. Há exclusões *a priori*, não importando as peculiaridades que possam ocorrer em um caso concreto.

¹³⁴ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 143.

¹³⁵ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 144.

¹³⁶ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 145.

¹³⁷ Conforme Virgílio Afonso da Silva, o conceito de suporte fático é quase desconhecido no direito constitucional brasileiro, embora seja no âmbito dos direitos fundamentais que esse conceito tenha a sua aplicação por excelência. No âmbito jurídico brasileiro, o seu uso é limitado quase que apenas ao Direito Penal, onde é chamado também de tipo, ao Direito Tributário, onde costumam ser preferidos os termos fato gerador e hipótese de incidência, e ao Direito Civil, sobretudo entre os civilistas influenciados por Pontes de Miranda. Quanto ao significado de “suporte fático”, no caso das disposições de Direito Penal, o preenchimento do suporte fático de uma norma é a condição para que a sua consequência jurídica possa ocorrer. Já com relação às disposições que consagram direitos fundamentais, a definição de suporte fático é menos intuitiva, sendo necessário responder a quatro perguntas: “o que é protegido?”, “contra o quê?”, “qual é a consequência jurídica que poderá ocorrer?”, e “o que é necessário ocorrer para que a consequência possa também ocorrer?”. O suporte fático são os elementos que, quando preenchidos, dão ensejo à realização do preceito da norma de direito fundamental. Deve-se entender por suporte fático não apenas a soma do âmbito de proteção (o que é protegido pela norma) e da intervenção estatal (aquel contra o qual é protegido), mas também a ausência de fundamentação constitucional (ausência de fundamentação constitucional para a intervenção, pois, nesse caso, não se estaria diante de uma intervenção, mas sim de uma restrição constitucional ao direito fundamental) (SILVA, *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, p. 29-31).

¹³⁸ SILVA, *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, p. 32.

E, ainda, também decorre da visão coerentista dos direitos fundamentais a teoria interna dos limites, da qual se infere que esses direitos são ilimitáveis externamente, uma vez que quando há a determinação do conteúdo dos direitos fundamentais também já há a delimitação dos seus limites.

Entende-se que os direitos fundamentais incorporam os seus próprios limites e, sendo assim, é excluída a possibilidade de uma ulterior limitação por parte do legislador. Cabe ao legislador em sua atividade não adicionar novas restrições aos direitos, mas sim concretizar os limites que esses direitos já levam com eles mesmos¹³⁹.

A possibilidade de o legislador efetuar restrições aos direitos fundamentais violaria a hierarquia das fontes do direito, trazendo como consequência a supervalorização da lei e de normas infraconstitucionais em detrimento das normas constitucionais.

Assim, de acordo com essa teoria, “um direito fundamental existe desde sempre com o seu conteúdo determinado, afirmado-se mesmo que o direito já ‘nasce’ com os seus limites”¹⁴⁰. Fala-se em limites imanentes, isto é, fronteiras implícitas, de natureza apriorística, e que não se confundem com as restrições, pois estas são compreendidas como desvantagens normativas impostas externamente aos direitos, o que não se pode admitir¹⁴¹.

Enfim, todas essas características levam à conclusão de que não há que se falar em restrição a direitos fundamentais, bem como em sopesamento. Não há conflito entre direitos fundamentais, mas sim situações em que o próprio preceito constitucional não protege determinadas formas de exercício do direito fundamental.

Quando da análise de constitucionalidade de uma intervenção em um direito fundamental, o que se procura não é resolver uma colisão entre o princípio jusfundamental afetado pela intervenção e o princípio que fundamenta dita intervenção. Na verdade, o que deve ocorrer é uma interpretação¹⁴² de modo adequado dos preceitos constitucionais, para que assim se possa estabelecer qual é o verdadeiro alcance do direito alegado e verificar se a posição afetada pela norma invocada pertence em realidade ao âmbito protegido pelo direito ou se trata apenas de um exercício aparente do mesmo¹⁴³.

E, em assim sendo, rejeita-se a aplicação da proporcionalidade. Se não há conflito real entre as normas fundamentais, mas apenas conflito aparente, bem como se todo o

¹³⁹ LOPERA MESA, **Principio de proporcionalidad y ley penal**, p. 148.

¹⁴⁰ SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 388.

¹⁴¹ SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 388.

¹⁴² Cabe esclarecer que, segundo essa teoria, a interpretação não deverá ser realizada de modo literal e isolada, mas sim considerando todos os demais preceitos constitucionais.

¹⁴³ LOPERA MESA, **Principio de proporcionalidad y ley penal**, p. 150-151.

conteúdo do direito fundamental já vem delimitado *prima facie* pelo legislador, não há que se falar em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

3.1.2.2 Visão conflitista

A visão conflitista, por sua vez, admite a existência de conflito entre as normas de direitos fundamentais, bem como recorre ao uso da proporcionalidade para a determinação do conteúdo desses direitos e para a solução dos conflitos que possam surgir diante de um caso concreto. E, entre as posições que se enquadram nessa visão, pode-se citar, por exemplo, Robert Alexy, bem como os posicionamentos de Carlos Bernal Pulido e de Gloria Patrícia Lopera Mesa.

De acordo com a visão conflitista, as disposições fundamentais não possuem uma estrutura normativa única de regras. Os direitos fundamentais são vistos como estruturas normativas complexas, conjugando normas dotadas de validade *prima facie* (princípios) e de validade definitiva (regras)¹⁴⁴.

Para Alexy, por exemplo, das disposições de direitos fundamentais são derivadas um jaz de posições e de normas jusfundamentais, às quais se atribui a denominação de “direito fundamental como um todo”. O “direito fundamental como um todo” se estrutura como um conjunto de posições e normas vinculadas interpretativamente a uma disposição de direito fundamental. E esse jaz que constitui o “direito fundamental como um todo” inclui tanto posições definitivas quanto posições *prima facie*. Assim, o direito fundamental como um todo é composto por distintas posições do cidadão e do Estado, e entre essas posições existem relações de precisão e relações de ponderação¹⁴⁵⁻¹⁴⁶.

E a visão conflitista está relacionada à teoria ampla do suporte fático. De acordo com essa teoria, definir o que é protegido por um direito fundamental é apenas um primeiro passo, e isso porque as condutas ou as situações abarcadas pelo âmbito de proteção de um direito fundamental ainda dependerão eventualmente de um sopesamento em situações

¹⁴⁴ LOPERA MESA, **Principio de proporcionalidad y ley penal**, p. 135.

¹⁴⁵ ALEXY, **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 240-245.

¹⁴⁶ A esse respeito, cabe trazer a diferenciação existente entre disposições, normas e posições de direito fundamental. As disposições de direito fundamental são os enunciados constitucionais que tipificam os direitos fundamentais. Ocorre que essas disposições, em sua grande maioria, apresentam um grau elevado de indeterminação normativa, de modo que de cada uma delas podem ser adstritas uma multiplicidade de normas de direito fundamental. As normas de direito fundamental são, assim, o conjunto de significados prescritivos das disposições de direito fundamental, isto é, são um conjunto de proposições que prescrevem o dever ser estabelecido pelas disposições fundamentais da Constituição. Por fim, as posições de direito fundamental são as relações jurídicas entre os indivíduos ou entre os indivíduos e o Estado (BERNAL PULIDO, **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**, p. 82-89).

concretas, antes de se decidir pela proteção definitiva ou não¹⁴⁷. Esse conteúdo de proteção inicialmente definido conta apenas com validez *prima facie*, uma vez que da análise de um caso concreto poderão ser opostas razões à proteção desse direito¹⁴⁸.

Além disso, também decorre da visão conflitista a teoria externa de limite dos direitos fundamentais. Segundo essa teoria, os direitos fundamentais são diferenciados das restrições que são a eles impostas. Inicialmente, há a existência de um direito ilimitado que, posteriormente, se transforma em um direito limitado em razão das restrições que lhe são cominadas.

Assim, o processo de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais é bifásico. Na primeira fase, verifica-se se a situação concreta analisada se insere ou não no conteúdo do direito fundamental *prima facie* e se o direito *prima facie* foi restringido por limites externos impostos por outros direitos ou princípios constitucionais. Na segunda fase, deve-se sopesar o direito *prima facie* com direitos ou princípios constitucionais contrapostos, de modo a identificar o direito definitivo¹⁴⁹.

Para Ingo Sarlet, a teoria externa é mais apta para a reconstrução das colisões de direitos fundamentais, uma vez que traz a necessidade de imposição de limites a tais direitos, de modo que possa ser assegurada a convivência harmônica entre seus respectivos titulares no âmbito da realidade social¹⁵⁰.

Robert Alexy, por sua vez, afirma que a polêmica entre a teoria interna e a teoria externa não é apenas uma polêmica entre questões conceituais e problemas de construção. Segundo o autor, quem sustenta uma teoria individualista do Estado e da sociedade tende à teoria externa; já quem se interessa na posição de membro de uma comunidade tende à teoria interna¹⁵¹. E Alexy entende ser mais adequada a teoria externa por serem restriníveis os bens jusfundamentalmente protegidos (liberdades/situações/posições de direito ordinário) e as posições *prima facie* concedidas por princípios jusfundamentais¹⁵².

Por fim, somente com a adoção da visão conflitista dos direitos fundamentais é que se pode defender a aplicação da proporcionalidade na proteção desses direitos face às restrições impostas pelo Estado ou por outro particular. A proporcionalidade analisa a relação de um direito com os demais direitos e bens, e assim estabelece uma relação de preponderância entre todos eles.

¹⁴⁷ SILVA, O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais, p. 34.

¹⁴⁸ LOPERA MESA, Principio de proporcionalidad y ley penal, p. 136.

¹⁴⁹ LOPERA MESA, Principio de proporcionalidad y ley penal, p. 137.

¹⁵⁰ SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 389.

¹⁵¹ ALEXY, Teoria de los derechos fundamentales, p. 269.

¹⁵² ALEXY, Teoria de los derechos fundamentales, p. 271-272.

A proporcionalidade é vista como uma estrutura argumentativa que se propõe a articular o debate entre razões contra e a favor da restrição de um direito fundamental. A proporcionalidade permite apresentar e contrapor as razões que respaldam a enquadrar a posição objeto de controversa ao âmbito de proteção definitiva do direito invocado, bem como as razões que, pelo contrário, levam a considerar a sua exclusão do âmbito de proteção definitivo tendo como justificativa a proteção de outro bem ou direito que à luz das circunstâncias do caso tem um maior peso¹⁵³.

Ademais, conforme Bernal Pulido, a proporcionalidade tem a função de estruturar o procedimento interpretativo para a determinação do conteúdo dos direitos fundamentais que resulta vinculante para o legislador, bem como a função de fundamentar dito conteúdo nas decisões a respeito da constitucionalidade das leis¹⁵⁴.

Assim, o princípio da proporcionalidade atua como limite às intervenções nos direitos fundamentais. E, na busca da tutela desses direitos, na seara do Direito Penal o princípio da proporcionalidade intenta impedir a adoção de um intervencionismo que restrinja a liberdade do indivíduo mais além do necessário para a sua própria proteção e de outros indivíduos.

3.2 Previsão penal

O Direito Penal deve conformar o seu âmbito de atuação ao preconizado pela Constituição. E, em sendo assim, não há dúvidas de que o princípio da proporcionalidade deve ser observado na esfera penal, mormente quando diante da constatação de que os fundamentos jurídicos para a aplicação desse princípio decorrem de preceitos constitucionais.

Há primazia das normas constitucionais sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico. As normas infraconstitucionais são hierarquicamente inferiores, na medida em que extraem o seu fundamento de validade, direta ou indiretamente, da Constituição.

Logo, o Direito Penal, assim como os demais ramos da Ciência Jurídica, pressupõe, necessariamente, a sua filtragem constitucional. Seja quando da previsão em abstrato, por parte do legislador, das condutas criminosas, seja quando da aplicação em concreto, por parte do julgador, das sanções abstratamente previstas, os vetores axiológicos

¹⁵³ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 166-167.

¹⁵⁴ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 81.

constitucionais devem ser obedecidos. E entre esses vetores axiológicos temos o princípio da proporcionalidade.

Toda intervenção estatal que incida limitando os direitos individuais, como a intervenção penal, deve ser vinculada a exigências materiais que derivam do valor justiça, e a proporcionalidade é uma dessas exigências¹⁵⁵. Uma intervenção penal justificada na finalidade de proteger interesses do cidadão não pode legitimar privações inidôneas, desnecessárias ou desproporcionais de direitos¹⁵⁶.

Ademais, além de sua previsão constitucional, que obriga sua observância por todos os ramos do Direito, a proporcionalidade é encontrada dentro do próprio Direito Penal. A proporcionalidade há tempos é querida no Direito Penal, constituindo um dos seus vetores básicos, formando parte dos “pressupostos técnico-jurídicos que configuram a natureza, as características, os fundamentos, a aplicação e a execução do Direito Penal”¹⁵⁷.

A proporcionalidade, de uma maneira implícita ou explícita, está presente no momento da decisão de incriminação de um comportamento, nas modificações dos elementos objetivos do tipo, na previsão ou concreção de uma causa de justificação e na determinação da pena¹⁵⁸.

A proporcionalidade se aloca dentro do tipo penal, sendo encontrada na tipicidade, na antijuridicidade e na relação entre delito e consequência jurídica. Primeiro, a proporcionalidade atua como limite à criminalização de condutas pelo legislador por meio do Direito Penal¹⁵⁹. Nesse ponto, a proporcionalidade está relacionada com outros importantes princípios penais, quais sejam, princípio da intervenção mínima e princípio da lesividade.

Segundo, afirmada a tipicidade de uma conduta, no âmbito da antijuridicidade se deve comprovar a ausência de causas de justificação, campo no qual apresentam papel fundamental a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito como critérios de ponderação de interesses¹⁶⁰.

O Código Penal Brasileiro, em seu artigo 25, por exemplo, dispõe que “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele

¹⁵⁵ MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, p. 84/85.

¹⁵⁶ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Questões fundamentais da responsabilidade penal pelo produto defeituoso. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, p. 177-219, agosto de 2011, p. 192.

¹⁵⁷ MARTOS NÚÑEZ, Principios penales. *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XX, Ed. Seix, Barcelona, 1993, p. 503, *apud* MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, p. 63.

¹⁵⁸ LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La proporcionalidad de la norma penal*, p. 245.

¹⁵⁹ SANCHEZ GARCIA DE PAZ, M. Isabel. *El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho penal*. *La Ley*, n. 4, 1994, p. 1118 *apud* AGUADO CORREA, Teresa. *Proporcionalidad y derecho penal*, p. 02. In: *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999. Disponível em:<<http://vlex.com/vid/298553>>. Acesso em: 15 de maio de 2012.

¹⁶⁰ AGUADO CORREA, *Proporcionalidad y derecho penal*, p. 02.

injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. Assim, a legítima defesa deve ser necessária para afastar a agressão, bem como deve haver certa proporcionalidade entre a agressão e a reação defensiva.

Também do estado de necessidade se pode extrair a previsão da proporcionalidade penal. O Código Penal, no artigo 24, disciplina esse instituto justificante: “considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”.

Através da leitura desse artigo, segundo Juarez Cirino dos Santos, se extrai então que a ação de proteção do bem jurídico deve ser necessária para afastar ou excluir o perigo, bem como apropriada para proteger o bem jurídico com menor lesão em bens jurídicos alheios¹⁶¹, ficando assim clara a presença da proporcionalidade penal.

E, ainda, a proporcionalidade também é encontrada na relação entre o delito e a sua consequência jurídica. A proporcionalidade penal aqui está relacionada com o princípio da individualização da pena, atuando na ponderação entre a gravidade do mal produzido pela conduta típica e a sanção penal a ser prevista e aplicada.

Nesse sentido, pode-se arriscar afirmar a previsão da proporcionalidade no artigo 59 do Código Penal Brasileiro¹⁶², o qual dispõe sobre a fixação da pena conforme seja necessário e suficiente para a reprevação e a prevenção do crime.

Rogério Greco fala ainda que na legislação penal brasileira se tem a hipótese do perdão judicial, por exemplo, que corrobora com a tese de que nem sempre a pena se mostrará necessária, mesmo que se esteja diante de uma conduta típica, ilícita e culpável. Tal ocorre nas circunstâncias previstas no artigo 121, §5º do Código Penal, que dispõe que o juiz poderá deixar de aplicar a pena se as consequências da infração atingirem o agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária¹⁶³.

Concluindo, o que se verifica é que a despeito da ausência de um artigo específico dispondo sobre a proporcionalidade e os seus subprincípios (idoneidade,

¹⁶¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. Parte Geral. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006, p.243.

¹⁶² Código Penal, Art. 59. “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprevação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; II – a quantidade de pena-base aplicável dentro dos limites previstos; III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.”

¹⁶³ GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio**. Uma visão minimalista do Direito Penal. 4^a ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 101.

necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) no Código Penal Brasileiro, ela pode ser extraída de vários dispositivos, sendo a todo momento invocada pelas normas penais.

4 Esclarecimentos finais

Na presente pesquisa passar-se-á a utilizar, doravante, a expressão “princípio da proporcionalidade”. E ao se falar em “princípio” não se está a referir à diferenciação entre regras e princípios trazida pelos autores, mas sim se busca deixar clara a importância e a amplitude da proporcionalidade.

Adota-se nesse sentido o entendimento de Virgilio Afonso da Silva, segundo o qual “mais importante do que a ingênua ambição de querer uniformizar a utilização do termo ‘princípio’ é deixar claro que ele, na expressão ‘princípio da proporcionalidade’, não tem o mesmo significado de ‘princípio’ na distinção entre regras e princípios”¹⁶⁴.

Ademais, será adotada a visão conflitista dos direitos fundamentais, e não a concepção coerentista. Parte-se do entendimento de que os direitos fundamentais podem vir a ser limitados em decorrência de outros direitos, e que a proporcionalidade atua para evitar que essas restrições tomem dimensões desproporcionais.

¹⁶⁴ SILVA, O proporcional e o razoável, p. 26.

CAPÍTULO II PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL

1 Conceito do princípio da proporcionalidade penal

Inicialmente a proporcionalidade no pensamento penal estava vinculada principalmente à correspondência entre a gravidade da sanção penal e os fatos castigados. A proporcionalidade orientava a seleção e a aplicação das consequências jurídicas relacionadas à prática de um delito, sem interferir na prévia eleição dos objetos de tutela penal e nem nas condutas objeto de incriminação¹⁶⁵.

Com o Iluminismo, o princípio da proporcionalidade recebe um impulso importante, juntamente com o amadurecimento dos demais pressupostos do Direito Penal moderno, quais sejam, a legalidade, a certeza e a mensurabilidade e cálculo das penas. A gravidade da pena passa a depender não apenas da importância do bem afetado com a sua imposição, mas também da quantidade dessa afetação. E os critérios para determinar a gravidade do delito passam a ser distintos, de acordo com as exigências do princípio da proporcionalidade no momento de criação dos tipos penais (proporcionalidade abstrata) ou no momento de sua aplicação judicial (proporcionalidade concreta)¹⁶⁶.

A proporcionalidade em abstrato atua na fase de criação dos tipos penais, exigindo que haja relação entre a gravidade da conduta tipificada e a quantidade e qualidade da sanção prevista para este. A proporcionalidade em concreto atua no momento de determinação da pena em um caso concreto, estabelecendo que o juiz mensure a pena de acordo com as características do caso.

Mas o significado moderno do princípio da proporcionalidade vai além dessa ideia de proporcionalidade da pena tendo como base o delito praticado e a quantidade/qualidade da pena. Com os anos foi ampliado o conteúdo do princípio da proporcionalidade, passando esse a ser um instrumento indispensável no controle das intervenções nos direitos fundamentais.

O Direito Penal consiste na forma mais violenta de intervenção estatal na esfera privada, atingindo de forma direta os direitos fundamentais. Diante disto, o princípio da proporcionalidade atua de modo a aferir a pertinência ou não de se limitar determinado direito fundamental como, por exemplo, o direito de liberdade, em detrimento de outro direito.

¹⁶⁵ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 172.

¹⁶⁶ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 174-175.

Passa-se a falar em “princípio da proporcionalidade em sentido amplo”, o qual é decomposto nos subprincípios da idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, sendo este último coincidente com o antes chamado “princípio da proporcionalidade das penas”¹⁶⁷.

Por meio da proporcionalidade em sentido amplo se afere se uma norma penal é proporcional ou não, e isso através de três níveis diversos: sopesamento entre a gravidade dos meios empregados e o resultado que se almeja; verificação da indispensabilidade da sanção penal, analisando, por meio de um juízo comparativo, se a sociedade não dispõe de outro meio capaz de proteger o interesse ameaçado de um modo menos agressivo à liberdade individual; e análise da relação entre o delito e a pena, ponderando se as vantagens trazidas pela pena são superiores às desvantagens que a mesma acarreta¹⁶⁸.

A proporcionalidade serve de proteção da norma fundamental, atuando como controle de constitucionalidade. No campo legislativo-abstrato, o controle de constitucionalidade das normas pela proporcionalidade se mostra relevante para verificar se a elaboração legislativa apresenta justificação constitucional. No plano concreto de aplicação das normas, a proporcionalidade analisa se aplicação da norma foi excessiva ou abusiva¹⁶⁹.

É por meio do princípio da proporcionalidade que se conecta os fins do Direito Penal com o fato cometido pelo delinquente, impedindo-se o estabelecimento de cominações penais que não possuam uma relação valorativa com o fato considerado em seu aspecto global.

O princípio da proporcionalidade atua como um limite material à intervenção penal. Pode-se falar em limite dos limites, ou seja, refere-se a um limite a ser imposto às limitações de direito pelo Estado. Mas é claro que o princípio da proporcionalidade não é o único limite ao Direito Penal, reconhecendo os penalistas outros limites materiais, como os princípios da intervenção mínima, da lesividade e da exclusiva proteção de bens jurídico-penais, limites estes que podem vir a complementar o conceito do princípio da proporcionalidade em sentido amplo¹⁷⁰.

Por fim, cabe mencionar que o juízo de proporcionalidade da norma penal é realizado tendo como base a conjuntura política, social e criminal concreta, de modo que não é um juízo de proporcionalidade absoluto. O que há é “juízo de proporcionalidade temporal,

¹⁶⁷ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 227.

¹⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona: Jose María Bosch Editor S.A, 1992, p. 260.

¹⁶⁹ MORAES, *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*, p. 311-312.

¹⁷⁰ MIR PUIG, *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho Penal*, p. 1362.

localmente determinado, relacional e teleologicamente definido e formado em base a considerações de política-criminal que se considerem assentadas em cada âmbito penal”¹⁷¹.

2 Subprincípios da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade em sentido amplo é dividido em subprincípios. Mas há três tendências diversas quanto a essa divisão.

A primeira defende uma estrutura bifásica, formada pela adequação e pela necessidade, excluindo o sopesamento que a análise da proporcionalidade em sentido estrito implica. Essa corrente é adotada principalmente pelos críticos do sopesamento como método de aplicação do direito, representados por Böckenförde e Schlink¹⁷².

A segunda, além da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, identifica um terceiro elemento como integrante da proporcionalidade em sentido amplo, qual seja, a análise da legitimidade dos fins que a medida questionada pretende atingir. Essa tendência está presente principalmente entre os autores que se ocupam com a aplicação da regra da proporcionalidade perante a Corte Europeia de Direitos Humanos¹⁷³.

E a terceira tendência, amplamente majoritária, e que será adotada nessa pesquisa, parte de uma visão trifásica do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, sendo formada pela adequação ou idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

De um modo geral, por meio da adequação ou idoneidade exige-se que as normas penais persigam um fim legítimo e que sejam idôneas para alcançar esse fim; através da necessidade analisa-se qual medida adequada é menos gravosa para o direito fundamental; e, por fim, com a proporcionalidade em sentido estrito efetua-se uma ponderação entre os benefícios e os malefícios provocados pela medida intervintiva.

E se deve destacar desde já que na presente pesquisa a análise dos subprincípios da proporcionalidade será efetuada conforme a ordem adotada pela doutrina majoritária, qual seja: adequação ou idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

¹⁷¹ Tradução livre do original: “(...) un juicio de proporcionalidad temporal y localmente determinado, relacional y teleológicamente definido y formado en base a consideraciones de política-criminal que se consideren asentadas en cada ámbito penal” (MATA BARRANCO, **El principio de proporcionalidad penal**, p. 124).

¹⁷² SILVA, **O proporcional e o razoável**, p. 35.

¹⁷³ SILVA, **O proporcional e o razoável**, p. 35.

Tal ordem, todavia, não é aplicada por todos os autores. Alguns autores, como Prieto del Pino, por exemplo, demonstram certa perplexidade a essa ordem, pois esta faz com que se aborde a questão de se a pena resulta ou não uma medida adequada para a proteção do bem jurídico antes de ter sido determinado se esse bem possui relevância que justifica ou não a intervenção penal¹⁷⁴. Mata Barranco, contudo, critica o entendimento dessa autora, pois para ele a relevância do bem jurídico é estudada como requisito prévio ou incluído na ideia de idoneidade¹⁷⁵.

Mariângela Gama de Magalhães Gomes, por sua vez, mesmo afirmando que praticamente toda a doutrina analisa os subprincípios da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito nessa ordem, não segue tal sequência em sua obra, realizando o exame dos subprincípios de forma independente, sem se importar com qual juízo precede o outro¹⁷⁶.

Já para Virgilio Afonso da Silva, a importância de se seguir a ordem adequação-necessidade-proporcionalidade em sentido estrito torna-se patente diante da constatação de que nem sempre a aplicação do princípio da proporcionalidade implica a análise de todos os seus subprincípios. Os três subprincípios se relacionam de forma subsidiária entre si, isto é, a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso não tiver sido resolvido com a análise da adequação, e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível se o problema não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade¹⁷⁷.

Por fim, cabe deixar claro que o processo de aferição dos subprincípios da proporcionalidade, apesar de seguir uma sequência, não é um processo dividido em seções absolutas e independentes. E isso porque os juízos de idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito se completam, estando sempre relacionados entre si

2.1 Adequação ou idoneidade

O subprincípio da adequação, também conhecido como idoneidade ou pertinência, consiste na exigência de que qualquer medida adotada pelo Poder Público seja adequada à consecução da finalidade objetivada.

¹⁷⁴ PIETRO DEL PINO, Ana María. *El derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 211, *apud* MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, p. 142-143.

¹⁷⁵ MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, p. 143.

¹⁷⁶ GOMES, *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*, p. 79.

¹⁷⁷ SILVA, *O proporcional e o razoável*, p. 34.

O conteúdo da idoneidade está relacionado a uma avaliação da qualidade instrumental do meio, e isto para que se possa identificar a sua aptidão ou não para alcançar a finalidade proposta. Trata-se de uma análise de adequação entre meio e fim¹⁷⁸.

Sendo assim, há proporcionalidade, com base nesse subprincípio, quando entre a medida e a sua finalidade exista uma causalidade positiva, ou seja, quando a medida em questão contribua com a criação de um estado de coisas no qual a realização do fim se vê incrementada em relação ao estado de coisas existente antes da intervenção¹⁷⁹.

No âmbito penal, exige-se que haja um sopesamento entre a gravidade dos meios empregados e a obtenção do resultado que se almeja que, no caso, é a tutela dos bens jurídicos.

O meio eleito pelo legislador penal deve estar em consonância com os fins demarcados pelo sistema penal, a luz dos valores constitucionais que o informam. Caso a medida legislativa não guarde relação de pertinência e não possua capacidade para atingir os seus objetivos, a sua atuação torna-se inadequada¹⁸⁰.

E o sopesamento da medida deve ser realizado tanto no momento de elaboração do tipo e fixação da pena em abstrato pelo legislador, quanto no momento de estipulação da pena em concreto pelo juiz. A pena deve se mostrar como um meio apto para prevenir a realização da conduta proibida, sem o que o tipo penal incriminador será de duvidosa idoneidade, bem como há ainda o caráter de motivação com o objetivo de que a conduta não seja praticada pelos sujeitos. Caso a criminalização da conduta não tenha aptidão para proteger o bem jurídico objeto do Direito Penal, esta se mostra inadequada, violando o princípio da proporcionalidade.

Assim, “ao se tutelar criminalmente determinado bem jurídico, o que deve ser considerado, em termos de idoneidade penal, é a medida em que a incriminação cumprirá, efetivamente, a tarefa constitucional à qual o Direito Penal se propõe”¹⁸¹.

Ademais, conforme Humberto Ávila, para que se possa compreender a relação de adequação deve-se responder a três perguntas: “O que significa um meio ser adequado à realização de um fim?”; “Como deve ser analisada a relação de adequação”; “Qual deve ser a intensidade de controle das decisões adotadas pelo Poder Público?”¹⁸².

¹⁷⁸ GOMES, *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*, p. 126.

¹⁷⁹ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 387-388.

¹⁸⁰ CORREIA, *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*, p. 93.

¹⁸¹ GOMES, *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*, p. 127.

¹⁸² ÁVILA, *Teoria dos princípios*, p. 167.

No que se refere à primeira indagação, para respondê-la é necessário estudar as espécies de relações existentes entre os vários meios disponíveis e o fim que se deve promover, e isto por meio de três aspectos: quantitativo (intensidade), qualitativo (qualidade) e probabilístico (certeza). Em termos quantitativos, o meio poderá promover ou fomentar mais ou menos do que outro meio possível de ser utilizado. Sob o aspecto qualitativo, um meio poderá promover ou fomentar melhor, pior ou igual ao outro. E, em termos probabilístico, um meio pode promover ou fomentar com menos, igual ou mais certeza o fim almejado. Diante desses aspectos, cabe à Administração não escolher o melhor e mais seguro meio para atingir o fim, e sim escolher o meio que promova o fim¹⁸³.

Quanto à segunda pergunta, devem-se aferir três dimensões em que é possível manifestar a adequação: abstração/concretude; generalidade/particularidade; antecedência/posterioridade. Tendo como base a primeira dimensão, somente há adequação da medida quando o fim é efetivamente realizado no caso concreto. Quanto à segunda dimensão, a medida é geralmente adequada quando o fim é realizado na maioria dos casos e é particularmente adequada quando em todos os casos individuais houver o alcance desse fim. E, com relação à terceira dimensão, pode-se exigir que determinada medida seja adequada no momento em que foi adotada ou que seja adequada quando do seu julgamento¹⁸⁴.

Nesse sentido, quando o Poder Público atua para uma generalidade de casos, segundo Humberto Ávila, a medida será adequada se, abstrata e geralmente, servir de instrumento para o fim. Todavia, no caso de atos meramente individuais, a medida será adequada se, concreta e individualmente, funcionar como meio de promoção do fim. E, em ambos os casos, a medida será avaliada não quando da sua escolha, mas sim quando do seu julgamento¹⁸⁵.

E, com relação a terceira e última indagação apontada por Humberto Ávila, é necessário, para respondê-la, efetuar a divisão do controle entre forte e fraco. Por um lado, por meio do modelo de controle forte, qualquer demonstração de que o meio não promove a realização do fim é suficiente para declarar a invalidade da atuação estatal. Por outro lado, com base no modelo de controle fraco, deve haver uma demonstração cabal da inadequação da medida empregada¹⁸⁶.

Verifica-se, assim, que, de um modo geral, se pode falar em idoneidade máxima e em idoneidade mínima. E isso porque a intensidade com que um meio contribui

¹⁸³ ÁVILA, *Teoria dos princípios*, p. 167-168.

¹⁸⁴ ÁVILA, *Teoria dos princípios*, p. 169.

¹⁸⁵ ÁVILA, *Teoria dos princípios*, p. 170.

¹⁸⁶ ÁVILA, *Teoria dos princípios*, p. 171.

para o alcance de um fim varia, afirmando-se então uma natureza gradual da idoneidade. Conforme Lopera Mesa, com base na perspectiva temporal, a idoneidade do meio depende da maior ou menor rapidez para contribuir com a realização do fim; com base na perspectiva da plenitude, a idoneidade depende da aptidão do meio para incidir positivamente sobre o maior número de aspectos relacionados com a satisfação do fim; com base na perspectiva quantitativa, a idoneidade depende da maior incidência positiva do meio para satisfazer algum dos aspectos necessários à realização do fim; e, com base na perspectiva da probabilidade, o meio será mais idôneo quanto mais segura for a sua contribuição para alcançar o fim¹⁸⁷.

E, nesse sentido, para Lopera Mesa, referindo-se ao controle de constitucionalidade das normas por meio da proporcionalidade, deve ser adotada uma versão fraca do juízo de idoneidade, e isso em razão de dois argumentos. Primeiro, por causa da autonomia política que ostenta o legislador em um Estado Constitucional, possuindo uma margem de apreciação para avaliar as informações empíricas que dispõe e conferir a última palavra quando se está diante de premissas incertas. Segundo, porque uma versão forte do juízo de idoneidade pode levar a uma prematura inconstitucionalidade, declarando inconstitucional uma medida que, embora não seja a mais idônea, poderia ser mais benigna do que outras intervenções¹⁸⁸.

Da mesma forma, Carlos Bernal Pulido defende que um fim só pode ser declarado ilegítimo com base na adequação se está proibido definitivamente pela Constituição. Quando se trata de um caso duvidoso, deve-se aplicar uma presunção de constitucionalidade, partindo-se para os juízos de necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito¹⁸⁹.

Grande parte da doutrina tende a inclinar-se pela versão fraca do exame da idoneidade¹⁹⁰. Inclusive no ordenamento jurídico brasileiro verifica-se a adoção de um modelo de controle fraco, já que a invalidação de uma medida somente ocorre diante da comprovação cabal de sua inadequação¹⁹¹.

Prosseguindo, além do caráter gradual, o subprincípio da idoneidade possui um caráter empírico. É através do modo como a norma é recepcionada pela sociedade, demonstrada pela conformação dos comportamentos dos indivíduos aos valores nela

¹⁸⁷ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 388.

¹⁸⁸ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 389-390.

¹⁸⁹ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 706.

¹⁹⁰ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 391.

¹⁹¹ ÁVILA, *Teoria dos princípios*, p. 171.

explicitados, que se pode aferir a sua adequação a tal tarefa¹⁹². Cabe ao subprincípio da adequação analisar as medidas com base em critérios que pertencem ao campo técnico-empírico, o que também sucede com o subprincípio da necessidade na determinação de medidas menos gravosas¹⁹³.

O subprincípio da idoneidade têm por finalidade a otimização das possibilidades da realidade, do ponto de vista da adequação dos meios em relação aos fins propostos¹⁹⁴.

Por fim, deve-se mencionar que o subprincípio da adequação relaciona-se com o princípio da lesividade. O princípio da lesividade proíbe a cominação, a aplicação ou a execução de penas e de medidas de segurança nos casos de lesão irrelevante ao bem jurídico¹⁹⁵. Não há delito sem que haja lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. E o subprincípio da idoneidade somente considera adequadas as normas que lutam contra os delitos que menoscabam os bens jurídicos e as sanções impostas nos casos concretos que sejam aptas para alcançar essa finalidade¹⁹⁶. Retornar-se-á a essa relação, de forma mais aprofundada, no terceiro capítulo.

Assim, para verificar a idoneidade de uma norma cabe comprovar, em primeiro lugar, que o objeto de proibição penal é uma conduta suscetível de modificar a realidade exterior e, em seguida, que essa conduta apresenta ao menos um perigo abstrato para o bem jurídico cuja proteção se invoca como fundamento da intervenção. Agora, o grau de perigo ou de lesão ao bem jurídico não deverá ser analisado nesse momento, tratando-se de uma ponderação que se efetua no subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito¹⁹⁷.

2.2 Necessidade

Do subprincípio da necessidade infere-se que uma medida restritiva de direitos só é válida quando for indispensável para a manutenção do direito, e somente quando não possa ser substituída por outra medida também eficaz, porém menos gravosa. Tal entendimento decorre do objetivo do princípio da proporcionalidade de limitar a atuação

¹⁹² GOMES, *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*, p. 131.

¹⁹³ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, p.53-54.

¹⁹⁴ SANTOS, *Direito Penal*, p.27.

¹⁹⁵ SANTOS, *Direito Penal*, p.27.

¹⁹⁶ MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, p. 148.

¹⁹⁷ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 391.

estatal em prol da tutela de direitos dos cidadãos, exigindo que se adote a medida que menos limite o direito fundamental envolvido na questão.

Se há um meio mais suave e idôneo para atingir a finalidade pretendida, a intervenção implementada transbordará os limites impostos pela necessidade, tornando-se arbitrária e, portanto, contrária à proporcionalidade¹⁹⁸.

Ressalte-se que a análise da necessidade da medida intervintiva somente é realizada após o exame da adequação, de modo que a escolha da medida que menos afete os direitos fundamentais é feita com base apenas nas medidas consideradas adequadas em juízo anterior.

E o subprincípio da necessidade exige uma estrutura argumentativa mais complexa do que a do subprincípio da adequação, pois neste basta estabelecer uma relação de causalidade positiva entre a medida e a sua finalidade. Enquanto o subprincípio da idoneidade indaga sobre a adequação da medida, o juízo de necessidade consiste em um exame da sua capacidade, em comparação com outros meios, de alcançar o objetivo proposto com a menor afetação possível de outros princípios em jogo¹⁹⁹. Assim, embora todos os subprincípios da proporcionalidade orientem para a proteção dos direitos fundamentais, a necessidade se distingue dos demais por colocar em relação diversas alternativas, e isso com o objetivo de que seja eleita a menos gravosa²⁰⁰.

Mas há divergência entre os autores quanto a essa verificação comparativa dos meios adequados. Para Carlos Bernal Pulido, na análise da necessidade deve-se ter em conta não só se o meio alternativo contribui para a obtenção do fim proposto, mas também se essa contribuição tem pelo menos uma intensidade equivalente para facilitar a obtenção do fim pretendido²⁰¹.

Também nesse sentido, afirma Humberto Ávila que o exame da necessidade envolve duas etapas de investigação, quais sejam: o exame da igualdade de adequação dos meios, para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim, e examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados²⁰².

¹⁹⁸ CORREIA, Controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade, p. 105.

¹⁹⁹ LOPERA MESA, Principio de proporcionalidad y ley penal, p. 391.

²⁰⁰ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, p. 53-54.

²⁰¹ BERNAL PULIDO, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, p. 706.

²⁰² ÁVILA, Teoria dos princípios, p. 172.

Mas, por outro lado, há autores que criticam, quando da análise da necessidade, que se exija que as medidas alternativas possuam o mesmo grau de adequação. Segundo González-Cuellar Serrano, para que possam ser comparadas posteriormente quanto aos seus efeitos sobre a esfera dos direitos e de liberdade dos cidadãos, é preciso que as medidas examinadas cumpram com a condição de serem suficientemente aptas ou eficazes para a consecução da finalidade perseguida. Exigir idêntico grau de idoneidade da medida, cuja substituição se pretende, impossibilitaria a aplicação do subprincípio da necessidade, pois normalmente a medida mais gravosa assegura com maior intensidade a consecução do fim pretendido do que a medida mais benigna²⁰³.

Além disso, o sacrifício da maior seguridade trazido pelas medidas excessivamente gravosas é compensado, em muitos casos, pelos benefícios que advém das medidas menos lesivas, “as quais são ao mesmo tempo suficientemente aptas para satisfazer os fins aos quais se encaminhava a medida substituída e eficazes também para a obtenção de resultados positivos no aspecto humano e social”²⁰⁴.

Também Lopera Mesa defende que não deve haver a exclusão dos meios que não satisfaçam o critério de igual idoneidade desde todas as perspectivas, e isso em razão do motivo já apontado por González-Cuellar Serrano, bem como porque tal entendimento dificultaria a operatividade do subprincípio da necessidade, uma vez que acarretaria problemas à atividade comparativa (pretende medir exatamente o que não é exatamente mensurável)²⁰⁵.

Lopera Mesa, contudo, critica a proposta de González-Cuellar Serrano de debilitar a exigência de igual idoneidade ou aptidão para entendê-la no sentido de “aptidão suficiente”, pois acredita que esse autor apresenta uma falsa solução ao problema, já que o conceito de “aptidão suficiente” peca por sua indeterminação, não apresentando uma base confiável para estabelecer quais são os meios alternativos que estão em condições de pôr em questão a necessidade da medida adotada²⁰⁶.

Para essa autora, a melhor solução para esse problema consiste em, ao invés de excluir de antemão os meios que não revistam de igual idoneidade, passar a examiná-los também desde o prisma de sua lesividade. Assim, deve-se fazer uma análise de comparação

²⁰³ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, p.196-197.

²⁰⁴ Tradução livre do original: “(...) las cuales son al mismo tiempo suficientemente aptas para satisfacer los fines a los que se encaminaba la medida y eficaces también para la obtención de resultados positivos en el aspecto humano y social” (GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, p.198).

²⁰⁵ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 439.

²⁰⁶ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 440.

entre o meio selecionado e os meios alternativos, através de um critério de compensação entre a adequação e a lesividade²⁰⁷.

Além disso, outro aspecto que deve ser mencionado do subprincípio da necessidade é que este, no campo do Direito Penal, é um consectário do princípio da intervenção mínima e do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos. Isto porque o Direito Penal, como forma mais drástica de intervenção estatal, tendo em vista a violência que lhe é intrínseca, deve ser reservado a casos extremos, não sendo sempre necessária a sua atuação.

A intervenção penal somente deve ser considerada necessária quando busca garantir a tutela dos bens jurídicos mais relevantes, bem como só quando se mostre insuficiente outro tipo de atuação, e é dessa afirmação que decorre a relação do subprincípio da necessidade com o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos e com o princípio de intervenção mínima.

Por meio do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, devem ser excluídas do âmbito penal as incriminações que se destinam a proteger meros valores éticos ou morais. Com isso não se está negando que os bens jurídicos penais possam ser também bens morais, mas apenas se está afirmando que estes requerem algo a mais para receberem a proteção por parte do Direito Penal²⁰⁸.

Já quanto à vinculação entre a necessidade e o princípio da intervenção mínima, remete-se às características de fragmentariedade e subsidiariedade que se predicam ao Direito Penal²⁰⁹. Busca-se limitar e racionalizar a pressão punitiva estatal, e isso por meio da ideia de que a atuação do Direito Penal deve ser a mais reduzida possível, deve ser estritamente necessária para tutelar os ataques mais graves aos bens jurídicos mais relevantes²¹⁰. Retornar-se-á a essas características quando da análise da legitimidade da intervenção estatal por meio do Direito Penal.

Por todo o exposto, verifica-se que o subprincípio da necessidade funda-se na exigência constitucional de que o interesse a ser protegido pela norma possua suficiente relevância para justificar uma delimitação da esfera de liberdade. “Parte-se do pressuposto de que o instrumento penal consiste numa ‘faca de dois gumes’, onde a proteção do bem jurídico,

²⁰⁷ LOPERA MESA, **Principio de proporcionalidad y ley penal**, p. 440.

²⁰⁸ AGUADO CORREA, Teresa. Análisis del contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio en Derecho Penal. **El principio de proporcionalidad en Derecho penal**. Madrid: Edersa, 1999, p. 06. Disponível em: <<http://vlex.com/vid/298554>>. Acesso em: 15 de maio de 2012.

²⁰⁹ MATA BARRANCO, **El principio de proporcionalidad penal**, p. 159.

²¹⁰ FERRÉ OLIVÉ, **Direito Penal Brasileiro**, p. 94.

por um lado, impõe a correlata ameaça à liberdade dos destinatários da norma, por outro”²¹¹. Deve ser feita uma ponderação a fim de verificar quais bens, e perante quais situações, merecem receber a mais dura intervenção na vida dos cidadãos²¹².

Assim, o subprincípio da necessidade permite analisar se o interesse estatal em punir o delito tem pertinência ou não²¹³. O juízo de necessidade implica que o fim de proteção perseguido não possa ser conseguido com um menor custo de afetação dos direitos, isto é, não pode haver alternativas menos lesivas que esta²¹⁴.

Para Mariângela Gama de Magalhães Gomes, trata-se de um subprincípio com destinatário certo, qual seja, o legislador penal, devendo este observá-lo quando da sua tarefa constitucional. Impõe-se que o legislador penal interfira somente quando for estritamente necessário e imprescindível²¹⁵. Aguado Correa, ressalta, todavia, que o subprincípio da necessidade também adquire especial relevância no momento de aplicação da lei penal, pois “tanto o fato de recorrer à ameaça através da cominação penal como o caso da gravidade da pena devem ser justificados na necessidade de proteção de bens jurídicos”²¹⁶.

2.3 Proporcionalidade em sentido estrito

Além da idoneidade e da necessidade da medida, o princípio da proporcionalidade exige ainda que os resultados positivos obtidos superem as desvantagens decorrentes da restrição de um ou outro direito. Deve haver um equilíbrio entre o grau de restrição e o grau de realização do direito contraposto.

Com base no subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito realiza-se uma comparação entre a importância da afetação negativa que a intervenção causa no direito fundamental e a importância da afetação positiva que dita intervenção gera no fim pretendido,

²¹¹ GOMES, *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*, p. 83.

²¹² GOMES, *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*, p. 83.

²¹³ GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v.2, p. 574.

²¹⁴ MIR PUIG, *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal*, p. 1364. In: MATEU, J. C.; CUSSAC, J. J. González; BERENGUER, Orts (directores). *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*. Valencia: Librería Tirant la Blanch, 2009

²¹⁵ GOMES, *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*, p. 85.

²¹⁶ Tradução livre do original: “(...) tanto el hecho de recurrir a la amenaza a través de la cominación penal como en su caso la gravedad de la pena ha de justificarse en la necesidad de protección de bienes jurídicos” (AGUADO CORREA, Teresa. *Ánalisis del contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio en Derecho Penal*, p. 05. In: *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999. Disponível em:<<http://vlex.com/vid/298554>>. Acesso em: 15 de maio de 2012).

e isto com o objetivo de fundamentar uma relação de precedência entre aquele direito e esse fim²¹⁷.

E, entre os subprincípios da proporcionalidade, é ao redor do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito que giram as maiores imprecisões terminológicas na doutrina, e isto por duas razões principais.

Primeiramente porque, embora a doutrina majoritária o considere como um subprincípio da proporcionalidade, parcela minoritária diverge quanto à localização da proporcionalidade em sentido estrito.

Alguns autores – por exemplo, Bacigalupo, Jaén Vallejo e García Rivas – defendem que a proporcionalidade em sentido estrito nada mais é do que uma consequência de raiz constitucional do princípio da culpabilidade. Outros autores – por exemplo, Bustos Ramírez – consideram que a proporcionalidade em sentido estrito integra o princípio da necessidade da intervenção, juntamente com o caráter de *ultima ratio* e com o caráter fragmentário. Há ainda autores – como Muñoz Conde e García Arán – que afirmam que a proporcionalidade entre delito e pena é uma consequência do princípio da intervenção mínima, bem como há quem o estude – por exemplo, Zugaldía Espinar – dentro da proibição das penas desumanas e degradantes, como limite ao *jus puniendi*. Por fim, outro grupo de autores – por exemplo, Morillas Cueva e López Garrido – entende a proporcionalidade em sentido estrito como um limite independente²¹⁸.

Segundo, porque por diversas vezes é apontada a existência de uma superposição entre o princípio da proporcionalidade em sentido estrito e os demais subprincípios da proporcionalidade, principalmente a necessidade, pois todos estão relacionados com a finalidade do Direito Penal. Diante disto, é preciso apontar algumas características da proporcionalidade em sentido estrito que a diferenciam dos demais subprincípios.

Inicialmente, pode-se mencionar que o juízo da proporcionalidade em sentido estrito reveste a forma de ponderação, que é o procedimento adotado para resolver conflitos normativos que não podem ser resolvidos pelos critérios tradicionais (hierarquia, cronologia e especialidade), conflitos estes que ocorrem, por exemplo, quando se está diante de dois ou mais valores constitucionais²¹⁹.

²¹⁷ BERNAL PULIDO, **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**, p. 764-766.

²¹⁸ Correntes de pensamento apresentadas por Aguado Correa (AGUADO CORREA, **Ánalysis del contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio en Derecho Penal**, p. 52).

²¹⁹ LOPERA MESA, **Principio de proporcionalidad y ley penal**, p. 440.

A atividade ponderativa realizada pelo subprincípio da proporcionalidade pode, segundo Bernal Pulido, ser apresentada por meio de uma estrutura de análise dividida em três etapas. Primeiro é preciso determinar as magnitudes que devem ser ponderadas, isto é, o grau da intervenção no direito fundamental e a importância da realização do fim perseguido. Segundo, é preciso comparar essas magnitudes com o objetivo de verificar se o grau da realização do fim perseguido pela intervenção é maior do que o grau de intervenção no direito fundamental. E, terceiro, é necessário construir uma relação de precedência condicionada entre o direito fundamental e o fim perseguido, e isso com base na comparação efetuada no passo anterior. Quanto maior o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância de satisfação do outro²²⁰.

Ademais, além de ser um subprincípio ponderativo, a proporcionalidade em sentido estrito é também um subprincípio valorativo e de conteúdo material. É um subprincípio valorativo, pois, apesar de pressupor o estudo da relação empírica medida-finalidade que abordam os subprincípios da idoneidade e da necessidade, possui seu campo de aplicação no terreno dos valores, analisando a relação de tensão existente entre os interesses estatais e individuais. E é um subprincípio material porque tem um conteúdo formado por um conjunto de valores e interesses constitucionalmente protegidos que entram em jogo no momento da ponderação, bem como em razão de estabelecer critérios de medição e advertir quais são os valores preferenciais²²¹.

Todavia, quanto a esse aspecto, para Mata Barranco, assim como na idoneidade e na necessidade, também no subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito há a necessidade de atender a considerações utilitaristas e fáticas, bem como é difícil negar os pressupostos axiológicos de que se parte para valorar a idoneidade ou necessidade da medida. Sendo assim, não há como defender uma rígida separação baseada na ideia de que a idoneidade e a necessidade são princípios eminentemente empíricos, enquanto que a proporcionalidade em sentido estrito seria um princípio apenas valorativo/normativo²²².

E quando se fala no conceito do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito em comparação aos demais subprincípios que lhe precederam (idoneidade e necessidade), não é que haja uma distinção de modo confuso na doutrina, mas simplesmente é difícil desvincular totalmente esses três subprincípios. Mais importante do que tentar uma

²²⁰ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 497.

²²¹ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, p.226.

²²² MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, p. 172.

distinção exata é estudar esses subprincípios em conjunto, pois só assim se favorece a acepção de um princípio da proporcionalidade em sentido amplo²²³.

Feitas essas considerações terminológicas do subprincípio da proporcionalidade, cabe agora inserir a análise desse princípio no âmbito penal. Pela proporcionalidade em sentido estrito, entende-se que a violência estatal presente na previsão, na aplicação e na execução da sanção penal não pode ser mais danosa à sociedade do que a conduta que se pretende coibir. O Direito Penal, conforme já mencionado, é a forma mais violenta de intervenção do Estado, e quanto maior é a intervenção maior deverá ser o valor do bem jurídico a ser protegido por esse ramo do Direito.

No âmbito penal o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito faz referência a uma ponderação entre a privação ou restrição de direitos provocada pela pena e o fim perseguido com a incriminação e com as penas previstas ou impostas²²⁴. Uma vez comprovada a idoneidade e a necessidade da medida intervintiva, deve-se ainda comprovar o custo da intervenção penal, custo este que não pode apresentar uma limitação de direitos maior do que o benefício que com ela se consegue²²⁵.

Assim, no momento de elaboração das normas penais, deverá o legislador penal “ponderar o valor do bem jurídico a ser protegido criminalmente, assim como o desvalor da conduta a ele afrontosa (interesse geral), com o valor da liberdade ameaçada pela previsão legal de pena à prática da conduta (interesse individual)”²²⁶. Feita essa ponderação, cabe a ele estabelecer o quanto se pode restringir de um interesse individual em prol de um interesse geral. Destaque-se que o que se analisa nesse momento da proporcionalidade em sentido estrito não é a possibilidade de sacrificar um direito, mas o *quantum* desse direito se pode sacrificar²²⁷. E, no momento de fixação da pena em concreto, deve o magistrado analisar as peculiaridades do caso concreto, devendo a pena cominada ser proporcional à gravidade do fato praticado.

²²³ MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, p. 174.

²²⁴ MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, p. 167.

²²⁵ MIR PUIG, *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho Penal*, p. 1364.

²²⁶ GOMES, *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*, p. 171.

²²⁷ GOMES, *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*, p. 171.

3 Relação entre o princípio da proporcionalidade penal e outros princípios próximos

Como já exposto, o princípio da proporcionalidade desempenha importante função no Direito Penal, impondo limites às ações do Estado que afetem direitos fundamentais. Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade agrupa as seguintes garantias: a norma penal deve se mostrar idônea à proteção do bem jurídico; a intervenção penal deve ser restringida apenas ao imprescindível, eis que com o seu caráter estigmatizante mostra-se como instrumento capaz de agredir direitos fundamentais; e, em se mostrando realmente necessária a intervenção penal, a sanção prevista e aplicada deve ser escolhida dentre a mínima necessária para a obtenção do fim de proteção do bem jurídico, de modo que a violência estatal aplicada não seja mais prejudicial à sociedade do que a conduta que se pune.

Ocorre que para o alcance dessas garantias é necessário que o conceito e o conteúdo do princípio da proporcionalidade estejam bem delimitados, de modo a não acontecerem confusões no momento de sua aplicação.

Para tanto, para a total concretização do significado da proporcionalidade, torna-se imperativa ainda a análise da relação desse princípio com outros princípios, com destaque para o princípio da igualdade, o princípio da razoabilidade e o princípio da culpabilidade.

3.1 Princípio da proporcionalidade e princípio da igualdade

O princípio da igualdade pode ser entendido em uma acepção material e em uma acepção formal. A igualdade formal consiste no tratamento dos iguais de forma igual, e dos desiguais de maneira desigual, na proporção de sua desigualdade, preceito este decorrente dos ensinamentos de Aristóteles. A igualdade material, por sua vez, se traduz na busca da igualização dos desiguais por meio da concessão dos direitos sociais essenciais.

No plano formal, “o conteúdo jurídico do princípio da isonomia consiste em definir em que casos é imperativa a equiparação e em que hipóteses é válido o estabelecimento de desigualdades”²²⁸. Caso seja eleito um fator de diferenciação, sem qualquer pertinência de fundo teleológico, ou então sejam estabelecidos, em razão da

²²⁸ BARROSO, Luís Roberto. A igualdade perante a lei. Algumas reflexões. **Revista de Direito Processual**, Rio de Janeiro, n. 38, p.64-79, 1986, p. 67.

distinção, privilégios ou ônus desmedidos, se estará diante de uma dissimetria de tratamento inaceitável, violando o princípio da igualdade²²⁹.

Já no plano material, “paralelamente à igualdade perante a lei, deve-se promover a equiparação de todos perante a vida, assegurando-se igualdade de oportunidades no acesso à educação, à cultura e aos bens materiais”²³⁰.

Assim, tanto a igualdade quanto a proporcionalidade são necessárias para a proteção dos direitos fundamentais e para a imposição de limites às medidas intervencionistas nesses direitos, consistindo em princípios vinculados entre si.

Primeiramente, a vinculação se verifica porque “a compatibilização entre a regra isonômica (na vertente do tratamento desigual) e outros interesses prestigiados constitucionalmente exige que se recorra à ideia de proporcionalidade”²³¹. É somente dessa forma que se pode obter um equilíbrio entre os diversos valores constitucionais a serem preservados. A conciliação dos interesses depende da utilização de um conceito flexível e fluído como o de proporcionalidade²³².

E, ainda, o princípio da igualdade consiste em uma importante fonte para o princípio da proporcionalidade. Especificadamente no que se refere à proporcionalidade nas escolhas trágicas legislativas de incriminações, o princípio da igualdade proíbe discriminações arbitrárias. Isto é, o princípio da igualdade dispõe que o legislador deve prever com as mesmas consequências jurídicas os fatos que em linha de princípio sejam compatíveis, bem como permite efetuar diferenciações apenas nas hipóteses em que haja uma causa objetiva²³³.

Mas, embora a proporcionalidade e a igualdade sejam princípios que possuem entre si uma estrita relação, isso não significa que apresentem a mesma estrutura e a mesma eficácia jurídica. Enquanto que o princípio da igualdade atua equilibrando e vinculando, o princípio da proporcionalidade atua isolando e individualizando²³⁴.

Ademais, nem toda restrição desproporcionada aos direitos fundamentais resulta também em uma violação do princípio da igualdade. Uma limitação excessiva a um direito fundamental pode ocasionar a perda desse direito, uma sobrecarga para o atingido ou efeitos reflexos danosos a outros direitos, mas isso não significa necessariamente uma lesão do direito de igual tratamento pela lei. Para que uma restrição desproporcional consista

²²⁹ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996, p. 185.

²³⁰ BARROSO, A igualdade perante a lei, p. 70.

²³¹ BARROSO, A igualdade perante a lei, p. 77, nota 14.

²³² BARROSO, A igualdade perante a lei, p. 77, nota 14.

²³³ GOMES, O princípio da proporcionalidade no Direito Penal, p. 67.

²³⁴ LERCHE, P., Überma Bund Verfassungrecht, Köln, Berlin, Münche, 1961, p. 52, *apud* GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, p.226.

também em uma afetação à igualdade é necessário que ocorra concomitantemente os pressupostos de existência da relação desigual²³⁵.

A adoção de medidas desproporcionadas vulnera os direitos limitados em uma hipótese de fato e, de forma independente, pode vir a infringir o princípio da igualdade se concorrem os requisitos que a jurisprudência e a doutrina constitucional exigem para que haja desigualdade e para que esta não seja razoável e objetiva²³⁶⁻²³⁷.

Assim, “o exame de justificação da desigualdade pode servir como um instrumento no julgamento da proporcionalidade, porém não é um critério excludente, pois igualdade e proporcionalidade não coincidem exatamente”²³⁸.

E, da mesma forma, nem toda violação ao princípio da igualdade representa a adoção de uma medida desproporcional. De início, é contrária a ambos os princípios a aplicação de uma mesma medida para condutas totalmente diferentes. Agora, a depender do entendimento que se adote da proporcionalidade em relação ao limite máximo e ao limite mínimo da pena, uma medida desigual pode ou não ser desproporcional²³⁹.

Por um lado, caso se conceba a proporcionalidade unicamente em uma perspectiva que delimita máximos e não mínimos, uma vez que não seja ultrapassado esse máximo a pena não poderá ser considerada desproporcional, mesmo que superior a outra aplicável em um fato semelhante, pelo que a quebra do princípio da igualdade não implicará a violação também da proporcionalidade²⁴⁰.

De outro lado, em se adotando a ideia de que a proporção reflete uma comparação baseada na premissa de que se “a” é maior que “b”, necessariamente “A” tem que ser maior que “B”, deve-se passar a defender que a quebra dessa relação sempre implica também na quebra da igualdade, e isso porque duas situações desiguais estariam sendo tratadas de maneira igual ou com uma margem de desigualdade menor do que merecem. Mas

²³⁵ BARROS, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 185.

²³⁶ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, p.60.

²³⁷ Para comprovar essa afirmação, Gonzalez-Cuellar Serrano cita um exemplo proposto por Lerche, qual seja: Robinson Crusoé, em sua ilha deserta, pode ser prejudicado por uma medida estatal desproporcionalada, medida esta que, não obstante, não pode ser considerada desigual ou discriminatória em relação a interferências comparáveis, e isto porque não existem termos de comparação (LERCHE, P., *Überma Bund Verfassungrecht*, Köln, Berlin, Münche, 1961, p. 30, *apud* GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales em el proceso penal*, p.60).

²³⁸ Tradução livre do original: “(...) el examen de la justificación de la desigualdad puede servir como instrumento en el enjuiciamiento de la proporcionalidad, pero no es un criterio excluyente, pues igualdad y proporcionalidad no coinciden exactamente” (GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, p. 61).

²³⁹ MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, p. 103-104.

²⁴⁰ MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, p. 104.

quanto a esse entendimento, destaca Mata Barranco, erroneamente é desconsiderado que duas penas iguais também podem ser desproporcionais, e isso ocorre se os critérios utilizados para determiná-las não forem os que realmente deveriam ter sido levados em conta para estabelecer a medida de proporcionalidade²⁴¹.

Logo, os critérios do princípio da proporcionalidade e do princípio da igualdade não concordam sempre, de modo que nem tudo o que afeta a um desses princípios necessariamente afeta ao outro.

3.2 Princípio da proporcionalidade e princípio da razoabilidade

Há uma tendência na doutrina e na jurisprudência de se considerar como sinônimos o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade.

Nesse sentido, Suzana de Toledo Barros expõe que “o princípio da proporcionalidade (...) como uma construção dogmática dos alemães corresponde a nada mais do que o princípio da razoabilidade dos norte-americanos”²⁴².

E, para Luís Roberto Barroso, mesmo que se reconheça a origem e desenvolvimento diversos, a proporcionalidade e a razoabilidade abrigam os mesmos valores, que são a racionalidade, a justiça, a medida adequada, o senso comum, a rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. E, em razão disso, a proporcionalidade e a razoabilidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis²⁴³.

Ocorre que, embora alguns autores não façam a diferenciação entre proporcionalidade e razoabilidade, para parte da doutrina se tratam sim de conceitos jurídicos diferentes e que não podem ser confundidos, mormente em razão de suas origens e estruturas diferenciadas.

No que tange à origem desses princípios, é comum que se identifique a Magna Carta de 1215 como fonte primeira da razoabilidade e, consequentemente, da proporcionalidade. Mas, para Virgílio Afonso da Silva, não se pode falar em proporcionalidade na Magna Carta de 1215, se questionando até mesmo se a razoabilidade tem origem nesse documento²⁴⁴.

²⁴¹ MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, p. 104.

²⁴² BARROS, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 185.

²⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 304, nota 87.

²⁴⁴ Na Inglaterra fala-se em princípio da irrazoabilidade e não em princípio da razoabilidade. E o princípio da irrazoabilidade tem a sua origem, na forma como aplicado na Inglaterra, não no ano de 1215 e ou em outro

Também se costuma associar a proporcionalidade e a razoabilidade à jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, baseada no “substantive due process”²⁴⁵. O Supremo Tribunal Federal, em suas decisões, habitua-se frequentemente a realizar essa relação entre a proporcionalidade/razoabilidade e o devido processo substantivo²⁴⁶.

documento legislativo posterior, mas sim na decisão judicial proferida em 1948. “E esse teste de irrazoabilidade, conhecido também como *teste Wednesbury*, implica tão somente rejeitar atos que sejam excepcionalmente irrazoáveis. (...) O teste sobre a irrazoabilidade é muito menos intenso do que os testes que a regra da proporcionalidade exige, destinando-se meramente a afastar atos absurdamente irrazoáveis” (SILVA, **O proporcional e o razoável**, p. 29).

²⁴⁵ SILVA, **O proporcional e o razoável**, p. 30.

²⁴⁶ O posicionamento de Supremo Tribunal Federal será analisado em momento oportuno nessa pesquisa, especificadamente no capítulo destinado à proporcionalidade na fase judicial. Mas, desde já, a título exemplificativo, é possível citar alguns acórdãos que vinculam de forma errônea os conceitos jurídicos razoabilidade, proporcionalidade e “substantive due process”. Nesse sentido: “EMENTA: CONSTITUCIONAL. DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO AO JUDICIÁRIO. DIREITO DE PETIÇÃO. TRIBUTÁRIO E POLÍTICA FISCAL. REGULARIDADE FISCAL. NORMAS QUE CONDICIONAM A PRÁTICA DE ATOS DA VIDA CIVIL E EMPRESARIAL À QUITAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS. CARACTERIZAÇÃO ESPECÍFICA COMO SANÇÃO POLÍTICA. AÇÃO CONHECIDA QUANTO À LEI FEDERAL 7.711/1988, ART. 1º, I, III E IV, PAR. 1º A 3º, E ART. 2º. (...) 3. Esta Corte tem historicamente confirmado e garantido a proibição constitucional às sanções políticas, invocando, para tanto, o direito ao exercício de atividades econômicas e profissionais lícitas (art. 170, par. ún., da Constituição), a violação do devido processo legal substantivo (falta de proporcionalidade e razoabilidade de medidas gravosas que se predispõem a substituir os mecanismos de cobrança de créditos tributários) e a violação do devido processo legal manifestado no direito de acesso aos órgãos do Executivo ou do Judiciário tanto para controle da validade dos créditos tributários, cuja inadimplência pretensamente justifica a nefasta penalidade, quanto para controle do próprio ato que culmina na restrição. É inequívoco, contudo, que a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal não serve de escusa ao deliberado e temerário desrespeito à legislação tributária. Não há que se falar em sanção política se as restrições à prática de atividade econômica objetivam combater estruturas empresariais que têm na inadimplência tributária sistemática e consciente sua maior vantagem concorrencial. Para ser tida como inconstitucional, a restrição ao exercício de atividade econômica deve ser desproporcional e não-razoável (...)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 173/DF. Requerente: Confederação Nacional da Indústria. Requeridos: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator Ministro Joaquim Barbosa. DJ 29/05/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=582642>. Acesso em: 15 jun. 2012);

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ELEIÇÕES MUNICIPAIS DE 1996 - COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS APENAS PARA ELEIÇÕES PROPORCIONAIS - VEDAÇÃO ESTABELECIDA PELA LEI N. 9.100/95 (ART. 6º) - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PARTIDÁRIA (CF, ART. 17, § 1º) E DE VIOLAÇÃO AOS POSTULADOS DO PLURIPARTIDARISMO E DO REGIME DEMOCRÁTICO - AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA - MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. PARTIDO POLÍTICO - AÇÃO DIRETA - LEGITIMIDADE ATIVA - INEXIGIBILIDADE DO VÍNCULO DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA. (...) O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive due process of law - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of law (CF, art. 5º, LIV)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1407 MC/DF. Requerente: Partido Comunista do Brasil. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Celso de Mello. DJ 24/11/2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347037>. Acesso em: 15 jun. 2012).

Todavia, apenas no que se refere ao princípio da razoabilidade é que essa associação à jurisprudência norte-americana é correta. Em 1803, no caso *Marbury x Madison*, a razoabilidade foi utilizada para controle dos atos discricionários. No final da década de 30, a utilização desse princípio foi quase que totalmente abandonada, e isso em razão do auge do liberalismo econômico e de sua ideologia de mínima intervenção estatal. Na década de 50, com a volta do ativismo judicial, o princípio da razoabilidade volta a ter importância na Corte Constitucional do país. Com a Constituição Americana de 1872, a razoabilidade é consagrada no direito norte-americano, sendo vista como decorrente do devido processo legal substantivo.

Já com relação à origem do princípio da proporcionalidade, conforme mencionado em capítulo anterior, a sua utilização na proteção dos direitos fundamentais deriva substancialmente da jurisprudência dos países europeus, especialmente a Prússia e a Alemanha.

Verifica-se, assim, que a ideia de razoabilidade remonta ao sistema jurídico anglo-saxão, especialmente ao direito norte-americano, sendo desdobramento do devido processo legal substantivo, e foi sendo desenvolvida por meio de precedentes sucessivos, sem que se preocupasse com uma formulação doutrinária sistemática. Já a ideia de proporcionalidade está associada ao sistema jurídico alemão, sendo que as raízes romano-germânicas conduziram a um desenvolvimento dogmático mais ordenado e analítico²⁴⁷.

Ademais, esses dois princípios não possuem apenas origens diversas, mas também estruturas diferenciadas. Embora o objetivo seja semelhante, consistente em controlar as atividades estatais para que elas não restrinjam os direitos dos cidadãos mais do que o necessário, esse controle é realizado de forma diversa caso seja aplicada a proporcionalidade ou a razoabilidade²⁴⁸.

Para Humberto Ávila, é possível destacar três principais acepções relacionadas à razoabilidade: (a) razoabilidade como diretriz que exige a relação entre as individualidades do caso concreto e as normas gerais, seja mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, seja indicando em quais hipóteses o caso individual deixa de se enquadrar na norma geral; (b) razoabilidade como diretriz que exige a vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, quer reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, quer exigindo uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que com ela pretende alcançar e; (c) razoabilidade como diretriz que exige

²⁴⁷ BARROSO, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, p. 304, nota 87.

²⁴⁸ SILVA, *O proporcional e o razoável*, p. 28.

uma relação de equivalência entre duas grandezas²⁴⁹. Assim, a razoabilidade pode ser vista como dever de equidade, dever de congruência e dever de equivalência.

Como dever de equidade, a razoabilidade exige que haja a harmonização da norma geral com o caso individual. Para isso, na aplicação e interpretação das normas jurídicas deve ser considerado aquilo que normalmente acontece, e não presumir o que é extraordinário. A razoabilidade atua como um instrumento para determinar que as circunstâncias do fato sejam consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade. Além disso, a razoabilidade exige a consideração do aspecto individual do caso, nos casos em que ele é desconsiderado pela generalidade geral, já que haverá situações nas quais a norma não será aplicada por se estar diante de um caso anormal. Uma regra é aplicável a um caso somente se as suas condições são satisfeitas, bem como se a sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria norma ou por um princípio que institua uma razão contrária. Assim, a incidência da norma é condição necessária, mas não suficiente, para a sua aplicação, pois também será preciso que o caso concreto adeque-se à generalização da norma geral²⁵⁰.

Como dever de congruência, a razoabilidade exige que haja a harmonização das normas com as suas condições externas de aplicação. A razoabilidade exige, para qualquer medida, a referência a um suporte empírico. O legislador, ao eleger uma causa inexistente ou insuficiente para a atuação estatal, viola a exigência de vinculação à realidade. E deve haver uma relação congruente entre o critério de diferenciação e a medida adotada, e isto porque a utilização de critérios distintivos inadequados fere a razoabilidade e também os princípios do Estado de Direito e da igualdade²⁵¹.

E, como dever de equivalência, a razoabilidade exige a equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. No Direito Penal, a punição deve ser equivalente ao ato delituoso, não sendo aquela aplicada quando verificada a insignificância deste²⁵².

Verifica-se, assim, que a razoabilidade busca individualizar o comando transmitido pela norma, que a princípio é geral, às especificidades de um caso individual. Em outras palavras, “a razoabilidade pressupõe normas de caráter geral baseadas na realidade

²⁴⁹ ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, número 4, p. 01-25, novembro/dezembro de 2005, p. 11. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-4-outubro-2005-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2012.

²⁵⁰ ÁVILA, **Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa**, p. 13.

²⁵¹ ÁVILA, **Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa**, p. 15.

²⁵² ÁVILA, **Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa**, p. 17.

social, cujos fins são satisfeitos por medidas em consonância com as particularidades do caso concreto”²⁵³.

Já para Virgílio Afonso da Silva, a razoabilidade exige que haja uma compatibilidade entre o meio empregado e o fim perseguido, bem como que seja aferida a legitimidade do fim. E, por isto, o conceito de razoabilidade é menos amplo que o de proporcionalidade, uma vez que “corresponde apenas à primeira das três sub-regras da proporcionalidade, isto é, apenas à exigência de adequação”²⁵⁴.

Mata Barranco, por sua vez, entende que o que é desproporcional é sem dúvida não razoável, contrário à razão e necessariamente arbitrário, e isso não por causa da ausência de justificação ou de motivação, mas sim pela inconsistência delas. Agora, o contrário não é verdadeiro, pois é perfeitamente possível que algo seja razoável, mas não seja proporcional²⁵⁵.

Aliás, Mata Barranco defende que a ideia de proporcionalidade oferece uma base de atuação mais concreta no âmbito penal do que a exigência de razoabilidade. Tal ocorre porque apresenta um adicional de seguridade na restrição de liberdades, uma vez que, no mínimo, obriga a se ter em conta magnitudes ou referências concretas, e é a partir delas que se efetua a restrição proporcionada em relação ao que se pretende conseguir²⁵⁶.

3.3 Princípio da proporcionalidade e princípio da culpabilidade

O princípio da proporcionalidade e o princípio da culpabilidade atuam na legitimação e na identidade do Direito Penal. E grande é a controvérsia sobre a diferenciação desses princípios e sobre a possibilidade de substituição de um pelo outro.

Mas não se deve confundi-los, já que consistem em princípios diferentes e que abarcam conteúdos diferenciados. O conceito de cada um deles incorpora uma série de juízos que não aparece no outro. E o que se verifica é que grande parte dos equívocos decorre da crise permanente de identidade que sofre o conceito de culpabilidade, havendo discrepância doutrinal sobre o seu conteúdo²⁵⁷.

Iniciando por uma análise geral da culpabilidade, é possível destacar três significados principais. O primeiro, de ordem formalista e garantista, traz a ideia de culpabilidade como princípio inerente ao *jus puniendi, nulla poena sine culpa*, de natureza

²⁵³ BITTAR, Walter Barbosa; FIDELIS, Guilherme Faustino. Legislação ambiental e os princípios limitadores do poder punitivo estatal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 895, p. 413-444, maio de 2010, p. 441.

²⁵⁴ SILVA, O proporcional e o razoável, p. 33.

²⁵⁵ MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, p. 101.

²⁵⁶ MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, p. 101.

²⁵⁷ MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, p. 109-112.

principiológica e de âmbito constitucional. O segundo conceito apresenta a culpabilidade como elemento dogmático do delito, dependendo a sua estrutura de qual teoria dogmática jurídico-penal se adote, tendo como missão informar o porquê de estabelecer uma pena a uma conduta, limiar, portanto, entre a teoria do delito e da pena. E o terceiro conceito apresenta a culpabilidade enquanto termo de acepção processual, consistindo na garantia de que um sujeito apenas será considerado culpado com uma sentença penal condenatória transitada em julgado²⁵⁸.

É por meio do princípio da culpabilidade que se afere a possibilidade de culpar alguém por um fato que lesionou ou colocou em perigo um bem jurídico, e essa possibilidade não está relacionada com a gravidade ou não do delito.

De um modo geral, o princípio da culpabilidade veda a sanção por comportamentos alheios, por meras características psíquicas ou físicas, ou por comportamentos não domináveis pelo autor, ou em função de consequências dos mesmos imprevisíveis para o agente, ou de ilicitude incognoscível para o mesmo, ou decididos em uma situação psicológica ou circunstancial excepcional que impeça a formação normal de vontade²⁵⁹.

O princípio da culpabilidade não se relaciona com o dano do delito e nem pode ser um dano a evitar mediante o dano da pena. A culpabilidade é a possibilidade de imputar ao sujeito o injusto. E essa possibilidade pode se dar por completo, quando então todo o desvalor do injusto penal pode ser imputado ao sujeito, pode estar diminuída, quando então não se pode imputar totalmente o desvalor do injusto, ou pode faltar totalmente. A culpabilidade implica em uma reprovação ético-jurídica que só é justo dirigir a quem é culpável e na medida de sua culpabilidade. Não é que o princípio da culpabilidade obrigue a se renunciar à finalidade de proteção de bens-jurídicos penais, ainda que esta seja proporcionada, mas apenas proíbe que essa finalidade seja perseguida por meio da pena²⁶⁰.

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, baseia-se na gravidade do injusto, para a sua atividade de controle das medidas intervencionistas. A gravidade do injusto refere-se ao dano que supõe para o bem jurídico protegido, e nesse sentido coincide com o dano que a pena implica para quem há de ser imposta. De acordo com Mir Puig, “ambos os danos podem e devem ponderar-se de modo que o dano representado pela pena não seja maior

²⁵⁸ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Culpabilidade no direito penal**. São Paulo: QuartierLatin, 2009, p. 27-28.

²⁵⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, **La proporcionalidad de la norma penal**, p. 247.

²⁶⁰ MIR PUIG, **El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho Penal**, p. 1381.

que o dos delitos que com ela se quer evitar”²⁶¹. E é aqui que atua o princípio da proporcionalidade e a exigência do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito de que a pena seja proporcional à gravidade do delito²⁶².

No momento de sancionar, de restringir a liberdade para gerar mais liberdade, enquanto que o princípio da proporcionalidade vigia para que essa atividade não gere um desperdício desnecessário de coação ou um mau negócio em termos de liberdade, o princípio da culpabilidade atua para garantir que o individuo não seja instrumentalizado para a obtenção de fins. O princípio da proporcionalidade atua na medida do castigo, e o princípio da culpabilidade, derivado da dignidade da pessoa humana, indica o que se pode castigar, que são os comportamentos normalmente dominados pela vontade e pelo conhecimento²⁶³.

É preciso mencionar que, com relação a esse aspecto de que a proporcionalidade há de atender de forma particular ao injusto do fato e suas graduações, Mata Barranco traz uma ressalva. Segundo o autor, não é que primeiro se deva analisar o princípio da proporcionalidade atendendo à gravidade do injusto e logo após se deva analisar se o fato é atribuível ao autor com base no princípio da culpabilidade. Mata Barranco entende que o princípio da proporcionalidade deve estar presente em ambos os juízos na hora de medir a pena a ser prevista ou a ser imposta, mas “sem se confundir com a análise da existência do fato, injusto, objetiva e subjetivamente, nem como a daqueles elementos que determinam a responsabilidade pessoal ou culpabilidade como categoria dogmática do delito”²⁶⁴.

Assim, por tudo isso, é errado o pensamento de que o princípio da culpabilidade está incluído no princípio da proporcionalidade. Para que isso fosse possível era preciso que toda medida contrária à culpabilidade fosse desproporcionalada, e que o inverso também fosse verdade, o que não ocorre.

O princípio da culpabilidade é independente da lógica custo/benefício existente no princípio da proporcionalidade. O princípio da culpabilidade não pode ser vulnerado nem mesmo quando a finalidade de prevenção considere proporcionado o seu sacrifício. Isto é, a falta de culpabilidade não pode compensar-se em qualquer caso por necessidades

²⁶¹ Tradução livre do original: “Ambos daños pueden y deben ponderarse de modo que el representado por la pena no sea mayor que el de los delitos que con ella se quieren evitar” (MIR PUIG, **El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho Penal**, p. 1382).

²⁶² MIR PUIG, **El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho Penal**, p. 1382.

²⁶³ LASCURAÍN SÁNCHEZ, **La proporcionalidad de la norma penal**, p. 248-249.

²⁶⁴ Tradução livre do original: “(...) sin confundirse con el análisis de la existencia del hecho injusto, objetiva e subjetivamente, ni con la de aquellos elementos que determinan la responsabilidad personal o culpabilidad como categoría dogmática del delito” (MATA BARRANCO, **El principio de proporcionalidad penal**, p. 110).

preventivas²⁶⁵. O princípio da culpabilidade impede que a pena seja imposta a quem não merece, bem como que o fim de proteção seja perseguido por meio da pena, podendo ser aplicada medida de segurança, se for o caso.

Conforme Aguado Correa, “o grau do injusto e o da culpabilidade não tem porque coincidir, de forma que, em um fato de elevada gravidade, a culpabilidade pode ser escassa, e vice-versa”²⁶⁶. Assim, ambos os conceitos devem ser levados em consideração no momento de impor a pena, devendo o juiz se atentar tanto à gravidade do injusto quanto à culpabilidade concreta²⁶⁷.

E em hipótese nenhuma o princípio da proporcionalidade pode ser visto como um substituto do princípio da culpabilidade. Nos anos sessenta surgiu na doutrina alemã a proposta de alguns autores, como Ellscheid e Hassemer, de substituir o princípio da culpabilidade pelo princípio da proporcionalidade. Mas essa proposta foi duramente criticada pelos autores, como por Kaufmann e por Roxin, uma vez que se com o princípio da proporcionalidade se pode limitar a magnitude da pena, por meio do mesmo não se pode fundamentar a punibilidade²⁶⁸.

Para Roxin, ao se mesclar dois critérios delimitadores diferentes, quais sejam, proporcionalidade e culpabilidade, unindo-os terminológica e substancialmente sob o denominador comum do “princípio da proporcionalidade”, provoca-se uma enorme confusão. Expõe que “o critério limitador na ‘culpabilidade’ se vincula retrospectivamente a um fato antijurídico concreto e – se se admite, em princípio, a capacidade de atuar de outro modo – ao âmbito de liberdade subjetivo do delinquente existente no momento da execução do fato”²⁶⁹. Já “a ‘proporcionalidade’ das medidas se determina, ao contrário, prospectivamente,

²⁶⁵ MIR PUIG, *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho Penal*, p. 1380-1381.

²⁶⁶ Tradução livre do original: “El grado del injusto y el de la culpabilidad no tienen por qué coincidir, de forma que en un hecho de elevada gravedad la culpabilidad puede ser escasa, y viceversa” (AGUADO CORREA, *Ánalisis del contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio en Derecho Penal*, p. 67).

²⁶⁷ AGUADO CORREA, *Ánalisis del contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio en Derecho Penal*, p. 67.

²⁶⁸ AGUADO CORREA, *Ánalisis del contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio en Derecho Penal*, p. 67.

²⁶⁹ Tradução livre do original: “El criterio limitador en la ‘culpabilidad’ se vincula retrospectivamente a un hecho antijurídico concreto y – si se admite, en principio, la capacidad de actuar de otro modo – al ámbito de libertad subjetivo del delinquente existente en el momento de la ejecución del hecho” (ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus S.A., 1981, p. 53).

atendendo exclusivamente ao perigo objetivo que se pode esperar do delinquente no futuro”²⁷⁰.

Ulfrid Neumann entende que o princípio da proporcionalidade “está desarmado frente às penas cuja gravidade não é proporcional ao fato cometido, se elas aparecem como intervenções adequadas somente sob a perspectiva da proteção da sociedade”²⁷¹. Dessa forma, “ao substituir-se o princípio da culpabilidade pelo da proporcionalidade, arrisca-se que a pena privativa de liberdade se transforme numa espécie de medida de segurança de internação e, com isso, caia no remoinho das crescentes demandas sociais por segurança”²⁷².

E, ainda, de acordo com Tatjana Hörnle, o princípio da proporcionalidade não permite em todos os casos uma limitação eficaz dos interesses penais do Estado. No caso de um fim que se valore como especialmente importante, poderia se compatibilizar com o princípio da proporcionalidade a imposição de uma pena draconiana para evitar os futuros delitos, enquanto que a gravidade do delito objeto da condenação não a justificaria²⁷³.

Conclui-se, desse modo, que o princípio da proporcionalidade não engloba o princípio da culpabilidade, tratando-se de dois princípios diversos e que não podem ser confundidos. Ambos são relevantes na legitimação e na limitação do Direito Penal, atuando o princípio da proporcionalidade na medida da resposta penal e o princípio da culpabilidade na determinação de quem se pode punir.

4 Críticas ao princípio da proporcionalidade

Para terminar a análise do conceito e da estrutura do princípio da proporcionalidade, e adentrar especificadamente nos âmbitos e na forma de sua aplicação no Direito Penal, é preciso ainda reconhecer que esse princípio não é isento de objeções.

Embora o juízo da proporcionalidade seja amplamente citado pela doutrina e por diversas vezes utilizado pelos Tribunais como forma de controle das medidas restritivas nos direitos fundamentais, há autores que recusam a sua aplicação, apontando diversas críticas à sua estrutura e forma de atuação.

²⁷⁰ Tradução livre do original: “La ‘proporcionalidad’ de las medidas se determina, por el contrario, prospectivamente, atendiendo exclusivamente al peligro objetivo que puede esperarse del delincuente en el futuro” (ROXIN, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, p. 53).

²⁷¹ NEUMANN, *O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena*, p. 221.

²⁷² NEUMANN, *O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena*, p. 221.

²⁷³ HÖRNLE, Tatjana. La concepción anticuada de la culpabilidad en la jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tombo LIV, MMI, Madrid, p. 401-430, 2001, p. 407.

4.1 Exposição das críticas

A principal crítica que costuma ser oposta ao princípio da proporcionalidade é a de que se trata de um critério irracional e subjetivo. Considera-se a proporcionalidade como um argumento vazio, bem como se afirma que a sua aplicação é arbitrária e incontrolável, permitindo que esse princípio seja utilizado como uma forma de esconder as valorações subjetivas e iracionais adotadas pelo legislador e pelo julgador.

Essa objeção de subjetividade e de irracionalidade é sustentada com base em alguns argumentos principais: (a) a falta de clareza conceitual do princípio da proporcionalidade; (b) a carência de um ponto de referência jurídico sobre o qual se possa apoiar a aplicação do princípio da proporcionalidade; (c) a incomensurabilidade do princípio da proporcionalidade; (d) o problema de identificação dos bens e dos direitos que devem ser considerados na aplicação deste princípio e; (e) o desencadeamento de uma incontrolável justiça do caso concreto²⁷⁴. Cabe agora expor cada um desses argumentos.

No que se refere à falta de clareza conceitual do princípio da proporcionalidade, alega W. Leisner que a aplicação desse princípio e a solução de problemas jurídicos através da ponderação consistem no exercício de uma técnica de poder utilizada para a produção de decisões que não são suscetíveis de controle e que por isso são subjetivas e iracionais²⁷⁵.

O princípio da proporcionalidade, para esse autor, não tem um significado unívoco e compreensível. Esse princípio é constituído por expressões como idôneo, importante, proporcionado, adequado, necessário ou indispensável que não possuem um sentido apurado no uso comum e que provocam confusões ao serem utilizadas como critérios de decisões na solução dos casos concretos²⁷⁶.

Alega-se, ainda, que o princípio da proporcionalidade possui apenas uma natureza formal, sendo desprovido de um conteúdo semântico do qual se possa extrair uma única solução jurídica para cada caso em que seja aplicado. Esse princípio não estabelece o

²⁷⁴ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 165.

²⁷⁵ W. LEISNER, *Der Abwägungsstaat. Verbältnismäßigkeit als Gerechtigkeit*, Duncker & Humblot, Berlín, 1997, p. 171 *apud* BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 178.

²⁷⁶ W. LEISNER, *Der Abwägungsstaat*, p. 96 *apud* BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 179.

que é proporcional e o que é desproporcional, de modo que a definição desses termos é um mistério e deixa ao juiz um amplíssimo horizonte para adotar sua subjetividade²⁷⁷.

Quanto ao argumento de que o princípio da proporcionalidade não possui um ponto de referência jurídica sobre o qual possa se apoiar, trata-se de uma crítica apontada por W. Böckenförde. Afirma esse autor que enquanto que tradicionalmente no Direito Administrativo o princípio da proporcionalidade possui um ponto sólido de referência, que é a finalidade da lei que regula a competência administrativa exercida, no âmbito dos direitos fundamentais a proporcionalidade não conta com qualquer ponto de referência dessa índole²⁷⁸.

No mesmo sentido, B. Pierot e B. Schlink defendem que o princípio da proporcionalidade carece de um ponto de referência racional, objetivo e obrigatório para o juiz, e isso em razão de que nem sempre existe uma resposta única capaz de gerar o consenso geral sobre qual bem ou direito deve ter prioridade no caso concreto²⁷⁹.

Outro argumento é o de incomensurabilidade do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Entende-se que a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito tem caráter irracional, porque realiza a comparação de magnitudes que não são suscetíveis de comparação. Só podem ser ponderados elementos que possuem um denominador em comum, o que não ocorre no campo dos direitos fundamentais, fazendo com que a proporcionalidade em sentido estrito não possua um padrão comum para determinar se a restrição do direito fundamental se justifica pelas vantagens proporcionadas pela medida restritiva²⁸⁰.

Ainda no que tange à alegação de irracionalidade, outro fundamento apresentado pela crítica revela-se na afirmação de que há a “dificuldade para estabelecer quais são os direitos ou bens que ostentam a capacidade de produzir conflito constitucional que deva ser resolvido mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade”²⁸¹. E isso porque há a dificuldade de se determinar quais são as disposições de direitos fundamentais, que tipos de disposições legislativas dão lugar à aplicação do princípio da proporcionalidade (apenas leis restritivas de direitos fundamentais ou também as leis que configuram e delimitam esses

²⁷⁷ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 179.

²⁷⁸ W. BÖCKENFÖRDE, *Grundrechteals Grundsatznormen*, DSt, núm, 1, 1990, p.184, *apud* BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 168.

²⁷⁹ B. PIEROTH y B. SCHLINK, *Grundrechte. Staatsrecht II*, C. F. Müller, Heidelberg, 9 ed, 1993, p. 74, *apud* BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 168.

²⁸⁰ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 182-183.

²⁸¹ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 189.

direitos) e quais são os bens ou direitos capazes de justificar intervenções legislativas nesses direitos²⁸².

O último argumento utilizado na afirmação de irracionalidade da proporcionalidade é o de que se trata de um método muito rudimentar, que escapa a qualquer intenção de reconstrução retórica e que acarreta soluções particulares e imprevisíveis, criando, por conseguinte, uma jurisprudência *ad hoc*²⁸³.

Nesse sentido, Ulfried Neumann, diante dos subjetivismos do princípio da proporcionalidade, afirma que se trata de um princípio fraco, uma vez que reclama uma pluralidade de valorações que não podem ser determinadas por ele mesmo²⁸⁴.

Esses são os principais aspectos do princípio da proporcionalidade que são alvo das críticas doutrinárias. E somente por meio da superação ou amenização dessas críticas é que se poderá continuar a defender a utilização desse princípio no controle das atividades estatais.

4.2 Valoração das críticas

Conforme visto, várias são as críticas apontadas ao princípio da proporcionalidade. Ocorre que a maioria dessas críticas poderia ser dirigida também a qualquer outro critério limitador da intervenção estatal, não sendo específicas apenas ao princípio da proporcionalidade.

A carência de objetividade ou racionalidade objetiva não está presente apenas na aplicação do princípio da proporcionalidade, mas sempre que deva ser realizado um raciocínio jurídico para resolver questões normativas. Logo, essa carência também afeta os critérios alternativos ao princípio da proporcionalidade. Não há qualquer critério que ofereça um método algorítmico para a solução objetiva das controvérsias de direito fundamental²⁸⁵.

Dessa forma, de acordo com Carlos Bernal Pulido²⁸⁶, o problema não consiste em indagar se o princípio da proporcionalidade pode se sustentar em argumentações

²⁸² BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 189-190.

²⁸³ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 194.

²⁸⁴ NEUMANN, *O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena*, p. 221.

²⁸⁵ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 171-172.

²⁸⁶ O autor Carlos Bernal Pulido, em sua obra “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, é o autor que expõe e analisa, de forma mais detalhada e completa, todas as críticas apontadas ao princípio da proporcionalidade, motivo pelo qual a maioria dos argumentos favoráveis ao juízo da proporcionalidade citados nessa parte da pesquisa é de sua autoria.

normativas, e sim questionar se esse princípio alcança uma maior racionalidade relativa em comparação com a aplicação de outros critérios²⁸⁷.

E quando em comparação com outros critérios, o princípio da proporcionalidade é o que apresenta uma estrutura com maior claridade. A estrutura do princípio da proporcionalidade está livre de contradições, e quanto mais é utilizado pela doutrina e pelos Tribunais maior nitidez adquire, pois à medida que um conceito se volta ao uso comum as suas ambiguidades vão se reduzindo²⁸⁸.

O princípio da proporcionalidade deve ser entendido no quadro dos direitos fundamentais, ou seja, deve ser considerado ao lado de outros princípios também extraídos da natureza desses direitos, como o da concordância prática e o da proteção do núcleo essencial. Feito isso, o parâmetro da proporcionalidade será “especialmente útil para flagrar uma indevida intervenção do Estado em posições jurídicas protegidas e não pode ser manejado em sentido oposto, isto é, para justificar iniquidades”²⁸⁹.

Ademais, o princípio da proporcionalidade possui sim um caráter predominantemente formal, mas essa sua estrutura deve ser vista como uma qualidade, e não como um defeito como apontado nas críticas. E isto porque nenhum critério material é totalmente idôneo para desempenhar a função do princípio da proporcionalidade, já que há uma pluralidade de ideologias existentes na sociedade e estas constantemente entram em colisões que não podem ser resolvidas senão por meio de critérios estruturais²⁹⁰.

No que se refere à incomensurabilidade do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, conforme Carlos Bernal Pulido, a partir da observação das considerações de Alexander Aleinikoff, há dois caminhos para superá-la. Primeiro, mediante a construção de uma hierarquia estável e definitiva que abarque todos os direitos fundamentais e todos os bens constitucionais suscetíveis de entrar em conflito. Segundo, encontrando um denominador comum que torne possível que se efetue a comparação de desvantagens e vantagens que afetem os bens e os direitos relacionados com a medida intervenciva²⁹¹.

A primeira opção oferece poucas vantagens e apresenta muitas dificuldades, pois não é fácil estabelecer em abstrato uma ordem de hierarquia, bem como caso essa escala material fosse possível acabar-se-ia por dotar o princípio da proporcionalidade de tanta objetividade, o que conduziria à formação de uma jurisprudência mecânica. A segunda opção,

²⁸⁷ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 172.

²⁸⁸ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 181.

²⁸⁹ BARROS, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 207.

²⁹⁰ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 182.

²⁹¹ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 185.

por sua vez, se mostra mais adequada, pois o procedimento argumentativo da proporcionalidade, formado pelos seus subprincípios, configura um conjunto de regras que se configuram como um denominador em comum para a ponderação²⁹².

E quanto à crítica ao princípio da proporcionalidade fundada na alegação de que há a dificuldade de se estabelecer quais são bens ou direitos possíveis de configurarem um conflito constitucional, também deve ser rejeitada. Trata-se de uma dificuldade que não decorre do princípio da proporcionalidade, mas da pluralidade de valores que vigem em uma determinada sociedade e em um determinado ordenamento jurídico, e o princípio da proporcionalidade é justamente um dos instrumentos que podem auxiliar nessa valoração.

Com relação à objeção de que o princípio da proporcionalidade resulta em uma jurisprudência *ad hoc* quando aplicado pelos Tribunais, realmente esse princípio depende em um alto grau das circunstâncias do caso concreto. Mas a sua aplicação não faz com que a jurisprudência se transforme em um emaranhado de decisões particulares que não sejam suscetíveis de serem organizadas em um sistema coerente. As circunstâncias do caso concreto são relevantes em todo processo de interpretação e de aplicação das normas jurídicas. E o princípio da proporcionalidade permite observar com nitidez as apreciações empíricas em que se fundamenta a solução do caso e, dessa forma, torna possível criticar aquelas que não são consideradas corretas²⁹³.

Da mesma forma, também são inconsistentes as críticas baseadas nas alegações de que houve uma indevida transposição do princípio da proporcionalidade do Direito Administrativo para o Direito Constitucional e para os demais ramos do direito. As diversas áreas de todos os ordenamentos jurídicos veem se conformando basicamente por meio da adaptação de conceitos provenientes de âmbitos fronteiriços, sendo tal processo bastante comum na história do Direito. E o trânsito do princípio da proporcionalidade do Direito Administrativo para o Direito Constitucional e para o Direito Penal é logicamente explicável, tendo em vista a existência de um elemento em comum nesses campos: a necessidade de controlar o exercício discricional do poder público²⁹⁴.

Assim, a despeito de certo subjetivismo ou irracionalidade, o princípio da proporcionalidade possui importante atuação no ordenamento jurídico. Nas palavras de Ulfrid Neumann, “o princípio da proporcionalidade, em que pese a suas deficiências estruturais, não

²⁹² BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 186-188.

²⁹³ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 197-198.

²⁹⁴ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 173-174.

é um tigre sem dentes”²⁹⁵. Os princípios jurídicos não são guilhotinas, mas argumentos que podem ser empregados a favor ou contra determinadas regulamentações jurídicas, e nesse sentido o princípio da proporcionalidade apresenta um modelo argumentativo eficiente. O argumento da desproporcionalidade de uma intervenção geralmente é um argumento vencedor, pois as alegações não são realizadas em um espaço lógico vazio, mas em discursos concretos, estabelecidos por meio de uma multiplicidade de premissas comuns²⁹⁶.

O princípio da proporcionalidade propicia argumentações e possibilidades de consenso que sem ele não estariam disponíveis. “Mesmos os céticos, provavelmente, não estariam preparados para simplesmente eliminá-lo do conjunto de normas constitucionais ou dos princípios gerais de direito”²⁹⁷.

À objeção de que os princípios, como o da proporcionalidade, apresentam grande indeterminação, pode-se oferecer como resposta as seguintes palavras de Claus Roxin: “princípios jurídicos superiores não se deixam apreender em uma definição passível de subsunção, mas representam apenas um padrão orientador que deve ser concretizado na matéria jurídica”²⁹⁸.

Conclui-se, assim, que todas as objeções relatadas podem ser refutadas, ou ao menos amenizadas, sendo sim o princípio da proporcionalidade um importante instrumento de proteção dos direitos fundamentais, principalmente no Direito Penal que é uma das formas mais violentas de intervenção estatal. E, como todo instrumento jurídico, não se trata de um princípio totalmente perfeito, mas que deve ser aprimorado ao longo do seu uso pela doutrina e pelos Tribunais.

²⁹⁵ NEUMANN, *O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena*, p. 229.

²⁹⁶ NEUMANN, *O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena*, p. 227-228.

²⁹⁷ NEUMANN, *O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena*, p. 228.

²⁹⁸ ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. Trad. Alaor Leite. *Revista dos Tribunais*, v. 922, p. 291-322, agosto de 2012, p. 303.

CAPÍTULO III PROPORCIONALIDADE PENAL: FASE LEGISLATIVA

1 Legitimidade da intervenção legislativa penal

O princípio da proporcionalidade, como dantes já mencionado, deve ser respeitado pelo legislador penal no momento da criação de um novo tipo penal, da modificação de uma disposição já existente, da previsão em abstrato da qualidade e da quantidade de pena a ser imputada a uma conduta típica.

O princípio da proporcionalidade, segundo Javier Barnes, constitui um filtro pelo qual deverá passar a atividade legislativa sob os seguintes aspectos: os meios que a lei arbitra deverão ser suscetíveis de alcançar a finalidade perseguida; os limites que a lei estabelece sobre os direitos e liberdades devem ser absolutamente indispensáveis para a satisfação do interesse geral; e os custos e benefícios que se desprendem da norma têm que guardar um equilíbrio proporcional²⁹⁹.

O recurso ao princípio da proporcionalidade na etapa de construção dos tipos penais permite, assim, a realização de uma seleção criteriosa das condutas humanas que devem ensejar uma tutela jurídica diferenciada através da pena, além de justificar a variedade de tratamentos dispensados às inúmeras espécies delitivas³⁰⁰.

E nesse capítulo iniciar-se-á a análise pela legitimidade da intervenção legislativa nos direitos fundamentais por meio do Direito Penal, para posteriormente se estudar a proporcionalidade da previsão típica, ou seja, a proporcionalidade entre a conduta e a sanção prevista. Nessa análise da resposta penal, todavia, se restringirá à proporcionalidade da pena, não se abordando as medidas de segurança e as consequências acessórias, posto que excederia as pretensões desse trabalho.

Nesse sentido, cabe ao legislador, quando da elaboração de uma norma penal legítima, responder a algumas perguntas principais: (a) A intervenção que se pretende realizar por meio do Direito Penal é idônea para alcançar a finalidade almejada?; (b) A proteção do bem jurídico deve realmente ser realizada por meio do Direito Penal ou há outros meios idôneos e mais benignos aos direitos fundamentais afetados pela intervenção legislativa?; (c) E, dentre os instrumentos do Direito Penal, não há outro meio também adequado, mas menos

²⁹⁹ JAVIER BARNES. Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario. *Revista de Administración Pública*, n. 135, p. 495-522, setembro-dezembro de 1994, p. 502-507.

³⁰⁰ CORREIA, O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade, p. 134.

lesivo aos direitos fundamentais?. Tais indagações passam a ser analisadas e respondidas nos tópicos que se seguem.

1.1 Prognóstico inicial sobre a idoneidade da intervenção penal

A primeira pergunta que o legislador deverá formular e deverá responder é se a intervenção que pretende realizar por meio do Direito Penal será idônea à finalidade proposta.

A idoneidade estabelece que a legitimidade do Direito Penal está vinculada à capacidade de suas normas em tutelar o bem jurídico, ou então, à capacidade de suas normas serem respeitadas por seus destinatários³⁰¹.

Quando se fala em efetividade da norma penal, esta pode ser analisada por meio de três planos distintos: (a) efetividade da norma (ou da ameaça), referente à predisposição da norma em proteger o bem jurídico; (b) efetividade da pena (ou da sua aplicação), consistente na expectativa de que no futuro a norma seja observada por quem a violou; (c) efetividade dos aparatos, referente aos órgãos relacionados à persecução penal no alcance dos objetivos estabelecidos pelo legislador³⁰²⁻³⁰³.

No caso, o juízo de idoneidade da incriminação está em consonância com a efetividade da norma, devendo o legislador se atentar para a aptidão da norma em alcançar a proteção do bem jurídico, o que não significa, todavia, que na verificação da efetividade da adequação da norma não possam ser considerados outros níveis de efetividade penal³⁰⁴.

Sendo assim, a medida interventiva não poderá ser vista como uma punição pura e simples por meio da imposição de aflições. Só será legítima a norma penal se a previsão legislativa for adequada para o alcance precípua do Direito Penal, que é a proteção dos bens jurídicos considerados mais relevantes para a sociedade³⁰⁵. Nas palavras de Lopera

³⁰¹ GOMES, *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*, p. 129-130.

³⁰² GOMES, *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*, p. 130.

³⁰³ Referindo-se ao mesmo aspecto da norma, Lopera Mesa fala em eficácia ao mencionar a adequação da norma para alcançar a finalidade perseguida, que é a proteção dos bens jurídicos, prevenindo-se a realização de condutas suscetíveis de lesioná-los ou colocá-los em perigo. E, referindo-se à eficácia, esclarece que são possíveis pelo menos três significados diferentes: (a) a norma é eficaz quando induz os destinatários a atuarem conforme o prescrito (eficácia de cumprimento); (b) a norma é eficaz quando é aplicada pelos juízes àqueles que infringem o disposto na norma de conduta (eficácia como aplicação); (c) a norma é eficaz quando serve à finalidade perseguida pelo legislador, que é a proteção de bens jurídicos mediante a prevenção de condutas que possam lesioná-los ou colocá-los em perigo. E, ainda, Lopera Mesa destaca que é esse último significado de eficácia que é o mais importante para o juízo de idoneidade, mas que esse sentido de eficácia guarda estrita relação com os outros dois (LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 410-411).

³⁰⁴ GOMES, *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*, p. 130.

³⁰⁵ ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. O princípio da proporcionalidade aplicado ao Direito Penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 80, p. 35-79, set-out/2009, p. 61.

Mesa, a “idoneidade de uma norma de sanção consiste em sua aptidão para contribuir à proteção do bem jurídico que se aduz como fundamento da intervenção, isto é, em sua capacidade para ter eficácia como êxito ou efetividade”³⁰⁶.

O Direito Penal somente pode e deve intervir quando seja minimamente eficaz e idôneo para prevenir o delito, de modo que a sua intervenção deve ser evitada quando se mostre político-criminalmente inoperante, ineficaz ou inadequada, bem quando se mostre contraproducente³⁰⁷.

E essa análise de idoneidade que deverá ser realizada pelo legislador é feita por meio de um juízo de prognósticos e não de um juízo de certeza, já que ocorre antes da entrada em vigor da norma³⁰⁸. E esse juízo de prognósticos é limitado, porque “durante a elaboração legislativa é impossível antever todos os resultados advindos da existência da norma incriminadora, que é destinada a ir se adaptando, com o tempo, à sociedade”³⁰⁹.

Ademais, esse juízo de idoneidade é feito por meio de uma análise empírica. Cabe ao legislador observar a sociedade e os comportamentos dos indivíduos para que possa aferir os possíveis resultados que poderão advir da norma incriminadora. O subprincípio da idoneidade, como já mencionado, consiste em uma valoração empírica, isto é, decorrente do exame da realidade.

Não se nega que há dificuldades para o legislador antever, com exatidão, as consequências de determinado ato legislativo. Mas é necessário que ele, pelo menos, avante a potencialidade da norma ser obedecida pela maioria da população³¹⁰. E, se mesmo assim o legislador estabelecer uma medida inadequada, deverá esta ser posteriormente revista pelo Poder Judiciário.

Além disso, para que a medida intervintiva do legislador seja considerada idônea, deverá ainda se analisar se a conduta a ser prevista no tipo penal tem efetivamente a capacidade de lesionar ou de colocar em perigo o bem jurídico que se propôs proteger. Isto porque, como mencionado outrora, a idoneidade no Direito Penal está relacionada à observância do princípio da lesividade.

E, a esse respeito, há um tipo principal de técnica legislativa que tem a sua idoneidade bastante questionada pela doutrina e pelos Tribunais, que é a previsão de crimes

³⁰⁶ Traducción libre do original: “(...) la idoneidad de una norma de sanción consiste en su aptitud para contribuir a la protección del bien jurídico que se aduce como fundamento de la intervención” (LOPERA MESA, **Principio de proporcionalidad y ley penal**, p. 412).

³⁰⁷ AGUADO CORREA, **Análisis del contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio en Derecho Penal**, p. 02.

³⁰⁸ GOMES, **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**, p. 131.

³⁰⁹ GOMES, **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**, p. 132.

³¹⁰ GOMES, **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**, p. 133.

de perigo abstrato. Os crimes de perigo reproduzem condutas que representam uma situação de perigo, de lesão potencial, não sendo necessário que provoque um dano concreto ou material; e, em sendo de perigo abstrato, o perigo é inerente à ação ou omissão, não se exigindo a sua comprovação.

Nos crimes de perigo abstrato o legislador, guiado pelas regras da experiência, declara a periculosidade genérica de algumas condutas para o bem jurídico protegido, estabelecendo que basta a realização da conduta descrita no tipo para que se considere consumado o delito.

O legislador parte da concepção de que os meios que oferecem o Direito Civil ou outro ramo do Direito para a proteção frente aos perigos e para evitá-los não são suficientes e que, assim, não se pode renunciar ao Direito Penal, tendência essa que se verifica hoje em uma perspectiva internacional³¹¹.

Se sob a ótica liberal do Direito Penal a exigência de ofensa ao bem jurídico supunha a oposição à criminalização de determinadas condutas, tendo como consequência principal uma tendência crítica de despenalização, nos dias de hoje, conforme Ana Elisa Bechara, é dominante o paradigma de efetividade na produção de segurança, passando-se da prevenção ao questionável princípio da precaução em defesa da sociedade contra ameaças provenientes de âmbitos pouco conhecidos ou controláveis sob a perspectiva dos riscos envolvidos³¹².

Os sistemas penais modernos são marcados por uma crescente expansão das fronteiras com o objetivo de abranger a proteção de novos bens coletivos, não pertencentes ao núcleo do Direito Penal clássico, e de antecipar as barreiras de proteção dos tradicionais bens jurídicos individuais, como resposta às mudanças na percepção do risco que têm lugar na sociedade atual. E se parte da ideia de que as estruturas típicas de perigo abstrato permitem alcançar esse duplo objetivo expansivo, pois através delas se consegue adiantar a intervenção penal a estados prévios de lesão ou de colocação em perigo concreto, bem como porque se adequam à tutela dos bens coletivos, já que a lesão a estes dificilmente decorre de uma conduta isolada, mas de ações reiteradas³¹³.

Nesse sentido, Pierpaolo Cruz Bottini aponta algumas razões para a proliferação dos crimes de perigo abstrato. A primeira razão é o grande potencial lesivo de

³¹¹ KINDHÄUSER, Urs. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal. **Revista Electrónica del Instituto Latinoamericano de Estudios en Ciencias Penales y Criminología**, n. 004-01, p. 01-17, 2009, p. 03.

³¹² BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Delitos de acumulação e racionalidade da intervenção penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 208, p. 2-4, 2010, p. 01.

³¹³ LOPERA MESA, **Principio de proporcionalidad y ley penal**, p. 402-403.

algumas atividades e produtos, que podem desencadear graves e irreversíveis lesões a bens jurídicos fundamentais, como é o caso da energia nuclear, da utilização de organismos geneticamente modificados e do desenvolvimento de novos medicamentos em larga escala. Essas condutas são acompanhadas por uma sensação geral de insegurança, o que leva o legislador a optar por descrições típicas que não reconheçam o resultado como integrante do injusto³¹⁴.

A segunda razão, para o autor, consiste na dificuldade de elucidação ou de previsão de nexos causais derivados da aplicação das novas tecnologias. A imprevisibilidade no manejo das atividades inovadoras e os efeitos desconhecidos dos produtos afetam a análise dos cursos causais possíveis e consequentemente tornam ineficazes os tipos penais de resultado, incitando o Direito Penal a criar tipos com configuração cada vez mais abstrata e formalista³¹⁵.

A terceira razão que contribui para a aparição dos delitos de perigo abstrato é o surgimento dos novos contextos de risco interacional, decorrentes da utilização cotidiana das novas tecnologias por parcela significativa da população. Bottini cita como exemplo o uso do automóvel, que em si mesmo não representa um risco significativo, mas quando passa a ser empregado como meio de transporte por um número considerável de usuários, em um mesmo local, cria um ambiente de risco. Em razão desse ambiente de risco, o legislador estabelece regulamentações para direcionar o controle do uso das tecnologias, valendo-se para tanto do Direito Penal como medida de reforço e de inibição do descumprimento das medidas de organização desses ambientes de interação massificada³¹⁶.

E então, diante de todos esses fenômenos, pode-se entender o porquê do legislador fazer uso massificado da técnica de crimes de perigo abstrato. “O perigo abstrato representa o sintoma mais nítido da expansão do Direito Penal, na ânsia por fazer frente aos temores que acompanham o desenvolvimento científico e econômico da atualidade”³¹⁷.

O que se pretende mostrar assim é que, a despeito dos prós e dos contras que giram em torno da constitucionalidade desse tipo de técnica legislativa, divergências estas que não serão aprofundadas na presente pesquisa, o fato é que o recurso aos crimes de perigo abstrato é uma realidade cada vez mais crescente nas sociedades atuais. E, frente a essa realidade, cabe ao legislador aprimorar os seus mecanismos de análise para que não sejam

³¹⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 61, p.44-121, 2009, p.67.

³¹⁵ BOTTINI, **Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco**, p.67-68.

³¹⁶ BOTTINI, **Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco**, p.69.

³¹⁷ BOTTINI, **Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco**, p.69.

tipificadas condutas que nem ao menos criem um perigo abstrato ao bem jurídico, sob o risco de ser violado o subprincípio da idoneidade.

No ordenamento jurídico brasileiro, a ordem econômica é tutelada por um Direito Penal precípua mente formado por crimes de perigo abstrato, e também várias infrações trazidas pelo Código de Trânsito Brasileiro e pelo Código de Defesa do Consumidor, entre outras, apresentam essa estrutura.

Mas alguns dos tipos penais presentes nesses dispositivos são despidos de ofensividade ao bem jurídico. No Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90), por exemplo, questiona-se qual seria a ofensa ao bem jurídico existente no fato de não ser dado o termo de garantia ao produto alienado. No Estatuto do Desarmamento – Lei 10826/03 – discute-se sobre a qual a ofensiva derivada do porte de munição, sem a respectiva arma, que justifique a intervenção penal.

É claro que existem casos em que os bens jurídicos podem ser afetados por uma multiplicidade de condutas, e torna-se difícil traçar uma linha de separação entre as condutas ofensivas e as condutas inofensivas. Mas é justamente nos crimes de perigo abstrato, por meio dos quais se incriminam ações gerais e abstratamente perigosas para o bem jurídico, que se torna mais difícil para o legislador separar no momento da tipificação os comportamentos inofensivos ao bem jurídico dos comportamentos que realmente provocam um perigo abstrato para o bem protegido³¹⁸.

E é por isso que nesse tipo de previsão típica deverá o legislador realizar um prognóstico minucioso acerca da relação de causalidade probabilística entre a ação e a criação de perigo para o bem jurídico, decorrendo esse prognóstico de uma valoração da conduta com apoio nas regras da experiência e no conhecimento disponível no momento de formulação dos tipos³¹⁹.

E esse tipo de prognóstico deverá ser realizado com bastante cautela pelo legislador antes de se estabelecer crimes de perigo abstrato. A criminalização atentará contra o subprincípio da idoneidade quando for destinada à incriminação de meras infrações administrativas que não supõe perigo qualquer para o bem jurídico³²⁰. Somente será idônea a proibição penal de condutas de perigo abstrato quando as formas de atuação proibidas

³¹⁸ AGUADO CORREA, Teresa. Principio de proporcionalidad en sentido amplio y delitos de peligro abstracto, p. 08. In: **El principio de proporcionalidad en Derecho penal**. Madrid: Edersa, 1999. Disponível em: <<http://vlex.com/vid/298555>>. Acesso em: 15 de maio de 2012.

³¹⁹ LOPERA MESA, **Principio de proporcionalidad y ley penal**, p. 406.

³²⁰ AGUADO CORREA, **Principio de proporcionalidad en sentido amplio y delitos de peligro abstracto**, p.08.

suponham normalmente perigo para o bem jurídico, e não apenas em situações excepcionais representem perigo para esse bem³²¹.

A imposição de pena por fatos que não demonstram uma periculosidade suficiente para tornar responsável o autor da conduta representa uma ameaça ao princípio da proporcionalidade. Nesse aspecto, segundo Bianca Mendoza Buergo, o estabelecimento de uma responsabilidade penal por meras infrações de estandartes de comportamento, desconsiderando-se postulados nos quais se deve basear a imputação da responsabilidade penal, provoca a perda de boa parte dos elementos que configuram a particularidade da mesma, bem como a aproximação do que é mais próprio do Direito Administrativo³²².

Enquanto que o Direito Administrativo visa organizar determinados setores de atividade, reforçando, a partir do critério de oportunidade, determinado modelo de gestão, o Direito Penal busca a proteção de bens jurídicos penais em casos concretos, por meio dos critérios de ofensividade e de culpabilidade. Assim, se não há qualquer potencial ofensivo, a conduta deve ser submetida não à sanção penal, mas à sanção administrativa, pois esta não necessita atingir condutas ofensivas a bens jurídicos, bastando que em geral representem um perigo para a ordenação de determinado setor de atividade³²³.

Ressalte-se, ainda, que a formulação de tipos de crimes de perigo abstrato deve estar sujeita a um ônus de argumentação bem mais intenso do que a previsão de crimes de perigo concreto e, principalmente, de crimes de lesão. O tipo de perigo abstrato não pode ser visto como preferente ou única forma de tipificação penal de comportamentos. É necessário o aprimoramento da técnica legislativa de modo que se saiba separar o realmente perigoso do inócuo.

Ademais, conforme leciona Pierpaolo Cruz Bottini, embora os crimes de perigo abstrato sejam constitucionais, devem ser interpretados sistematicamente, tendo-se em conta a orientação teleológica do Direito Penal. Mesmo que o tipo descreva a mera conduta, cabe ao intérprete e aplicador da lei – em especial, o juiz – constatar se o comportamento é inócuo para afetar o bem jurídico. Assim, “não basta a mera ação descrita na lei, faz-se necessária a

³²¹ AGUADO CORREA, **Principio de proporcionalidad en sentido amplio y delitos de peligro abstracto**, p.17-18.

³²² MENDOZA BUERGO, Bianca. Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho Penal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, Tomo LII, p. 279-321, 2002, p. 299.

³²³ BECHARA, **Delitos de acumulação e racionalidade da intervenção penal**, p. 02.

verificação da periculosidade da conduta, sua capacidade – mesmo que em abstrato – de colocar em perigo bens jurídicos”³²⁴.

Enfim, a criminalização de comportamentos sem a devida verificação do seu potencial ofensivo aos bens jurídicos pode levar a um Direito Penal autoritário, que esteja preocupado apenas em proteger a validade da norma, desconsiderando se há violação ou não da dignidade humana e dos direitos fundamentais. Não se deve permitir que por meio dos crimes de perigo abstrato se puna uma conduta por ser simplesmente contrária à norma, sem que esta tenha gerado qualquer risco para o bem jurídico.

É evidente que o Direito Penal não pode ignorar a evolução do Estado e o surgimento de novos bens jurídicos. O Direito Penal pode intervir no campo dos perigos abstratos, presente, sobretudo, no que se refere aos bens jurídicos coletivos. Mas o que não pode ocorrer é uma banalização da utilização do Direito Penal e dos crimes de perigo abstrato, o que ocasionaria em uma grave violação aos princípios penais e constitucionais, como ao o subprincípio da idoneidade.

1.2 Juízo de necessidade da intervenção legislativa

A segunda indagação que deverá ser realizada pelo legislador é se a proteção do bem jurídico deve necessariamente ser realizada pelo Direito Penal ou se há outros meios idôneos e mais benignos aos direitos fundamentais afetados pela intervenção legislativa.

E, nesse aspecto, impõe-se que o legislador se atente para dois momentos distintos. Em um primeiro momento, cabe ao legislador identificar quais são os bens-jurídicos que podem ser elevados à categoria de bem-jurídico penal. Em um segundo momento, deverá o legislador analisar a medida em que determinado bem, já considerado merecedor da tutela penal, pode ser tutelado criminalmente, ou seja, deve-se aferir quais são as modalidades de ataques que tornam indispensável o recurso ao Direito Penal³²⁵. Esses dois momentos serão analisados a seguir.

³²⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato não são de mera conduta. **Revista Consultor Jurídico**, maio de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-29/direito-defesa-crimes-perigo-abstrato-nao-sao-mera-conduta>>. Acesso em: 15 de agosto de 2012.

³²⁵ GOMES, **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**, p. 83.

1.2.1 Necessidade e princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos

O primeiro momento de análise da necessidade de uma medida interventiva penal está relacionado ao princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos. E isto porque a intervenção penal, para ser considerada necessária, deve se destinar à proteção de bens jurídicos penais.

Aguado Correa fala no princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos como uma concreção do princípio da necessidade, pelo que então se deriva do princípio da proporcionalidade em sentido amplo³²⁶. Já Silva Sánchez entende que a exclusiva proteção de bens jurídicos se trata de uma manifestação da confluência de diversos princípios garantísticos, dentre eles o da proporcionalidade enquanto necessidade da intervenção penal³²⁷.

Para Mata Barranco, por sua vez, a vinculação entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos se dá mais com o requisito da idoneidade enquanto finalidade da intervenção penal a ser dirigida a tutelar exclusivamente bens jurídicos, merecedores e suscetíveis de tutela, e mais com o requisito da necessidade enquanto limitação da intervenção aos bens que necessitem desse tipo de proteção.

O bem jurídico representa um critério de legitimação negativa ao ser um fundamento necessário da tutela penal, atuando como limite ao intervento penal. E, ainda, o bem jurídico pode ser visto como um vínculo positivo à intervenção, sendo capaz de apontar para as hipóteses em que a elevada importância dada ao bem analisado requer que este seja protegido pela forma mais intensa que a sociedade conhece, qual seja, a tutela penal³²⁸.

Mas a ideia de bem jurídico não pode ser usada “para a proteção penal de todo tipo de interesses, estrategias ou convenções morais, cuja lesão, sem embargo, careceria de uma autêntica repercussão negativa na realização dos indivíduos como seres sociais”³²⁹.

Nem todo bem jurídico é merecedor da tutela penal. O conceito de bem jurídico é mais amplo do que o de bem jurídico penal. Em uma análise panorâmica, há duas

³²⁶ AGUADO CORREA, *Principio de proporcionalidad en sentido amplio y delitos de peligro abstracto*, p.07.

³²⁷ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p. 267.

³²⁸ GOMES, *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*, p. 94.

³²⁹ Tradução livre do original: “(..) para la protección penal de todo tipo de intereses, estrategias o convicciones morales cuja lesión, sin embargo, carecería de una auténtica repercusión negativa en la realización de los individuos como seres sociales” (SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p. 268).

teorias principais no centro das discussões jurídico-penais sobre a delimitação do bem jurídico penal, quais sejam, as teorias sociológico-funcionalistas e as teorias constitucionalistas³³⁰.

As teorias sociológicas partem da ideia de que o bem jurídico deve ser aferido em sua dimensão social para que possa atuar como limite ao *jus puniendi*³³¹. Essas teorias apresentam a necessidade de “entender o bem jurídico em sua dimensão social, como condições necessárias para a conservação de uma ordem social”³³². Segundo Hassemer, um dos autores integrantes dessa visão, para compreender a existência e a função dos bens jurídicos no sistema penal é preciso se ter em conta o contexto social no qual eles se encontram. E o conceito de bem jurídico penal deve ser um conceito aberto, e isso em razão da relatividade social e política. O bem jurídico penal deve ser conceituado, de um modo genérico, como interesse humano necessitado de proteção jurídico-penal. Os bens jurídicos não são produtos de processos naturais, mas de acordos sociais baseados na experiência³³³.

Os partidários das teorias constitucionalistas, por sua vez, defendem que a norma fundamental de um ordenamento fixa a orientação do *jus puniendi*, sendo a Constituição o elemento mais adequado para que o bem jurídico cumpra a sua função³³⁴. E dentro dessas teorias, distingue-se entre os adeptos das teses constitucionais estritas e das teses constitucionais genéricas³³⁵.

As teses constitucionais estritas deduzem do texto constitucional os objetos de proteção penal, bem como a forma como essa tutela deve ocorrer, trazendo limites concretos à atuação do legislador³³⁶. Segundo os partidários dessas teses, como Bricola, o recurso à sanção penal somente está justificado quando se está diante da violação de um bem que possua relevância constitucional ou, em outras palavras, que se encontre entre os valores garantidos explicita ou implicitamente pela Constituição³³⁷.

³³⁰ Nesse trabalho não serão citadas de modo completo todas as teorias sobre o conceito de bem-jurídico penal, e isto porque se trata de uma análise extensa que extrapola os objetivos da presente pesquisa. As teorias sobre o bem jurídico penal, em razão da complexidade, são merecedoras de uma pesquisa específica.

³³¹ AGUADO CORREA, **Principio de proporcionalidad en sentido amplio y delitos de peligro abstracto**, p.17-18.

³³² Tradução livre do original: “(...) entender los bienes jurídicos en su dimensión social, como condiciones necesarias para la conservación de un orden social” (SILVA SÁNCHEZ, **Aproximación al Derecho Penal contemporáneo**, p. 268).

³³³ HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant la Blanch, 1989, p.111-112.

³³⁴ AGUADO CORREA, **Principio de proporcionalidad en sentido amplio y delitos de peligro abstracto**, p.17-18.

³³⁵ AGUADO CORREA, **Principio de proporcionalidad en sentido amplio y delitos de peligro abstracto**, p.12.

³³⁶ AGUADO CORREA, **Principio de proporcionalidad en sentido amplio y delitos de peligro abstracto**, p.12.

³³⁷ BRICOLA. Teoria generale del reato. **Novíssimo Digesto Italiano**, Torino, 1973, p. 15 e ss., *apud* AGUADO CORREA, **Principio de proporcionalidad en sentido amplio y delitos de peligro abstracto**, p.12.

As teses constitucionais genéricas consideram a norma fundamental como um marco de referência. O normal é remeter-se à forma de Estado constitucionalmente consagrada e dela deduzir os postulados que são necessários no ordenamento penal. E esse entendimento, segundo Aguado Correa, é encontrado, por exemplo, no pensamento de Claus Roxin³³⁸.

De acordo com Roxin, a única instância que está acima do legislador é a Constituição, pelo que a construção de um conceito de bem jurídico como limite à intervenção estatal tem que se reconduzir à norma constitucional. Os bens jurídicos são definidos como “dados ou finalidades necessários para o livre desenvolvimento do indivíduo, para a realização de seus direitos fundamentais ou para o funcionamento de um sistema estatal baseado nessas finalidades”^{339- 340}.

Aplicando a tese constitucionalista no ordenamento jurídico brasileiro, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, dispõe que a Constituição Brasileira de 1988 antecipa algumas valorações político-criminais que normalmente são remetidas à escolha discricionária do legislador³⁴¹. Nesse sentido, a Constituição impõe ao legislador a obrigação de punir: os atentados à liberdade e aos direitos fundamentais (art. 5º, XLI); a prática do racismo (art. 5º, XLII); a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (art. 5º, XLIII); a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e a democracia (art. 5º, XLIV); as condutas lesivas ao meio ambiente (art. 225, §3º).

³³⁸ AGUADO CORREA, **Principio de proporcionalidad en sentido amplio y delitos de peligro abstracto**, p.14.

³³⁹ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.186.

³⁴⁰ Tanto as teorias sociológicas como as teorias constitucionalistas não são isentas de críticas. Com relação às teorias sociológicas alega-se que, embora tentem assinalar determinadas condições para a existência do bem jurídico em uma sociedade democrática, ou tentem precisar a sua função garantidora, não proporcionam uma concretização do conteúdo dos bens jurídicos penais e nem mesmo a ligação destes com o sistema social, de modo que não aparece delineado de forma suficiente o seu caráter garantista (AGUADO CORREA, **Principio de proporcionalidad en sentido amplio y delitos de peligro abstracto**, p. 12). Aponta-se também como crítica a essa concepção sociológica do bem jurídico que a alusão exclusiva à disfuncionalidade social produz o perigo de raiz totalitária de que se atenda apenas às necessidades do conjunto social, esquecendo-se do indivíduo (SILVA SÁNCHEZ, **Aproximación al Derecho Penal contemporáneo**, p. 269). Quanto às teorias constitucionalistas, de modo geral, são criticadas sob o fundamento de que as suas definições de bem jurídico não são suscetíveis de dotá-lo de um conteúdo material suficiente, apresentando apenas diretivas formuladas por meio de cláusulas gerais (AGUADO CORREA, **Principio de proporcionalidad en sentido amplio y delitos de peligro abstracto**, p. 15); essas teorias pecam pela insuficiência, não caracterizando de modo pleno os bens jurídicos penalmente suscetíveis de proteção (SILVA SÁNCHEZ, **Aproximación al Derecho Penal contemporáneo**, p. 269). Outra crítica a essas teorias constitucionalistas é que todas elas, em maior ou menor medida, tendem a confundir o catálogo de bens jurídicos com os dos direitos fundamentais (AGUADO CORREA, **Principio de proporcionalidad en sentido amplio y delitos de peligro abstracto**, p. 15).

³⁴¹ GOMES, **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**, p. 111-112.

Mas seria insuficiente afirmar que apenas os bens expressos na Constituição seriam merecedores da tutela penal, pois a Constituição não contém de forma expressa o elenco de todos os bens fundamentais para o desenvolvimento do indivíduo e das relações sociais, bem como porque a complexidade e a velocidade com que ocorrem as transformações na sociedade acarretaria uma constante defasagem do rol dos bens-jurídicos penais. Assim, o ordenamento jurídico punitivo deve se orientar através de um sistema aberto de valores constitucionais, e não de um sistema fechado formado por um catálogo de bens jurídicos penais³⁴².

Fábio Guedes de Paula Machado entende que a previsão constitucional ou legal de um bem de interesse não lhe atribui, de imediato, o *status* de bem jurídico penal, mas apenas implica na verificação formal e necessária da presença de um bem jurídico. Para a formação do bem jurídico é preciso ainda um conteúdo material, e esse pode ser extraído de diversos critérios, por exemplo: da validade do ordenamento jurídico (Jakobs); da necessidade de proteção dos valores sociais (Welzel); do pacto firmado entre o Estado e os membros da sociedade (Rousseau); entre outras posições teóricas³⁴³.

Enfim, não cabe aqui deter-se no exato significado de bem jurídico penal, pois este depende da teoria do bem jurídico que se adote. O que deve ficar claro é que o objeto de proteção do Direito em geral e do Direito Penal em particular não são idênticos. E a tarefa nos dias atuais é justamente determinar quais são os traços específicos do objeto de tutela penal em relação aos demais setores do ordenamento jurídico³⁴⁴.

Compete ao legislador determinar em favor de quais realidades é justo fazer uso da proteção penal. E o que deve ser considerado como bem jurídico penal não é estabelecido com linhas divisórias absolutas e com um limite evidente, bem como a referência ao bem jurídico de um dispositivo pode se revelar com menor ou maior intensidade³⁴⁵.

Além disso, os bens jurídicos penais não se apresentam histórica e socialmente estanques, pelo contrário, revelam-se mutáveis. Sendo função do Direito Penal tutelar os bens jurídicos essenciais à realização mais livre possível do homem na sociedade, esses bens serão considerados na medida daquilo que em cada momento se mostrar como fundamental para esse propósito. Adotar um conceito de bem jurídico fechado comprometeria a sua função

³⁴² GOMES, *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*, p. 95-97.

³⁴³ MACHADO, *Questões fundamentais da responsabilidade penal pelo produto defeituoso*, p. 190.

³⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p. 275-276.

³⁴⁵ ROXIN, *Conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque*, p. 304.

político-criminal nos movimento de criminalização e descriminalização no âmbito das reformas penais³⁴⁶.

Concluindo, o legislador deve determinar qual é o bem jurídico protegido que pretende tutelar com a norma penal, não podendo o sacrifício da liberdade que impõe a norma perseguir a preservação de bens ou interesses constitucionalmente proscritos ou socialmente irrelevantes³⁴⁷. A garantia de necessidade e de exclusiva proteção de bens jurídicos penais refere-se à tutela dos bens básicos para a convivência social, constitucionalmente legítimos, impedindo a proteção penal de valores unicamente éticos ou morais³⁴⁸.

A elaboração de uma norma penal só é justificável quando necessária à proteção das condições de vida de uma sociedade estruturada sobre a base da liberdade da pessoa. O Estado não pode coagir os indivíduos a elegerem determinados modelos de comportamentos quando isto não for relevante para a manutenção da vida social. São elementos essenciais do Estado: a tolerância, o reconhecimento do pluralismo e a proteção da personalidade, elementos estes que proíbem o poder estatal de reconhecer determinados ideais como bens jurídicos³⁴⁹.

E, mais uma vez, o que não se pode permitir é que a garantia de exclusiva proteção de bens jurídicos deixe de conter uma função de operar como critério que serve de instância crítica e de limitação da intervenção punitiva do legislador, e passe a ser usada como um critério para exigir a intervenção penal ou a antecipação ou exacerbação da mesma. Não pode haver uma desmedida, desnecessária e inconsequente expansão do significado de bem jurídico penal³⁵⁰.

Dessa forma, o legislador não tem legitimidade para formular qualquer norma penal intervintiva nos direitos fundamentais. Somente será considerada necessária a norma que se destine a proteger bens jurídicos, e desde que estes sejam consagrados na sociedade atual como merecedores da tutela penal. E, mesmo que um bem seja elevado à categoria de bem penal, o Direito Penal não pode intervir na sua defesa como um todo. Aqui, o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos e o princípio da intervenção mínima se encontram em uma relação de complementação.

³⁴⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico no Direito Penal contemporâneo. *Revista Liberdades*, São Paulo, v. 01, p. 16-29, agosto-maio de 2009, p. 21.

³⁴⁷ MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, p. 150.

³⁴⁸ MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, p. 158.

³⁴⁹ BECHARA, *O rendimento da teoria do bem jurídico no Direito Penal contemporâneo*, p. 27.

³⁵⁰ MENDOZA BUERGO, *Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho Penal*, p. 296.

1.2.2 Necessidade e princípio da intervenção mínima

Realizada a análise da exclusiva proteção de bens jurídicos, o próximo passo que deverá ser efetivado pelo legislador consiste em verificar quais modalidades de ataques aos bens jurídicos tornam indispensável o recurso ao Direito Penal. E, nesse aspecto, o exame da necessidade está estreitamente vinculado ao princípio da intervenção mínima.

Isso porque, para que a medida penal seja considerada necessária, o fim perseguido pelo Direito Penal não pode ser conseguido por meio de alternativas menos lesivas aos direitos afetados. Obriga-se, assim, que seja respeitado o princípio da intervenção mínima, o qual, segundo Mir Puig, não deve ser entendido no sentido de um mínimo absoluto, mas no sentido de um “mínimo necessário para cumprir com a finalidade de proteção, um mínimo relativo que implica que não existam meios menos graves para conseguir aquela finalidade”³⁵¹.

E, quando se fala no princípio da intervenção mínima, desse são extraídos duas características atribuídas ao Direito Penal, quais sejam, a subsidiariedade e a fragmentariedade. Iniciando pela subsidiariedade, esta pode ser vista, segundo Lopera Mesa, sob um aspecto interno e um aspecto externo. Da subsidiariedade externa decorre a premissa do Direito Penal como *ultima ratio*, ou seja, esse ramo do Direito deve ser adotado como um remédio extremo que somente será aplicado quando a proteção dos bens jurídicos não possa ser obtida por meios menos lesivos e contundentes que os penais. E, da subsidiariedade interna, infere-se que é vedado o recurso às sanções mais drásticas onde baste outras menos graves para alcançar o mesmo efeito³⁵². A subsidiariedade interna é observada quando da fixação abstrata da sanção penal.

Aguado Correa, por sua vez, fala em aspecto negativo e positivo do princípio da subsidiariedade. Resulta do seu aspecto negativo a ideia de que a sanção penal não é a única disponível ao Estado para oferecer proteção ao bem jurídico, podendo este ser protegido por outros mecanismos desprovidos de caráter penal e também eficazes. E, com base no seu aspecto positivo, o Estado Social obriga a fazer algo positivo, adotando todas as medidas não penais que evitem o recurso ao Direito Penal³⁵³.

³⁵¹ Tradução livre do original: “(...) mínimo necesario para cumplir con la finalidad de protección, un mínimo relativo que implica que no existan medios menos graves (...) para conseguir aquella finalidad” (MIR PUIG, **El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho Penal**, p. 1364).

³⁵² LOPERA MESA, **Principio de proporcionalidad y ley penal**, p.459.

³⁵³ AGUADO CORREA, **Ánalisis del contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio en Derecho Penal**, p. 36.

Dessa forma, o legislador, em primeiro lugar, deverá optar por medidas de política social desprovidas de caráter sancionador. Em não sendo possíveis essas medidas, deverá então adotar sanções não penais, como sanções de caráter civil (por exemplo, a reparação dos danos ou prejuízos), sanções de caráter administrativo (por exemplo, multas e sanções disciplinares), sanções fiscais, entre outras. E, finalmente, unicamente no caso de todos esses mecanismos se mostrarem insuficientes é que o legislador poderá recorrer às sanções penais³⁵⁴.

Já no que se refere à fragmentariedade, por meio desta se busca alternativas de tipificação que restrinjam o âmbito do proibido apenas às condutas que mais gravemente lesionem ou representem um maior perigo para o bem jurídico, e isso com o objetivo de reduzir a diminuição de liberdade, que decorre da tipificação penal de uma conduta, ao mínimo necessário para cumprir com o fim de tutela³⁵⁵.

Esse caráter fragmentário, conforme exposto por Aguado Correa, aparece de forma tripla nas legislações penais atuais: (1) somente se tutela o bem jurídico frente às formas mais graves, sendo excluída a punição da conduta culposa em alguns casos determinados, e por vezes se exigindo a presença de elementos subjetivos do injusto; (2) se tipifica apenas uma parte do que é antijurídico em um determinado ordenamento jurídico e; (3) não são castigadas as ações meramente imorais³⁵⁶.

Ademais, cabe mencionar que o subprincípio da necessidade, em seu aspecto geral, possui como importante instrumento para a sua aplicação as investigações sociológico-empíricas, já que se trata de um princípio de juízo empírico. Essas investigações auxiliam o legislador por meio de demonstrações do que é estritamente necessário em termos de utilidade social geral, do que é imprescindível para a proteção social através da prevenção de fatos lesivos³⁵⁷. Trata-se de estudos que indicam em que medida o Direito Penal é necessário para alcançar o fim de prevenção, e em que medidas outras sanções ou mecanismos sociais são igualmente adequados. Todavia, às vezes há insuficiência de investigações sociológico-empíricas, quando então caberá ao legislador recorrer a outros critérios, como à sua própria experiência, o que acaba propiciando uma excessiva prerrogativa de decisão outorgada ao legislador³⁵⁸.

³⁵⁴ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y leu penal*, p.462.

³⁵⁵ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 450.

³⁵⁶ AGUADO CORREA, *Principio de proporcionalidad en sentido amplio y delitos de peligro abstracto*, p.37.

³⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p. 246.

³⁵⁸ AGUADO CORREA, *Principio de proporcionalidad en sentido amplio y delitos de peligro abstracto*, p.43.

E, além de ser um juízo empírico, a necessidade como intervenção mínima consiste também em um juízo comparativo. E isto porque, como já mencionado, deve ser feito uma comparação entre os meios adequados para a proteção do bem jurídico, escolhendo-se aquele que seja menos lesivo aos direitos do cidadão, ressaltando-se que a tutela penal é a medida mais gravosa de intervenção estatal.

Por todo o exposto, infere-se que o subprincípio da necessidade “tende à otimização do grau de eficácia dos direitos individuais frente às limitações que podem impor em seu exercício os poderes públicos”³⁵⁹. Por meio desse princípio, obriga-se o legislador penal a comparar as medidas restritivas aplicáveis e que sejam aptas para a satisfação do fim perseguido, podendo recorrer à tutela penal apenas na ausência de outra menos lesiva aos direitos dos cidadãos³⁶⁰.

Ocorre que, a despeito dessa limitação da tutela penal decorrente do subprincípio da necessidade, e de sua estrita relação com o princípio da intervenção mínima, o que se tem verificado atualmente não é uma utilização restringida do Direito Penal, muito pelo contrário, o que tem ocorrido é uma ampliação do recurso às medidas penais pelo legislador.

E a responsabilidade por esse fenômeno de expansão, que tem influenciado o legislador a recorrer mais ao Direito Penal, é atribuída às características da sociedade moderna, uma vez que esta tem passado por diversas alterações que causam efeitos em todos os setores do ordenamento jurídico.

Por um lado, a sociedade atual é marcada pela globalização, que se tornou um fenômeno de grandes proporções, atingindo toda a sociedade, e que continua em constante evolução. Com a globalização surge a explosão demográfica, o consumo desenfreado, um fortalecimento do mercado frente à soberania do Estado, as inovações, as tecnologias avançadas, e outras. A sociedade vai se tornando cada vez mais complexa.

Por outro lado, a sociedade vigente é conhecida pelo aumento da produção social dos riscos, estes decorrentes do processo de modernização³⁶¹. Não se contesta que os

³⁵⁹ Tradução livre do original: “(...) tiende a la optimización del grado de eficacia de los derechos individuales frente a las limitaciones que pudieran imponer en su ejercicio los poderes públicos” (GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, p. 189).

³⁶⁰ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, p. 189.

³⁶¹ Modernização, segundo Ulrich Beck, não significa apenas o salto tecnológico de racionalização e transformação da organização e do trabalho, mas engloba também “a mudança dos caracteres sociais e das biografias padrão, dos estilos e das formas de vida, das estruturas de poder e controle, das formas políticas de opressão e participação, das concepções de realidade e das normas cognitivas” (BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**. Rio de Janeiro: Editora 34, 2010, p. 23).

riscos sempre estiveram presentes na vida humana, sejam em razão do relacionamento com o outro, sejam em razão das forças naturais, mas na atual sociedade os riscos aumentaram quantitativa e qualitativamente.

Antes a noção de risco era um elemento considerado alheio à ordem social, ocupando as atenções de maneira periférica e acessória, não sendo necessárias constantes avaliações do risco. Hoje, os riscos são vistos como elementos nucleares da organização social, rompendo fronteiras e causando prejuízos de âmbitos globais³⁶².

E é diante dessas novas situações de riscos e como tentativa de superar a sensação de insegurança que o legislador penal tem aumentado a sua produção legislativa, criando novos tipos penais. O atual Direito penal se caracteriza pela inclusão de uma pluralidade de novos tipos penais, que têm ampliado a intervenção a âmbitos que haviam permanecido relativamente fora do alcance da tutela penal como, por exemplo, a atividade econômica, o meio ambiente, as relações consumeristas, e outros³⁶³.

Silva Sánchez fala em duplo efeito causado pela globalização no Direito Penal: por um lado, determinadas condutas tradicionalmente contempladas como delitivas têm deixado de ser consideradas como crimes, pois do contrário se converteriam em um obstáculo à nova realidade; por outro lado, têm surgido novas formas delitivas³⁶⁴.

No Brasil, essa expansão do Legislador penal é vista de forma bastante clara. Fazendo-se uma análise das transformações legislativas ocorridas após a promulgação da Constituição de 1988, revela-se uma expansão do Direito Penal em dois aspectos. Primeiro, há a criação de diversos novos tipos penais, podendo-se citar a Lei do preconceito racial (Lei 7716/89), o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90), os crimes contra a ordem tributária (Lei 8137/90), os crimes contra a ordem econômica (Lei 8176/90), a Lei do crime organizado (Lei 9034/95), a Lei de crimes ambientais (Lei 9605/90), a Lei de lavagem de dinheiro (Lei 9613/98)³⁶⁵, a Lei sobre as organizações criminosas (Lei 12694/12), entre outras. Segundo, há uma ampliação das medidas processuais constitutivas (Regulamentação da

³⁶² BECK, **Sociedade de Risco**, p. 44.

³⁶³ GRACIA MARTÍN, Luis. La modernización del derecho penal como exigencia de la realización del postulado del estado de derecho (social e democrático). **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Madrid, 3^a época, n. 03, p. 27-72, 2001, p.31.

³⁶⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, p. 65-78, n. 24, out/dez 1998, p. 69.

³⁶⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea. In: MENDES, Gilmar Mendes; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (orgs). **Direito Penal Contemporâneo. Questões controvertidas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.118.

prisão temporária – Lei 7960/89) ou uma intensificação das penas e do modo de sua execução (Lei de crimes hediondos – Lei 8072/90, por exemplo)³⁶⁶.

Verifica-se, assim, que o legislador brasileiro tem utilizado o Direito Penal como um instrumento para afrontar todos os problemas da atual sociedade de risco, como são as agressões ao meio ambiente, as drogas, a criminalidade organizada, a economia, o terrorismo, entre tantos outros.

Mas o Direito Penal não pode passar a ser visto como um agente político de transformação social. A intervenção do legislador por meio do Direito Penal somente deve ocorrer como último recurso do Estado, nos casos em que se revele imprescindível para a manutenção da ordem social, para a proteção dos direitos do homem³⁶⁷. Caso se mantenha o atual ritmo de expansão do Direito Penal, passa-se a correr o risco de que o Direito Penal, em vez de *ultima ratio*, se transforme em *prima ou sola ratio*³⁶⁸.

Com essa afirmação não se pretende engessar o Direito Penal, negando-se a necessidade de sua atuação, por exemplo, diante de bens jurídicos supra-individuais que hoje são caros a toda uma sociedade. Os bens coletivos de elevada importância merecem a atenção do Direito Penal, mas apenas onde a tutela civil e a tutela administrativa não lograrem êxito em protegê-lo das condutas mais lesivas, o que, todavia, por diversas vezes não tem sido respeitado pelo legislador penal brasileiro.

Nos crimes tributários, a título exemplificativo, por meio do artigo 6º da Lei 12382/11, possibilita-se que não haja a persecução penal no caso do pagamento ou parcelamento de tributo antes do recebimento da denúncia. Por essa previsão infere-se, então, que a sanção penal é utilizada pelo Estado apenas como uma forma de atingir o objetivo de pagamento do tributo, como uma forma de chantagem estatal, e não para o atendimento da finalidade de garantir a segurança e a liberdade dos cidadãos³⁶⁹. E, em assim sendo, havia outros meios menos gravosos e mais eficazes para proporcionar a devida proteção à arrecadação, em consonância com o princípio da proporcionalidade, e que poderiam ter sido utilizados pelo legislador.

A intenção do Estado com a criação dessa norma penal foi apenas arrecadar mais, e com mais velocidade, dissuadindo o contribuinte de contestar administrativa e judicialmente a obrigação tributária, pois, se às vésperas do fim do inquérito policial não se

³⁶⁶ BOTTINI, *O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea*, p.118.

³⁶⁷ BECHARA, *Derechos humanos y límites de la intervención penal en Brasil*, p.123.

³⁶⁸ AGUADO CORREA, *Principio de proporcionalidad en sentido amplio y delitos de peligro abstracto*, p.40.

³⁶⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Editorial. Reflexões sobre os crimes tributários: protesto pela coerência. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 227, outubro de 2011, p. 01.

optar pelo parcelamento ou pelo pagamento, de nada adiantará fazê-lo depois. Logo, “não há nada de política criminal na medida, mas sim o uso político do sistema jurídico penal para a perseguição de objetivos macroeconômicos (...)³⁷⁰.

Deve-se combater a visão do Direito Penal como um substituto da política pública em geral ou então como um meio de retificar os erros de administração do próprio Estado. E, mesmo que esteja havendo um alargamento dos objetos de proteção do Direito Penal (como a inclusão de bens supra-individuais), não se pode esperar que o Direito Penal tutele esses bens de forma global, mas sim de forma seletiva, criminalizando apenas as condutas mais relevantes e ofensivas.

Concluindo, citando Aguado Correa, diante da dicotomia ampliação-redução do Direito Penal causada pela atual sociedade, deve o legislador fazer com que prevaleça a última, mas sempre que essa escolha não resulte em um menoscabo essencial da defesa da sociedade³⁷¹.

2 Proporcionalidade penal abstrata: fixação da pena

Outra análise importante no âmbito legislativo afeta ao princípio da proporcionalidade é a da fixação da pena em abstrato. E nesse momento desempenha respeitável função ponderativa, mormente quando da fixação do *quantum* da pena, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Cabe ao legislador fixar os marcos penais, tendo ampla margem de liberdade para tanto. Mas a atividade legislativa não é absolutamente livre, devendo respeitar certos critérios, como o princípio da proporcionalidade.

A liberdade do legislador penal está sujeita ao respeito ao valor justiça do Estado de Direito, à proibição de arbitrariedades e à dignidade da pessoa humana. E desde que respeite esses valores, então terá o legislador liberdade de atuação³⁷².

E com base no princípio da proporcionalidade, o custo social-individual da pena não deve superar a desvantagem que possa causar a comissão do delito, isto é, que a

³⁷⁰ RIBEIRO, Bruno Salles Pereira. Lei 12382/11: efeitos penais do adimplemento tributário e a crise de legitimidade do Direito Penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 221, p. 08-09, abril de 2011, p. 09.

³⁷¹ AGUADO CORREA, *Principio de proporcionalidad en sentido amplio y delitos de peligro abstracto*, p.32.

³⁷² AGUADO CORREA, *Análisis del contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio en derecho penal*, p. 55.

previsão e imposição da pena, com todas as suas desvantagens, não seja mais prejudicial – em termos globais de liberdade – em relação aos benefícios que com ela se obtém³⁷³.

A esse respeito se deve esclarecer que o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito diferencia-se entre proporcionalidade penal abstrata, consistente na exigência de proporção entre o injusto e a pena, e proporcionalidade penal concreta, referente à exigência de proporção entre o fato cometido e a pena a ser aplicada pelo juiz ou pelo Tribunal. Assim, a proporcionalidade abstrata é dirigida ao legislador, enquanto que a proporcionalidade concreta é dirigida ao aplicador da lei no momento de fixação da pena em concreto.

No presente tópico, será trabalhada a proporcionalidade abstrata, através da qual deve ser realizada uma ponderação entre a conduta tipificada e a pena a ser prevista pelo legislador, de modo que os benefícios conseguidos com a previsão da pena não sejam menores que os custos gerados pela infração que se busca prevenir.

E para que se alcance essa proporção, entre conduta típica e sanção a ser prevista, diversos fatores devem ser observados, como o fim que se pretende com a pena, o bem jurídico a ser protegido e a gravidade do injusto, o que se expõe a seguir.

2.1 Proporcionalidade e fins da pena

O primeiro referente para determinar a proporcionalidade de uma pena há de ser a finalidade que com ela se pretende, variando a valoração da proporcionalidade a depender do fim que o legislador outorgue à pena, podendo ser um fim retributivo e/ou um fim preventivo.

Nesse sentido, segundo Mata Barranco, não se pode afirmar serem iguais as valorações que se efetuam da proporcionalidade de uma norma se o critério com o que medir a norma é o da retribuição pelo mal causado, o da necessidade de intimidação geral, o de fortalecimento da consciência individual e coletiva, o da periculosidade do sujeito ao todo, ou alguns deles combinados de forma variável³⁷⁴.

Ocorre que, para fazer a análise da relação entre a proporcionalidade e o fim que se pretende obter com a pena, torna-se necessário inicialmente trazer um estudo da teoria dos fins da pena. Mas esse estudo não será realizado por meio de uma apreciação exaustiva, mas apenas com o fim de relembrar as teorias existentes, de modo que posteriormente seja

³⁷³ MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, p. 177.

³⁷⁴ MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, p. 177.

possível analisar a proporcionalidade abstrata do tipo penal com base nos fins retributivos e/ou preventivos.

2.1.1 Teoria dos fins da pena

A pena é a principal consequência jurídica do delito. E diversas são as teorias que buscam justificar os seus fins, estruturadas especialmente pelos discursos de retribuição do crime e de prevenção da criminalidade. Essas teorias podem ser agrupadas em três grupos principais: teorias absolutas, teorias relativas e teorias mistas.

Iniciando-se a análise pelas teorias absolutas, estas são baseadas na ideia da pena como retribuição, como compensação do mal causado pelo crime. Há a imposição de um mal justo a um mal injusto praticado por meio do delito, como um castigo ao fato cometido.

As teorias absolutas visam o passado, aplicando-se a pena como expiação do fato criminoso, como retribuição pela culpabilidade. Uma vez que a conduta criminosa representa um mal cometido, a pena consiste em um novo mal a ser imposto ao infrator, propiciando que se equilibre a balança da justiça³⁷⁵. Modelos de teorias absolutas foram afirmados em diversos tipos de pensamentos, sendo dois de seus grandes expositores Kant e Hegel.

O mérito da teoria da retribuição, segundo Roxin, consiste na sua capacidade de impressão psicológico-social, e por proporcionar um parâmetro para a medição da pena, uma vez que a pena deve corresponder à magnitude da culpabilidade do infrator. Todavia, entende que essa teoria não pode mais ser aplicada, já que a finalidade do Direito Penal consiste na proteção subsidiária de bens jurídicos, não mais se podendo ver a pena desvinculada dos fins sociais³⁷⁶.

Para Juarez Cirino dos Santos, a ideia de retribuição até hoje está presente na literatura penal, havendo algumas explicações para essa persistência. Primeiro, a lei do talião constituiu a base antropológica da pena retributiva, por meio da retaliação expressa no “olho por olho, dente por dente”. Segundo, também a tradição judaico-cristã ocidental apresentou uma imagem retributiva-vingativa da justiça divina, tendo consistido em uma das mais poderosas influências culturais sobre a disposição psíquica retributiva da psicologia popular.

³⁷⁵ FERRÉ OLIVÉ, **Direito Penal Brasileiro**, p. 192.

³⁷⁶ De acordo com Claus Roxin, as teorias baseadas na retribuição são chamadas de absolutas justamente porque visualizam a pena como independente, desvinculada do seu efeito social (ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Pena, et al. 2^a ed. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p.82-83).

Terceiro, a filosofia idealista social foi retributiva: Kant definiu a justiça retributiva como uma lei inviolável, um imperativo categórico por meio do qual todo aquele que mata deve morrer; Hegel afirmava o crime como uma negação do direito, e a pena como negação da negação, ou seja, como rearfirmação do direito. E, quarto, o discurso retributivo no Brasil se baseia na lei penal, uma vez que no artigo 59 do Código Penal o legislador determina que o juiz aplique a pena conforme o necessário e suficiente para reprevação do crime³⁷⁷.

Mas, conforme Luiz Régis Prado, nos tempos atuais a retribuição jurídica é entendida como a necessidade de que a pena seja proporcional ao injusto culpável, de acordo com o princípio da justiça distributiva. Não se trabalha mais com a ideia de sentimento de vingança social, e sim com a concepção de que “o delito perpetrado deve operar como fundamento e limite da pena, que deve ser proporcional à magnitude do injusto e da culpabilidade”³⁷⁸.

Sob o mesmo aspecto, Oswaldo Henrique Duek Marques e Gustavo Octaviano Diniz Junqueira defendem que a finalidade da pena de reprevação, prevista no artigo 59 do Código Penal, a partir de uma releitura constitucional, afasta o fundamento metafísico que justifica a pena pela retribuição ou castigo. A reprevação deve ser entendida como limite para a pena, com base na culpabilidade do infrator³⁷⁹.

As teorias relativas, por sua vez, surgiram com o positivismo criminológico. Com base nessas teorias, o escopo final da previsão e aplicação da pena é buscar a prevenção, de modo que o objetivo é prevenir e não punir. A pena é vista como um instrumento para evitar a prática de delitos futuros.

Entende-se que a pena não pode se fundamentar no puro racionalismo da retribuição ou no caráter imoral do delito. A pena precisa ser fundamentada em algo mais prático e próximo, consistente no objetivo de que não se cometam fatos criminosos no futuro, protegendo os cidadãos e a comunidade para que possam seguir seus distintos caminhos³⁸⁰.

Nessas teorias, a prevenção pode ser classificada em geral ou especial, tendo a primeira como destinatário de seus efeitos a comunidade, enquanto que a segunda visa o próprio infrator.

A prevenção geral, que tem como foco a sociedade, contém um aspecto positivo e um aspecto negativo. Por meio da prevenção geral negativa, tendo como importante

³⁷⁷ SANTOS, *Direito Penal*, p.27.

³⁷⁸ PRADO, *Curso de Direito Penal*, p. 527.

³⁷⁹ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Os fins da pena no Código Penal Brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 167, outubro de 2006, p. 18.

³⁸⁰ FERRÉ OLIVÉ, *Direito Penal Brasileiro*, p. 195.

nome Feuerbach, busca-se criar um efeito de intimação na sociedade – se houver crime, haverá pena. Parte-se da concepção de que os cidadãos deixarão de cometer delitos pelo temor de sofrer a aplicação de uma sanção penal.

A pena previne de forma geral os delitos porque consiste em coação psicológica ou intimidação direcionada a todos os cidadãos, fazendo com que estes reprimam o seu impulso delitivo quando saibam que inevitavelmente seguirá a imposição de uma sanção pelo fato delitivo cometido³⁸¹.

Por sua vez, a prevenção geral positiva, em um aspecto geral, vê a pena como um instrumento destinado a reestabelecer a confiança da sociedade na norma penal. Essa faceta da prevenção é modernamente vislumbrada como exemplaridade, como conformidade com a lei, possuindo uma função pedagógica ou formativa desempenhada por meio das leis penais³⁸². A prevenção geral positiva reconhece um efeito comunicativo na pena, que é o de reforçar a confiança na vigência da norma e na manutenção das expectativas sociais, ainda que tal prevenção encontre limites nos direitos fundamentais previstos na Constituição³⁸³.

Da prevenção geral positiva podem ser distinguidos três efeitos distintos, mas imbricados entre si: o efeito de aprendizagem, recordando aos sujeitos as regras sociais; o efeito da confiança no Direito, que decorre da atividade da justiça penal; e o efeito de pacificação, que é produzido pela sensação de tranquilidade da população, ocasionada pela solução do conflito com o autor por meio da aplicação da sanção, reestabelecendo a paz jurídica³⁸⁴.

De acordo com Hassemer, uns dos defensores do fim de prevenção geral, o delito ataca normas de comportamentos, sendo, portanto, um problema de todos. E essas normas de comportamento sobrevivem não unicamente quando são corrigidas publicamente, mas quando se deixa claro que não serão toleradas violações da norma, quando se preserva as normas de qualquer tipo de negação. Assim, a sanção penal é uma resposta corretora à quebra da norma, e pretende assegurar a força da norma para o futuro³⁸⁵.

Deve-se mencionar que as doutrinas de prevenção geral adotam uma visão utilitarista da intervenção do Direito Penal, sendo questionada a sua legitimidade por alguns autores. E isso porque a prevenção geral tem como foco a sociedade, e não o infrator,

³⁸¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE. **Lecciones de derecho penal**. Vol. I. Madrid: Editorial Trotta S.A., 1997, p. 46-47.

³⁸² PRADO, **Curso de Direito Penal**, p. 527.

³⁸³ MARQUES, **Os fins da pena no Código Penal Brasileiro**, p.18.

³⁸⁴ ROXIN, **Derecho Penal**, p.91-92.

³⁸⁵ HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Colombia: Editorial Temis. S.A, 1999, p. 111-112.

recebendo a critica de que se utiliza do indivíduo para fins sociais, havendo a manipulação do indivíduo.

E, ainda, por meio da prevenção geral negativa a sociedade é intimidada, o que se contradiz com a sociedade democrática de direito em que vivemos, bem como atenta contra a dignidade da pessoa humana, pois o homem passa a ser instrumentalizado, servindo de meio para intimidar terceiros, o que fere a máxima segundo a qual o indivíduo só pode ser tratado como um fim em si mesmo³⁸⁶.

As dúvidas se centram também na possibilidade de que um sujeito não responsável pelo fato seja castigado quando isso se mostre necessário para evitar um mal social de transcendência maior, e na possibilidade de que a utilidade social leve à subversão das exigências de proporcionalidade abstrata. Para Silva Sánchez, contudo, esses medos podem ser superados ao se defender que o fim de prevenção geral deve ser visto em conjunto com os demais fins do Direito Penal, bem como ao se incorporar um sistema de limites que impeçam os excessos da lógica de prevenção³⁸⁷.

No tocante à prevenção especial, é dirigida ao autor individual, e também pode ser dividida em positiva e negativa. A prevenção especial positiva tem como fim ressocializar o condenado, dando-lhe a chance de trabalho, informações, de modo que possa voltar novamente a interagir com a sociedade.

Já a prevenção especial negativa consiste na prevenção para inibir a prática de um crime, mirando a figura concreta de um infrator. Sob essa ótica, trabalha-se com a ideia de segregação – afasto o sujeito do contato social, atribuindo-lhe o cárcere. Com isto se está prevenindo a sociedade de mais uma vez se tornar vítima. Pode-se verificar a segregação no Brasil no Regime Disciplinar Diferenciado, no qual se promove a segregação absoluta do condenado por certo período, não podendo sequer conviver com os outros condenados.

Um dos adeptos do fim da pena de prevenção especial foi o autor Von Liszt. Segundo a sua concepção, a prevenção especial pode atuar de três maneiras: assegurando a comunidade frente aos delinquentes, e isto mediante a reclusão destes (neutralização); intimidando o autor, por meio da pena, para que não cometa futuros delitos (intimidação); e preservando-o da reincidência mediante a sua “correção”, com o fortalecimento dos motivos sociais (correção, ressocialização)³⁸⁸.

³⁸⁶ MARQUES, *Os fins da pena no Código Penal Brasileiro*, p.18.

³⁸⁷ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p. 216-217.

³⁸⁸ VON LISZT, Franz. *La idea de fin en el derecho penal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad de Valparaíso de Chile, 1994, p. 111-112.

Para Roxin, o defeito mais grave das teorias de prevenção especial consiste em não proporcionar um parâmetro para a pena, podendo vir a conduzir à introdução de uma pena de tempo indeterminado sob a justificativa de ressocialização. Outro ponto débil dessas teorias é o de não saber o que fazer com os autores que não estão necessitados de ressocialização. E, ainda, outra questão com a qual se deparam as teorias de prevenção especial consiste no questionamento de com que direito se deve deixar o Estado educar e tratar os cidadãos adultos³⁸⁹.

Oswaldo Henrique Duek Marques e Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, em análise ao ordenamento jurídico brasileiro, entende que a prevenção especial negativa, por inviabilizar a reconstrução individual do sentenciado, foi banida pelos cânones democráticos, uma vez que a pena que busca exclusivamente afastar o sujeito da comunidade é degradante e inconstitucional. Já prevenção especial positiva, segundo o autor, está em consonância com os princípios constitucionais, sendo tratada na Lei de Execuções Penais, e devendo ser especialmente considerada durante a fase de cumprimento de pena³⁹⁰.

Por fim, verifica-se que é predominante na atualidade a busca por uma mediação entre as teorias absolutas e as teorias relativas. Considera-se que a pena será tanto retributiva, quanto preventiva, prevalecendo uma à outra a depender do autor que se adote. São representantes dessas teorias mistas, entre outros, Santiago Mir Puig e Jiménez de Asuá.

Fazendo-se uma abordagem geral, sem adentrar nas especificidades de cada um dos seus defensores, pode-se afirmar, para finalizar, que nessas teorias a pena é justificada no delito realizado e na necessidade de ser evitada a realização de novos delitos. A pena é uma necessidade social, e indispensável para a proteção de bens jurídicos, devendo ser, em um Estado Democrático de Direito, justa e adstrita à culpabilidade do autor do fato punível³⁹¹.

2.1.2 Proporcionalidade e fim retributivo e/ou preventivo da pena

Realizada a análise geral das teorias dos fins da pena, torna-se possível agora aferir qual a relação existente entre o princípio da proporcionalidade e os fins da pena, se esse princípio se vincula apenas às teorias retributivas ou também às teorias preventivas. Além disso, outro questionamento consiste na verificação de se o princípio da proporcionalidade deriva dos fins da pena, ou se deve ser visto de maneira autônoma/independente.

³⁸⁹ ROXIN, **Derecho Penal**, p. 88-89.

³⁹⁰ JUNQUEIRA; MARQUES, **Os fins da pena no Código Penal Brasileiro**, p.18.

³⁹¹ PRADO, **Curso de Direito Penal**, p. 537.

Por um lado, tradicionalmente defende-se que a ideia do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito encontra acolhida no fim de retribuição da pena, mormente em razão da base da teoria retribucionista consistir na vinculação entre a gravidade do fato e a gravidade da pena prevista.

Conforme Santiago Mir Puig, uma concepção retributiva da pena traz implícita a ideia de que a gravidade da sanção seja proporcional à gravidade do delito, se projetando a proporcionalidade em dois sentidos: obriga a castigar com uma pena que não seja inferior à exigida pela justiça, e impede que seja imposta uma pena de gravidade superior à requerida pela gravidade de delito. No primeiro sentido a retribuição obriga a castigar, e no segundo sentido limita o castigo³⁹².

Atualmente, as críticas direcionadas ao fim retributivo da pena se referem fundamentalmente ao primeiro sentido da proporcionalidade na retribuição, posto que essa ideia de castigo seja difícil de ser justificada em um Estado Democrático de Direito³⁹³. Entende-se que a pena não pode ser vista unicamente como um castigo, desvinculada de perspectivas utilitaristas.

Nesse sentido, segundo Lopera Mesa, aduzir unicamente a satisfação de um imperativo da justiça retributiva como justificação para o castigo estatal é incompatível com uma concepção instrumental do Estado e do seu poder punitivo, estabelecidos não para realizar a justiça na terra, mas para alcançar fins mais modestos relacionados com a garantia de um modelo de liberdade, no qual os direitos e a liberdade dos indivíduos sejam respeitados³⁹⁴.

Há um abandono das teorias unicamente retributivas em prol de concepções utilitaristas dos fins da pena, mas com o consenso da necessidade de manter os limites derivados da ideia de retribuição, relativos à exigência da culpabilidade como pressuposto da pena e da proporcionalidade entre a pena e o delito como medida do castigo. E há uma “reformulação da ideia de retribuição que, de *fundamento* ou *justificación* do direito a castigar, passa a ser concebida antes de tudo como um *limite* do mesmo”³⁹⁵.

Por outro lado, embora seja tradicionalmente vinculado às concepções retributivas da pena, não é correto negar que o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito também aparece acolhido nos pensamentos preventivos de caráter geral ou especial.

³⁹² MIR PUIG, Santiago. Principio de proporcionalidad y fines del derecho penal, p. 351. In: ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio (Coord.). **Estudios en memoria de José María Lidón**. Bilbao: Ed. Universidad de Deusto, 2002, p. 349-366.

³⁹³ MIR PUIG, **Principio de proporcionalidad y fines del derecho penal**, p. 351.

³⁹⁴ LOPERA MESA, **Principio de proporcionalidad y ley penal**, p. 188.

³⁹⁵ Tradução livre do original: “(...) una reformulación de la idea de retribución que, de *fundamento* o *justificación* del derecho a castigar, pasa a ser concebida ante todo como un *límite* del mismo” (LOPERA MESA, **Principio de proporcionalidad y ley penal**, p. 188).

A ideia de proporção como limite do *jus puniendi* se associa à prevenção, porque condiciona a própria eficácia da pena. Não há pena mais justa e proporcional do que a pena efetiva³⁹⁶. A proporcionalidade é um dos limites que devem ser respeitados pela prevenção em um Estado Democrático de Direito.

A pena deve ser necessária para a prevenção de delitos, mas ao mesmo tempo deve se submeter a limites relacionados com os direitos dos acusados. E, sob essa perspectiva, “o princípio da proporcionalidade será o limite constitucional material que condiciona a legitimidade da intervenção penal atendendo à sua gravidade”³⁹⁷. Não se pode cometer o equívoco de pretender aplicar a lógica preventiva sem levar em consideração o seu limite, constituído pelo próprio indivíduo, e que se caracteriza na necessária proporcionalidade entre a pena e o delito cometido³⁹⁸.

A prevenção fracassa com a falta de proporcionalidade da pena, pois tal situação ou leva os juízes a não aplicarem a lei ou, caso haja uma efetiva aplicação, os destinatários da norma irão considerar essa imposição da pena como uma loteria ao revés. Somente as penas proporcionais à gravidade dos delitos e à sua valoração social possuem condições de motivar os cidadãos a respeitar a norma³⁹⁹.

A esse respeito, também para Mir Puig um dos limites que devem ser respeitados pela prevenção em um Estado Social e Democrático de Direito é o de que a pena seja proporcional ao delito, e isto pode ser fundamentado por duas vias. Uma delas se enlaça com a ideia clássica da retribuição, segundo a qual só será admissível a prevenção que vá de encontro à justiça. Mas, se a retribuição já não mais pode ser fundamentada em razões de justiça divina, deve-se então fundamentar a proporção entre o delito e a pena na própria prevenção, porém em sua vertente de prevenção geral. Ocorre que nenhuma de ambas as ideias permite decidir quando uma infração é suficientemente grave para ser considerada um delito e castigada com uma pena, nem oferece critérios precisos para fixar limites à pena, papel este que é então desempenhado pelo princípio da proporcionalidade⁴⁰⁰. Se a proporcionalidade fosse deixada de lado e então fossem previstas penas igualmente graves para delitos de diferente danosidade, ao delinquente seria indiferente eleger a comissão de um ou de outro em caso de dúvida⁴⁰¹.

³⁹⁶ MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, p. 198.

³⁹⁷ MACHADO, *Questões fundamentais da responsabilidade penal pelo produto defeituoso*, p. 192.

³⁹⁸ BECHARA, *Derechos humanos y límites de la intervención penal en Brasil*, p. 136.

³⁹⁹ MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, p. 178.

⁴⁰⁰ MIR PUIG, *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del derecho penal*, p. 1360.

⁴⁰¹ MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, p. 142.

E, ainda, segundo o autor, a gravidade da pena a impor com a gravidade do delito não pode ser analisada desde uma perspectiva *ex post* como decorre da ideia de retribuição, mas sim deve ser contemplada a relação delito-pena por uma perspectiva *ex ante*. Ao se comparar o custo em sacrifício de direitos que implica a pena com o benefício que com ela se pode obter em termos de proteção de direitos, esse benefício não pode ser buscado na eliminação do delito cometido, mas apenas na evitação de delitos iguais no futuro. A pena será proporcional ao delito que se quer evitar em razão do efeito de prevenção que se espera da combinação penal típica⁴⁰².

Sob o mesmo aspecto, Luzón Peña defende que se um fato é pouco grave não se pode castigar igual que um mais grave, mesmo que se negue a concepção retributiva. E isso porque assim o requerem a eficácia e idoneidade preventivo-geral das penas, já que se se castigarem de modo igual os fatos poucos graves e os graves não haveria maior intimidação e inibição para cometer esses, cuja frequência poderia aumentar, produzindo-se uma gravíssima confusão nos esquemas valorativos dos cidadãos e da sociedade⁴⁰³.

Mata Barranco, por sua vez, entende que discutir sobre se a proporcionalidade deriva de critérios retributivos ou preventivos, ou se é compatível com estes, é indiferente se existe consenso sobre a exigência desse princípio e sobre o que é desproporcional. O proporcional não é o mais aconselhável preventivo-geral ou preventivo-especial, mas é aquilo que guarde correspondência com todos os elementos que se considere que devem ser levados em conta quando da valoração da conveniência da pena a ser imposta a um sujeito⁴⁰⁴.

Por todo o exposto, verifica-se que o princípio da proporcionalidade pode ser afirmado tanto em relação aos fins de retribuição da pena, quanto em relação aos fins de prevenção da pena, especial ou geral. Agora, diante de tal constatação, cabe indagar qual o tipo de relação existente entre esses institutos – se de independência ou de subordinação.

Para parcela da doutrina, a proporcionalidade é decorrente da ideia de retribuição ou de prevenção. Nesse sentido, para alguns autores – como Bajo Fernández – a proporcionalidade é um postulado da ideia de retribuição da pena, para outros – como Cerezo Mir e Luzón Peña – a proporcionalidade é inerente à própria lógica da prevenção⁴⁰⁵.

⁴⁰² MIR PUIG, **El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del derecho penal**, p. 1369.

⁴⁰³ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. “*Ius puniendi*: límites”. In: **Enciclopedia Jurídica Básica**. Madrid: Civitas, 1995, p. 3781, *apud* MATA BARRANCO, **El principio de proporcionalidad penal**, p. 182.

⁴⁰⁴ MATA BARRANCO, **El principio de proporcionalidad penal**, p. 204-205.

⁴⁰⁵ Correntes de pensamento apresentadas por Aguado Correa (AGUADO CORREA, **Ánalysis del contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio en Derecho Penal**, p. 59).

Entre esses posicionamentos, atualmente a maior parte das propostas situa a proporcionalidade na vertente da prevenção geral. Nesse sentido, Luzón Peña defende que a existência da proporcionalidade no Direito Penal é explicada e compreendida partindo-se unicamente da ideia de prevenção geral, de intimidação geral. Luzón Peña rechaça as posições que consideram a proporcionalidade como um princípio autônomo que limitaria toda a prevenção geral e especial⁴⁰⁶.

Para parte majoritária da doutrina, todavia, e à qual se filia na presente pesquisa, há a autonomia do princípio da proporcionalidade, não sendo a sua existência decorrente da existência da retribuição ou da prevenção. Trata-se de um limite aos fins da pena no momento da previsão e da aplicação desta. O princípio da proporcionalidade é autônomo, atuando como limite ao legislador penal.

O princípio da proporcionalidade, entendido como proporcionalidade entre delito e pena, tem uma razão garantista que busca evitar a instrumentalização do indivíduo e colocar freio a um Direito Penal voltado à consecução de fins de prevenção, correspondendo perfeitamente com a finalidade genérica do Direito Penal de maximizar as liberdades (também frente à atuação do Estado)⁴⁰⁷.

A exigência de proporcionalidade, segundo Aguado Correa, possui um caráter constitucional, sendo inferida do valor justiça do Estado de Direito, da proibição de arbitrariedade dos poderes públicos e da dignidade da pessoa humana – trata-se de um limite constitucional à função preventiva da pena⁴⁰⁸. E, mesmo que a proporcionalidade não se derive da prevenção geral, não há dúvidas de que ambas estão vinculadas, já que não são as penas mais graves que são as mais eficazes para obter os objetivos preventivos, e sim aquelas que são mais adequadas à gravidade dos comportamentos e à gravidade da finalidade de tutela⁴⁰⁹.

E, caso se defendesse a inserção de princípios de garantias individuais, como a proporcionalidade, dentro da bagagem da prevenção, estes seriam tergiversados, deixando de serem valores com um conteúdo próprio de dever ser, para se conformarem a meras constatações empíricas acerca das necessidades sociais de um dado momento. Tal inserção faria

⁴⁰⁶ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. **Medición de la pena y sustitutivos penales**. Madrid: Ed. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1979, p. 44, *apud* AGUADO CORREA, **Ánalysis del contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio en Derecho Penal**, p. 50.

⁴⁰⁷ NAVARRO FRÍAS, Irene. El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?. **Revista para el análisis del derecho**, Barcelona, InDret 2/2010, p. 01-33, abr. 2010, p. 14.

⁴⁰⁸ AGUADO CORREA, **Ánalysis del contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio en Derecho Penal**, p. 59.

⁴⁰⁹ AGUADO CORREA, **Ánalysis del contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio en Derecho Penal**, p. 59-61.

com que esse princípio tivesse anulada a capacidade crítica que lhe é inerente como um princípio autônomo⁴¹⁰.

Ademais, embora a doutrina da prevenção geral positiva possa apresentar como coincidentes os interesses da prevenção e os interesses dos princípios garantísticos, na verdade não é bem assim. Esses princípios, como a proporcionalidade, vistos no seio da doutrina da prevenção geral, acabam por se transformar em funções sociais – ou seja, há o desaparecimento desses princípios, sendo empregados apenas para legitimar uma determinada opção preventiva⁴¹¹.

Há a possibilidade de que as convicções sociais estejam em plena sintonia com o princípio da proporcionalidade, mas isso não ocorre sempre. E, em caso de dissonância, para Silva Sánchez se deve dar primazia ao proporcional derivado do programa político-jurídico da Constituição, em detrimento ao proporcional decorrente das convicções sociais⁴¹².

Também Aguado Correa entende que em alguns casos a prevenção e a proporcionalidade podem entrar em conflito, estando esse princípio especialmente ameaçado em sistemas penais que buscam o fim preventivo exercendo pressão e golpes de efeito entre os afetados e a opinião pública envolvida – sistemas onde os fins cada vez mais justificam os meios, mesmo que sejam desproporcionais. Nesses sistemas, é possível verificar uma “tendência exagerada do legislador penal de intentar incrementar a eficácia preventiva do Direito Penal através do aumento das penas, o que leva à diminuição de garantias próprias de um Estado de Direito, e dentre elas se encontra a proporcionalidade em sentido estrito”⁴¹³.

Assim, o que se pode concluir é que no momento da previsão da pena o legislador deverá levar em conta o efeito que se pretende alcançar com a mesma. E seja retribuição, prevenção geral ou especial, ou então uma mistura ou unificação entre elas, esses critérios deverão estar limitados pelo princípio da proporcionalidade. A pena proporcional será aquela adequada à finalidade da tutela. E o princípio da proporcionalidade não atua apenas na proporção entre pena e delito, mas também na redução da violência estatal, o que as finalidades da pena não são capazes de conter por si sós.

⁴¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, p. 235-236.

⁴¹¹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, p. 237.

⁴¹² SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, p. 240.

⁴¹³ AGUADO CORREA, *Ánalisis del contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio en Derecho Penal*, p. 62.

2.2 Proporcionalidade, bem jurídico e gravidade do injusto

O bem jurídico já foi mencionado quando do estudo da necessidade da intervenção penal. Mas, se o Direito Penal se destina à proteção dos bens jurídicos mais relevantes, esses não podem ser olvidados também quando do estabelecimento da pena em abstrato pelo legislador. E isto porque para garantir uma pena proporcional deve-se analisar a relevância do bem jurídico, assim como o ataque a esse bem, tanto sob uma perspectiva de extensão, quanto de intensidade.

Quanto maior seja o valor outorgado a cada um dos bens jurídicos, maior deverá ser o esforço empregado para garantir a incolumidade desses. Tem-se que a pena deverá ser maior correspondentemente à importância – relevância constitucional e social – do bem jurídico tutelado⁴¹⁴.

Ademais, a fixação da pena em abstrato pelo legislador não pode ser realizada considerando apenas os níveis de importância dos bens jurídicos penais. É necessário também averiguar a extensão e a intensidade do ataque ao bem jurídico a ser tutelado. Sob o aspecto extensivo, deve-se ponderar a quantidade de bens jurídicos que são afetados pela conduta típica. Quanto ao aspecto intensivo, analisa-se a intensidade do ataque ao bem jurídico.

O legislador não pode desconsiderar o grau de ofensa ao bem jurídico protegido, não podendo penalizar de igual maneira o perigo e a lesão, a lesão de um só interesse e a lesão de diversos interesses.

Um bom exemplo são os delitos de lesão, segundo Lopera Mesa, graduando o legislador a pena conforme o grau de ofensa ao bem jurídico. E caso se encontre diante de conteúdos mínimos de injusto, deverá prever a possibilidade de que o juiz deixe de aplicar a pena por ser desproporcional⁴¹⁵.

Alguns autores falam na transcendência social como critério a ser observado pelo legislador, não podendo este ser alheio à importância social do fato, à nocividade social do ataque ao bem jurídico. Nesse sentido, para Mata Barranco, o critério da transcendência social do dano permite preservar a ausência da intervenção penal caso o ataque ao bem jurídico seja imperceptível quando em comparação com a entidade da pena prevista⁴¹⁶. E, ainda, conforme Juarez Tavares, a pena deve guardar relação proporcional com o dano social produzido pelo delito, de forma que “desde que inexista essa relação ou se apresente ela de

⁴¹⁴ MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, p. 208.

⁴¹⁵ AGUADO CORREA, *Ánalisis del contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio en Derecho Penal*, p. 62.

⁴¹⁶ MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, p. 211.

modo absolutamente inexpressiva, pode-se questionar a validade da norma que instituiu a punição, em face de haver o legislador atuado arbitrariamente na sua confecção”⁴¹⁷.

Ademais, além da relevância e do grau de afetação do bem jurídico, outro fator que influencia para o estabelecimento de uma pena proporcional é o desvalor da ação, não podendo o legislador sancionar com a mesma pena as condutas culposas e as dolosas. E também deverá ser considerada a forma de execução que pode vir a ser utilizada pelo agente, bem como a atuação deste no delito, se como autor ou como partícipe.

No que se refere aos graus de execução, esse critério deve ser levado em conta pelo legislador para prevenir que a tentativa seja castigada com a mesma pena prevista para o delito consumado. E quanto às formas de participação, para que haja a proporcionalidade entre delito e pena, aos partícipes deve ser possibilitada pelo legislador a imposição de uma pena inferior à fixada para os autores⁴¹⁸.

Mas o que se verifica é que esses critérios, como a importância do bem jurídico e a nocividade social de sua agressão, bem como a comparação entre as condutas criminosas, parecem não terem sido observados por diversas vezes pelo legislador brasileiro, o que resultou em tipos desproporcionais.

Inicialmente, podem-se citar como exemplo os crimes contra a ordem econômica previstos na Lei 8137/90. Nessa lei, a título ilustrativo, tem-se o artigo 4º que prevê diversas condutas que caracterizam crimes contra a ordem econômica, e comina uma pena de 02 (dois) a 05 (cinco) anos e multa⁴¹⁹.

Fazendo-se uma análise comparativa, o crime de furto qualificado⁴²⁰ possui uma pena maior que o crime contra a ordem econômica, sendo que este em diversas ocasiões causa maiores estragos à sociedade do que aquele.

Assim, segundo Guilherme Nucci, um ladrão de aparelho de som, que estoura o vidro de um carro, está sujeito a uma pena de reclusão de 02 (dois) a 08 (oito) anos e multa,

⁴¹⁷ TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p. 75-87, 1992, p. 84.

⁴¹⁸ AGUADO CORREA, **Análisis del contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio en Derecho Penal**, p. 58.

⁴¹⁹ Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica: I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas. II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. Pena - reclusão, de 02 (dois) a 05 (cinco) anos e multa (Lei 8137 de 1990, alterada pela Lei 12529 de 2011).

⁴²⁰ Art. 155. § 4º - A pena é de reclusão de 02 (dois) a 08 (oito) anos, e multa, se o crime é cometido: I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração 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 (Decreto-Lei 2848 de 07 de dezembro de 1940).

sendo que o valor do aparelho de som representa alguns reais. Já o abuso de poder econômico, dominando o empresário o mercado e eliminando a concorrência, pode significar milhões de reais, mas a pena cominada é ínfima⁴²¹. Há manifesta desproporcionalidade.

Outro exemplo que pode ser mencionado é o artigo 158, §3º do Código Penal⁴²², introduzido pela Lei 11923/2009. Esse tipo criou a figura do sequestro relâmpago, punindo-o com uma pena de 06 (seis) a 12 (anos) de reclusão e multa. Ocorre que, em comparação com outros tipos penais, esse artigo constitui em flagrante desproporcionalidade de tratamento penal.

Nesse tipo penal estão sendo protegidos dois importantes bens jurídicos, quais sejam, o patrimônio e a liberdade individual. Mas mesmo assim, quando comparado com o art. 129, §2º do Código Penal⁴²³, é inegável a desproporção. Como aponta Mariângela Gama de Magalhães Gomes, não há proporção em se punir com 06 (seis) a 12 (anos) de reclusão quem obriga a outrem a ir ao banco e sacar determinada quantia em dinheiro, enquanto que se pune com 02 (dois) a 08 (oito) anos de reclusão a lesão corporal que resulte em incapacidade permanente para o trabalho, perda de membro ou deformidade permanente. Além disso, é insustentável que à lesão corporal com resultado morte seja prevista pena de 04 (quatro) a 12 (doze) anos, ao passo que se esse mesmo resultado provier do sequestro-relâmpago a pena será de 24 (vinte e quatro) a 30 (trinta) anos. E se pode falar mais: não há racionalidade em se punir esse sequestro-relâmpago com a mesma pena mínima do homicídio⁴²⁴.

Sob esse aspecto, pode-se citar ainda outro exemplo, que é o do artigo 184, §1º do Código Penal⁴²⁵, alterado pela Lei 10695/2003. Prevê esse artigo o crime de violação de

⁴²¹ NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 1007.

⁴²² Art. 158 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar fazer alguma coisa. Pena - reclusão, de 04 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa. (...) §3º. Se o crime é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica, a pena é de reclusão, de 06 (seis) a 12 (doze) anos, além da multa; se resulta lesão corporal grave ou morte, aplicam-se as penas previstas no art. 159, §§ 2º e 3º, respectivamente (Decreto-Lei 2848 de 07 de dezembro de 1940).

⁴²³ Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de 03 (três) meses a 01 (um) ano. § 2º Se resulta: I - Incapacidade permanente para o trabalho; II - enfermidade incurável; III - perda ou inutilização do membro, sentido ou função; IV - deformidade permanente; V - aborto: Pena - reclusão, de dois a oito anos.

⁴²⁴ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. A Lei n. 11923/09 e outra vez a desproporcionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, nº. 199, jun. 2009, p.08-09.

⁴²⁵ Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos: Pena - detenção, de 03 (três) meses a 01 (um) ano, ou multa. §1º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente: Pena - reclusão, de 02 (dois) a 04 (quatro) anos, e multa. §2º Na mesma pena do §1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do

direitos autorais “com o intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma”, estabelecendo uma pena de 02 (dois) a 04 (quatro) anos e multa. O problema é que a sanção mínima dessa conduta típica é idêntica à do crime de homicídio tentado ou de infanticídio, crimes estes que são bem mais graves⁴²⁶.

E, para finalizar, dentre tantas outras previsões, é possível mais uma vez demonstrar equívocos do legislador pátrio. Por um lado, no Código de Trânsito Brasileiro, no artigo 303⁴²⁷, há a previsão do crime de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, com uma pena de detenção de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos; por outro lado, no artigo 129 do Código Penal, tem-se o crime de lesão corporal dolosa, ao qual foi prevista a pena de 03 (três) meses a 01 (um) ano de detenção.

O que se verifica é mais um caso de flagrante desrespeito ao princípio da proporcionalidade pelo legislador brasileiro. E isso porque aquele que se vale do veículo automotor para dolosamente cometer lesão corporal em outrem terá uma pena inferior àquele que causa a lesão de maneira culposa. Por maior que seja a liberdade do legislador em criar leis, não se pode permitir que a pessoa que age de forma culposa tenha a sua conduta mais reprovada do que aquele que quer o resultado.

E não é apenas à lesão corporal culposa, mas também ao homicídio culposo⁴²⁸, que Código de Trânsito Brasileiro estabelece um tratamento mais rigoroso do que o Código Penal. Para o homicídio culposo, a pena mínima da lei de trânsito é o dobro da pena prevista no Código Penal.

Ocorre que nos delitos do Código de Trânsito Brasileiro o automóvel não é senão mero instrumento da conduta culposa. E quando da fixação do *quantum* da pena, para que esta seja proporcional, o que deve ser considerado é o grau de violação do dever objetivo de cuidado, previsto para evitar o dano em cada caso concreto, independentemente do instrumento que foi utilizado pelo agente. Ressalte-se que, em diversas situações estranhas ao trânsito, o autor de uma lesão culposa ou de um homicídio culposo poderá atuar com maior

direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.

⁴²⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 85, p. 267-296, jul./ago. 2010, p. 282.

⁴²⁷ “Art. 303. Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor. Penas - detenção, de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Parágrafo único: Aumenta-se a pena de um terço à metade, se ocorrer qualquer das hipóteses do parágrafo único do artigo anterior”.

⁴²⁸ Segundo o Código de Trânsito brasileiro, no art. 302: “Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor: Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor”. Já o Código Penal Brasileiro estabelece, no artigo 121, §3º: “Se o homicídio é culposo: Pena – detenção, de 01 (um) a 03 (três) anos”.

grau de culpa e merecer, em consequência, maior reprovabilidade do que o envolvido em um acidente de automóvel⁴²⁹.

Assim, várias são as previsões legislativas atualmente vigentes e que são visivelmente desproporcionais. E o pior é que, ao que tudo indica, infelizmente o legislador pátrio continuará a cometer equívocos. Tal afirmação decorre da análise do anteprojeto do novo Código Penal brasileiro, do qual se falará em separado no próximo tópico, por razão de didática e clareza.

Enfim, após todos os exemplos de tipos desproporcionais, entre tantos outros existentes, é preciso destacar os ensinamentos de Mariângela Gama de Magalhães Gomes. De um lado, é claro que não é fácil avaliar a proporcionalidade entre o delito e a pena tendo como ponto de partida exclusivamente as características gerais e os atributos desta. Só que, mesmo que não seja fácil, o legislador deve identificar a quantidade de pena necessária para abster os indivíduos de praticar a conduta, e isso considerando não apenas a natureza do bem jurídico sob tutela e a sua forma de agressão, mas também os balanceando com a restrição à liberdade ameaçada com a cominação da pena criminal⁴³⁰.

E, por outro lado, o juízo de proporcionalidade é justamente uma ferramenta constitucional que auxilia na busca pela harmonia de todo o sistema penal. E isto porque a pena, segundo Papa, ao expressar em termos numéricos uma ordem das relações entre os vários tipos incriminadores, constitui uma referência para se verificar a observância da regra arquitetônica que deve guiar o legislador na construção de uma ‘constelação de delitos’⁴³¹. O que se quer dizer é que é tarefa constitucional do legislador proceder à comparação das diversas condutas incriminadas e, tendo como parâmetro a importância dos bens jurídicos analisados e as agressões diferentes sofridas por estes, deve aprender a diferença entre os comportamentos típicos, de modo que a quantidade da pena cominada se diferencie conforme os graus de afronta aos bens jurídicos protegidos⁴³².

Sendo basicamente impossível estabelecer uma correspondência exata entre um fato e a punição criminal tendo-se como base somente essa relação crime-sanção em si

⁴²⁹ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Crimes culposos no novo Código de Trânsito. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 66, maio de 1998.

⁴³⁰ GOMES, **A Lei n. 11923/09 e outra vez a desproporcionalidade no ordenamento jurídico brasileiro**, p.08-09.

⁴³¹ PAPA. Considerazioni sul controllo di costituzionalità relativamente alla misura editale delle pene in Italia e negli U.S.A. In: **L'influenza dei Valori Costituzionali Sui Sistemi Giuridici Contemporanei, a Cura di Alessandro Pizzorusso e Vincenzo Varano**, Tomo I, Milano: Giuffrè, 1985, p. 688, *apud* GOMES, **A Lei n. 11923/09 e outra vez a desproporcionalidade no ordenamento jurídico brasileiro**, p.08-09.

⁴³² GOMES, **A Lei n. 11923/09 e outra vez a desproporcionalidade no ordenamento jurídico brasileiro**, p.08-09.

mesma, deve-se então partir para a comparação com outras relações crime-sanção previstas na legislação, quando então será possível aferir a proporcionalidade⁴³³.

Assim, não há uma fórmula perfeita para calcular a pena a ser prevista em um tipo penal. Mas há, pelo menos, um jeito de se exigir um mínimo de objetividade na aferição dos limites máximo e mínimo das penas, que é a observação empírica das penas já atribuídas a outros crimes. O legislador deve se atentar para as penas já existentes no ordenamento, arquitetando o crescimento gradativo das penas conforme a crescente gravidade dos delitos⁴³⁴.

É dever atribuível ao legislador analisar todos os fatores mencionados para que haja a observância do princípio da proporcionalidade na relação entre o delito e a pena. E, além disso, o legislador deve ainda possibilitar ao juiz ou à turma julgadora do fato criminoso uma adaptação da pena de acordo com as peculiaridades do caso concreto, motivo pelo qual não há a previsão abstrata de uma pena única e fixa, mas sim de um limite mínimo e de um limite máximo. Todavia, caso mesmo assim o legislador não cumpra com a sua finalidade de maneira racional e proporcional, caberá então ao Tribunal Constitucional “corrigir” a constitucionalidade dos tipos penais.

3 Projeto de Lei nº. 236 de 2012

Nesse tópico, buscar-se-á abordar a possível reforma da legislação penal brasileira. Trata-se do Anteprojeto do novo Código Penal, elaborado por uma comissão de juristas, e agora transformado no Projeto de Lei nº. 236 de 2012, proposto pelo Senado Federal.

Não se intenta realizar uma exaustiva análise de todos os aspectos do anteprojeto do Código Penal. O projeto de lei ainda está em, inclusive com a possibilidade de alteração da redação inicial dos artigos que em seguida serão questionados. Mas isso não impede que aqui sejam tecidas considerações acerca de alguns dos dispositivos presentes nesse projeto, mormente considerando a quantidade de críticas que lhes têm sido direcionadas.

Entre as críticas feitas ao Anteprojeto do novo Código Penal, tem-se a alegação de esquecimento do princípio da proporcionalidade, embora haja menção a esse princípio no

⁴³³ PALAZZO, Francesco Carlo. Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali. **Rivista Italiana di diritto e procedura penale**, Anno XLI, p. 350-384, 1998, p.374.

⁴³⁴ AZEVEDO, Paulo Bueno. Aplicação da pena abaixo do mínimo legal: a proporcionalidade no Direito Penal. **Revista da seção judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 29, p. 175-184, dezembro/2010, p. 177.

relatório da comissão redatoria. E aqui o que se pretende é destacar principalmente a violação no que diz respeito à proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, na relação entre a conduta típica e a pena prevista de forma abstrata.

Sob esse aspecto, pode-se iniciar fazendo uma análise comparativa do tipo de omissão de socorro à pessoa e do tipo omissão de socorro aos animais. Segundo o Projeto Lei nº. 236/2012, à conduta de omissão de socorro a criança abandonada ou extraviada ou a pessoa inválida ou ferida é imposta a pena de 01 (um) a 06 (meses) ou multa (artigo 132)⁴³⁵; por sua vez, ao crime de deixar de prestar assistência ou socorro, quando possível fazê-lo, sem risco pessoal, a qualquer animal, a pena é de 01 (um) a 04 (quatro) anos de prisão (artigo 394)⁴³⁶.

Assim, para uma criança abandonada ou uma pessoa ferida a pena mínima é de um mês ou multa, enquanto que em relação a qualquer animal a pena mínima é de um ano, ou seja, é doze vezes superior, sendo esse apenas um dos absurdos comuns ao longo do “Projeto Sarney”⁴³⁷. Atente-se ainda para o fato de que para o crime de omissão de socorro à pessoa é prevista a possibilidade de substituição da pena privativa pela pena única de multa, o que não ocorre na omissão de socorro a animais.

Além disso, o texto do “novo Código Penal” prevê uma pena de 02 (dois) a 04 (quatro) anos de prisão para o agente que modificar ninho de aves de espécies silvestres (artigo 388, §1º)⁴³⁸, bem como condena o comprador de certas espécies da fauna a uma pena

⁴³⁵ Art. 132. Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena - prisão, de 01 (um) a 06 (seis) meses, ou multa. Parágrafo único. A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, em qualquer grau, e triplicada, se resulta a morte.

⁴³⁶ Art. 394. Deixar de prestar assistência ou socorro, quando possível fazê-lo, sem risco pessoal, a qualquer animal que esteja em grave e iminente perigo, ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública. Pena – prisão, de 01 (um) a 04 (quatro) anos. Parágrafo único – A pena é aumentada de um terço a um sexto, se o crime é cometido por servidor público com atribuição em matéria ambiental.

⁴³⁷ INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÉNCIAS CRIMINAIS (IBCCRIM), INSTITUTO MANOEL PEDRO PIMENTEL (USP) e INSTITUTO TRANSDISCIPLINAR DE ESTUDOS CRIMINAIS (ITEC). **Manifesto sobre a reforma do Código Penal.** Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/manifesto/manifesto2012.php?acao&manForm>. Acesso em: 13 nov. 2012.

⁴³⁸ Art. 388. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: Pena – prisão, de 02 (dois) a 04 (quatro) anos. §1º Incorre nas mesmas penas: I – quem impede a propriedade da fauna, sem licença, autorização ou em desacordo com a obtida; II – quem modifica, danifica ou destrói ninho, abrigo ou criadouro natural de espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória; III – quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados ou sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente.

de até 06 (seis) anos de prisão (artigo 389)⁴³⁹. Já a pena para o crime de abandono de pessoa incapaz é de 01 (um) a 04 (quatro) anos⁴⁴⁰, ficando evidente o desrespeito ao princípio da proporcionalidade.

E outras cominações desproporcionais podem ser destacadas. Conforme demonstra Gustavo de Oliveira Quandt: a injúria (artigo 138) recebe o mesmo tratamento – pena de 06 (seis) meses a 01 (um) ano - das lesões corporais leves (artigo 129); o sequestro (artigo 149) é punido da mesma forma – 01 (um) a 04 (quatro) anos - ao simples constrangimento ilegal (artigo 145); a difamação (artigo 137) possui a mesma pena - de 01 (um) a 02 (dois) anos - das lesões corporais causadas com culpa gravíssima (artigo 129, §9º); o dano a dados informáticos (artigo 164) tem pena máxima – pena de 06 (seis) meses a 03 (três) anos - três vezes superior ao dano comum (artigo 163) – pena de 06 (meses) a 01 (um) anos - sem qualquer justificativa plausível⁴⁴¹.

E, ainda, as lesões corporais simples (artigo 126) recebem a pena de 06 (seis) meses a 01 (um) ano, enquanto que o disparo de arma de fogo (artigo 244) possui a pena de 01 (um) a 03 (três) anos. Diante disto, segundo Luís Greco, “não basta em si a louvável intenção de acabar com a selva da legislação penal extravagante, se um dos piores problemas dessa selva, suas cominações desproporcionais, mesmo aleatórias, não é resolvido”⁴⁴².

Pode-se citar também o arremesso de objetos em um veículo em movimento, que possui a pena de 02 (dois) a 05 (cinco) anos (artigo 200, §1º)⁴⁴³, não precisando o veículo sequer ser atingido. Mas, caso o sujeito atire dolosamente e acerte a pedra em outro cidadão, a pena a ser aplicada é a prevista para o delito de lesões corporais, qual seja, de 06 (seis) meses a 01 (um) ano. Há, assim, uma abismal desproporção na previsão de crimes e de penas, o que

⁴³⁹ Art. 389. Importar, exportar, remeter, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em cativeiro ou depósito, transportar, trazer consigo, guardar, entregar a comércio ou fornecer ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, incluídos penas, peles e couros, sem autorização legal e regulamentar: Pena – prisão, de 02 (dois) a 06 (seis) anos.

⁴⁴⁰ Art. 131. Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono: Pena – prisão, de 01 (um) a 04 (quatro) anos.

⁴⁴¹ QUANDT, Gustavo de Oliveira. A aplicação da Lei Penal no projeto do Código Penal. **Revista Liberdades**, São Paulo, Edição Especial – Reforma do Código Penal, p. 08-34, 2012, p. 33. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/10A/integra.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2012.

⁴⁴² GRECO, Luís. Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal). **Revista Liberdades**, São Paulo, Edição Especial – Reforma do Código Penal, p. 35-58, 2012, p. 38. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/10A/integra.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2012.

⁴⁴³ Art. 200. Expor a dano potencial a segurança do transporte coletivo viário, ferroviário, marítimo, aéreo ou outro assemelhado: I – destruindo, danificando, ou desarranjando, total ou parcialmente, o leito carroçável, os trilhos, as instalações, fios elétricos, placas e meios de sinalização; II – colocando obstáculos; III – removendo ou danificando equipamentos necessários à segurança; III – transmitindo falso aviso acerca do movimento dos veículos ou interrompendo ou embaralhando o funcionamento de meios de comunicação; ou IV – praticando outro ato de que possa resultar desastre: Pena – prisão, de dois a cinco anos. § 1º Aplicam-se as mesmas penas a quem arremessar objeto contra veículo em movimento, ainda que de transporte individual.

é especialmente grave para um projeto que, segundo o relatório da comissão redatoria, objetiva tornar a parte especial o centro do sistema penal, reduzindo o peso da legislação extravagante e rompendo com o fascínio da legislação penal de urgência⁴⁴⁴.

Enfim, vários são os exemplos de desproporcionalidade. A comissão, em seu relatório, cita o atraso do atual Código Penal e a criação de inúmeras leis esparsas para atender necessidades prementes, o que teria acarretado, segundo ela, em um prejuízo de sistematização e organização dos tipos penais e de proporcionalidade das penas. Mas o que se verifica é que infelizmente o propósito da comissão de evitar a desproporção das penas não foi atingido.

E talvez possa ser apontada como uma das causas para não se ter logrado esse fim a rapidez na elaboração do anteprojeto. Esse documento foi produzido em apenas sete meses e ainda se mostrou o intento de votá-lo no Senado até o fim do ano de 2012. Ocorre que o Direito Penal não consiste simplesmente em conjunto de normas escritas, mas em uma ciência e, como tal, necessita de um estudo mais amplo e com mais tempo para que haja a substituição do seu principal diploma normativo.

Ademais, conforme Luís Greco, houve uma simples e precária consolidação das leis penais, realizada sem qualquer senso de prioridade. O anteprojeto se limitou a inserir as leis esparsas no próprio Código, sem resolver os dois problemas fundamentais dessas leis, quais sejam, o das incriminações aleatórias, repetitivas ou injustificadas, e o das cominações desproporcionais. E o que é mais grave: ao inserir conteúdos irrefletidos dessas leis no corpo do Código Penal, tornou muito mais difícil extirpá-los do ordenamento⁴⁴⁵.

Finalizando essa breve análise do anteprojeto, é claro que este não possui apenas erros, mas também acertos. No que se refere ao princípio da proporcionalidade, ele foi respeitado pela comissão julgadora – mormente em relação ao subprincípio da necessidade -, por exemplo, ao se deixar de criminalizar a manutenção de casa de prostituição (atual artigo 227 do Código Penal) e o escrito ou objeto obsceno (atual artigo 230 do Código Penal), condutas estas contrárias unicamente à moral e os bons costumes.

Mas, para alguns autores, os acertos não superam os erros, de modo que a esperança é a de que o projeto não se transforme em lei. Nesse sentido, segundo Gustavo de Oliveira Quandt, o projeto como um todo não passa de uma falsa promessa e de uma imensa

⁴⁴⁴ LEITE, Alaor. A aplicação da Lei Penal no projeto do Código Penal. **Revista Liberdades**, São Paulo, Edição Especial – Reforma do Código Penal, p. 59-97, 2012, p. 64-65. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/10A/integra.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2012.

⁴⁴⁵ GRECO, Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal), p. 42.

decepção, e se aprovado incorrerá no máximo fracasso de um Código Penal: com ele nascerá a tendência de reformá-lo⁴⁴⁶. E, ainda, para Alaor Leite, o projeto não deve se transformar em lei porque a exposição de motivos e a redação de alguns dispositivos deixaram claro que não apenas a vida do brasileiro não vale nada para o atual movimento reformador, mas também a ciência jurídico-penal parece não ter muito valor⁴⁴⁷.

4 Obstáculos à proporcionalidade

Por meio de todo o exposto nos tópicos anteriores é possível agora, para encerrar o terceiro capítulo dessa pesquisa, reconhecer alguns dos fenômenos que têm sido obstáculos à efetiva observância do princípio da proporcionalidade no Direito Penal. Entre eles, pode-se mencionar os movimentos expansionistas, a pressão midiática e o Direito Penal simbólico, fenômenos estes não discrepantes, mas que relacionam entre si, e que veem influenciando diretamente a atividade legislativa.

Os movimentos expansionistas, como o Movimento de Lei e Ordem, defendem em geral um discurso do Direito Penal como solução para todos os males que afigem a sociedade.

Por meio desses movimentos político-criminais se pretende que o Direito Penal seja protetor de, basicamente, todos os bens da sociedade, isto é, “se um bem jurídico é atingido por um comportamento antissocial, tal conduta poderá transformar-se em infração penal, bastando, para tanto, a vontade do legislador”⁴⁴⁸. Para os adeptos do movimento de Lei e Ordem, as penas alternativas, que evitam o encarceramento de agentes que cometem condutas típicas de pouca importância, são vistas como um estímulo para a prática de outros delitos⁴⁴⁹.

E a mídia exerce papel fundamental no movimento de expansionismo e endurecimento do Direito Penal, uma vez que superestima os crimes violentos e é uma das principais responsáveis pela manutenção da cultura do medo que hoje domina a sociedade.

Não se pretende negar a relevante atuação social da mídia, consistente em informar, conscientizar, entender e discutir as diversas questões sociais. A imprensa é um dos meios através dos quais a sociedade civil se manifesta, emite opiniões, troca informações,

⁴⁴⁶ QUANDT, *A aplicação da Lei Penal no projeto do Código Penal*, p. 34.

⁴⁴⁷ LEITE, *A aplicação da Lei Penal no projeto do Código Penal*, p. 96.

⁴⁴⁸ GRECO, *Direito Penal do equilíbrio*, p. 14.

⁴⁴⁹ GRECO, *Direito Penal do equilíbrio*, p. 15.

vigia, denuncia e cobra dos três poderes. Mas o que se tem observado é que a mídia não tem desempenhado o seu papel da forma como deveria.

A notícia hoje é vista como uma mercadoria pela imprensa. O processo de decisão sobre qual notícia será veiculada à sociedade, e de que maneira, é feito tendo como base o produto que irá mais atrair leitores e patrocinadores. Ocorre que a imprensa não pode ser vista como uma mercadoria qualquer, pois as suas notícias moldam opiniões e interferem no processo de construção da realidade pela sociedade.

E no que se refere especificadamente às notícias de crimes, os noticiários sobre violência migraram dos seus tradicionais redutos editoriais e jornais especializados, e passaram a ganhar destaque em todos os meios de comunicação. A notícia sobre a violência, todavia, não tem sido passada de forma apenas a informar, mas também emocionar, estimulando a curiosidade, a intolerância e o próprio medo⁴⁵⁰.

A violência é hoje, na mídia, utilizada como uma forma de entretenimento, sendo possível verificar inúmeros programas destinados exclusivamente a fazer simulações e sensacionalismos de crimes que tiveram destaque na sociedade; trata-se de programas caracterizados pelo exagero, pelo apelo emotivo e pelo uso de imagens fortes na cobertura de um fato criminalístico.

Programas sensacionalistas realizam um excesso de exposição da imagem do acusado, tornando-o culpado antes de qualquer investigação policial e judicial, além de agravarem preconceitos sociais e impossibilitarem a ressocialização do preso. E, ainda, esses programas também dramatizam o sofrimento da vítima e de seus familiares, de forma a criar um sentimento de repulsa em relação ao acusado da prática do crime e um sentimento de insegurança em toda a sociedade.

Além disso, as notícias de crimes trazidas pela mídia nem sempre estão estritamente em consonância com a realidade. Os jornais dão destaque para os crimes de maior impacto social, como os crimes violentos, criando uma sensação falsa na população de predomínio desses tipos de crimes em detrimento de outros, como furtos e lesões leves. A intensidade de certos tipos de crimes informados pela mídia não corresponde ao que é apurado pelos órgãos de segurança pública⁴⁵¹.

Tudo isso faz com que a imprensa ocupe, então, indiscutivelmente um dos primeiros lugares entre as instituições responsáveis por criar e sustentar o pânico. As

⁴⁵⁰ PASTANA, Débora Regina. Imprensa e violência: a reprodução do medo. In: **Cultura do Medo**. São Paulo: Editora Ibccrim, 2003, p. 72/73.

⁴⁵¹ PASTANA, **Imprensa e violência**, p. 76/77.

manchetes jornalísticas fazem muito mais uma chamada do medo, do que trazer efetivamente informação. Hoje nos sentimos cada vez mais inseguros e isso em razão do número de notícias de crimes que veiculam na mídia. As imprensas, escrita e falada, socializam um modo de ver e de interpretar o fenômeno de forma distorcida da realidade, hipertrufiam os fatos através da espetacularização da notícia e da estética das imagens, desviam o foco da atenção para o perigo imaginário que se restringe e localiza em certos tipos de sujeitos e nas camadas e espaços sociais a eles relacionados⁴⁵².

Por sua vez, esse clima de insegurança e hostilidade criado pela imprensa faz com que se legitimem cada vez mais políticas públicas distorcidas, caracterizadas por: políticas de “lei e ordem”, leis de vigilância comunitária, crença de que a prisão funciona como principal forma de controle do crime⁴⁵³.

E é claro que a pressão da mídia e da sociedade como um todo acaba influenciando o legislador penal. Segundo Garland, o processo de formulação das políticas se tornou “profundamente politizado e populista”. Várias medidas são tomadas de maneira que aparecam valorizar a vantagem política e a opinião pública, em detrimento da opinião de especialistas e dos resultados das pesquisas. E isto faz com que haja uma grande quantidade de atividade legislativa, com muito dissenso no seio dos operadores do direito e com conflitos entre políticos e estudiosos⁴⁵⁴.

A opinião pública tem submetido o legislador a uma grande pressão para reformas legislativas acerca dos problemas sociais, e os poderes públicos, por sua vez, conhecedores dos significativos efeitos socializadores e sócio-políticos que essas demandas provocam, não só se mostram dispostos a atendê-las, mas também com frequências as fomentam⁴⁵⁵.

Todavia, ao optar pelo Direito Penal, o legislador deve ter a consciência de que “está se valendo de um tipo de mecanismo de controle social que todos reconhecem como especialmente drástico e ao qual se associam conotações simbólicas ausentes em outros setores do ordenamento”⁴⁵⁶.

Que a lei penal está vinculada a funções simbólicas não é qualquer novidade. Nesse sentido, conforme Silva Sánchez, a função simbólica não se opõe, em princípio, à

⁴⁵² PASTANA, **Imprensa e violência**, p. 79.

⁴⁵³ GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2008, p. 41.

⁴⁵⁴ GARLAND, **A cultura do controle**, p. 46-57.

⁴⁵⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. **Revista Peruana de Ciencias Penales**, Lima, Año VII-VIII, n. 11, p. 551-577, 2002, p. 553.

⁴⁵⁶ LOPERA MESA, **Principio de proporcionalidad y ley penal**, p. 188.

função instrumental do Direito Penal. A função simbólica tem efeitos positivos na consciência dos cidadãos. Mas, o uso excessivo do efeito simbólico não é suficiente para solucionar o problema dos crimes. Uma nova norma ou o incremento de uma penalidade pode inicialmente ter importantes efeitos para o estabelecimento ou o reestabelecimento da confiança no ordenamento jurídico; todavia, em médio ou em longo prazo, perde totalmente a sua confiança diante da sua inaplicação ou ineficácia⁴⁵⁷.

A partir do momento em que há a criação de tipos apenas como forma de criar uma falsa sensação de segurança na sociedade, sem que haja efetividade no combate de determinada conduta criminosa, passa-se de um Direito Penal com funções simbólicas para um Direito Penal meramente simbólico, fenômeno este que não pode ser admitido.

Há um Direito Penal simbólico, de acordo com Hassemer, quando as funções latentes superam as funções manifestas da pena. As funções manifestas estão relacionadas às condições objetivas de realização da norma, à proteção do bem jurídico; já as funções latentes se destinam a satisfazer uma necessidade de atuar, a promover um apaziguamento da população e a demonstrar um Estado forte. O predomínio das funções latentes resulta no que se denomina de “engano” ou “aparência”⁴⁵⁸. Nas palavras desse autor, “um Direito Penal simbólico com uma função de engano não cumpre a tarefa de uma política criminal e mina a confiança da população na Administração da Justiça”⁴⁵⁹.

E, nesse sentido, atualmente as manifestações expansivas têm, em diversas ocasiões, um efeito unicamente simbólico. Em muitas vezes a criação de novos tipos penais consiste apenas em aparente solução do conflito, para satisfazer necessidades de intervenção, sem capacidade real para a efetiva solução do conflito e sem se manter dentro dos limites de uma intervenção legítima do Direito Penal⁴⁶⁰.

Por meio de um Direito Penal simbólico não se busca medidas eficientes no controle da violência ou da criminalidade, mas apenas medidas que pareçam ser eficientes e que, portanto, tranquilizem a sociedade como um todo. Ocorre que essa busca por

⁴⁵⁷ AGUADO CORREA, *Análisis del contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio en Derecho Penal*, p. 62.

⁴⁵⁸ HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, p.29. In: TERRADILLOS BASOCO, Juan; HASSEMER, Winfried; BARATTA, Alessandro, et al. **Pena y Estado**. Función simbólica de la pena. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda, 1995, p. 23-36.

⁴⁵⁹ Tradução livre do original: “Un Derecho penal simbólico con una función de engaño no cumple la tarea de una política criminal y mina la confianza de la población en la Administración de Justicia.” (HASSEMER, **Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos**, 1995, p. 36).

⁴⁶⁰ MENDOZA BUERGO, *Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho Penal*, p. 282.

“eficiência”, diretamente relacionada ao recrudescimento punitivo que o processo de expansão do Direito Penal representa, contraria os princípios e garantias penais⁴⁶¹.

No Brasil, como se verifica da legislação penal dos últimos anos, se tem primado por essa eficiência simbólica, mormente em razão das campanhas massivas que clamam de forma irracional pela intervenção do Direito Penal.

E é possível trazer alguns casos que comprovam essa afirmação. Um exemplo bastante conhecido e citado no ordenamento jurídico brasileiro é a Lei de Crimes Hediondos – Lei 8072/90. Essa lei surgiu em decorrência das exigências de uma sociedade insegura e alarmada com o crescimento da criminalidade, principalmente em relação ao crime de extorsão mediante sequestro.

Tal lei posteriormente sofreu algumas modificações, entre elas a provocada pela Lei 8930/94, que incluiu no rol dos crimes hediondos o homicídio qualificado em todas as suas modalidades. A Lei 8930/94 foi criada pelo legislador atendendo à comoção popular que surgiu do homicídio da atriz Daniela Perez por um colega de trabalho, o ator Guilherme De Pádua. A manifestação popular foi incentivada pela mãe da vítima, a escritora Glória Perez, que deu início a um movimento para a assinatura de um abaixo assinado para a elevação das penas do tipo de homicídio qualificado.

Muitos juristas, contudo, entendem não ser correta a classificação de hediondez do homicídio qualificado de forma automática. Há uma grande diferença, por exemplo, entre um homicídio praticado com crueldade, perversidade, contra vítima indefesa, e aquele que é praticado por um indivíduo embriagado, após uma discussão banal em um botequim, ainda que se possa sustentar ter ocorrido motivo fútil⁴⁶².

Outra alteração da Lei de Crimes Hediondos, em arreio ao princípio da proporcionalidade, ocorreu com a promulgação da Lei 9677/98, conhecida como Lei dos Remédios. Por meio dessa lei o legislador aumentou de forma desproporcional as penas cominadas às condutas dos artigos 272 e 273 do Código Penal⁴⁶³ e criou novas figuras típicas.

⁴⁶¹ CALLEGARI, André Luis. “Deu no jornal”: notas sobre a contribuição da mídia para a (ir)racionalidade da produção legislativa no bojo do processo de expansão do Direito Penal. **Revista Liberdades**, São Paulo, nº. 02, p. 56-77, setembro/dezembro de 2009, p. 68-70. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/02/integra.pdf>. Acesso em: 01 de novembro de 2012.

⁴⁶² NUCCI, **Leis penais e processuais penais comentadas**, p. 638.

⁴⁶³ Art. 272 - Corromper, adulterar, falsificar ou alterar substância ou produto alimentício destinado a consumo, tornando-o nociva à saúde ou reduzindo-lhe o valor nutritivo: Pena - reclusão, de 04 (quatro) a 08 (oito) anos, e multa. § 1ºA - Incorre nas penas deste artigo quem fabrica, vende, expõe à venda, importa, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo a substância alimentícia ou o produto falsificado, corrompido ou adulterado. § 1º - Está sujeito às mesmas penas quem pratica as ações previstas neste artigo em relação a bebidas, com ou sem teor alcoólico. § 2º - Se o crime é culposo: Pena - detenção, de 01 (um) a 02 (dois) anos, e multa.

E, através da Lei 9695/98, a conduta de “falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais” passou a ser considerada como crime hediondo. E mais uma vez essa inserção aconteceu em razão do clamor popular, decorrente de uma série de denúncias de falsificação de remédios, em especial das pílulas de farinha.

E essa alteração é justamente uma das mais criticadas da Lei de Crimes Hediondos, sendo a sua constitucionalidade bastante questionada entre os juristas. Segundo René Ariel Dotti, entre os inconvenientes trazidos pela Lei 9677/98 destaca-se o extremo rigor punitivo para os casos de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substâncias ou produtos alimentícios ou produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais. Sua afirmação se fundamenta na possibilidade, ao menos em tese, criada por essa lei de se punir a adulteração de um produto para limpeza com uma pena de reclusão de 10 (dez) a 15 (anos), além de multa⁴⁶⁴.

Também Antonio Lopes Monteiro afirma que o mais grave é ter um governo democrático lançado mão do Direito Penal para equiparar a potencialidade ofensiva à saúde pública de produtos com fins terapêuticos ou medicinais a outros produtos que pouco têm a ver com a saúde das pessoas, como os cosméticos e os saneantes⁴⁶⁵.

Para Guilherme Nucci, o que não faz sentido é que a pena desse tipo de conduta típica tenha saltado do patamar de 01 (um) a 03 (três) anos de reclusão para 10 (dez) a 15 (quinze) anos. Um crime de perigo, mesmo que grave, não pode ser punido com uma pena mínima superior à de muitos delitos de dano, como o homicídio simples, o estupro e o roubo. Esse dispositivo reproduz grande violação ao princípio da proporcionalidade⁴⁶⁶⁻⁴⁶⁷.

Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. §1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado. §1º A - Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico. § 1º B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no §1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições: I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente; II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior; III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização; IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade; V - de procedência ignorada; VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente. § 2º - Se o crime é culposo: Pena - detenção, de 01 (um) a 03 (três) anos, e multa.

⁴⁶⁴ DOTTI, René Ariel. Proposta para uma nova consolidação das leis penais. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p.60-88, abr./maio 2000, p. 51.

⁴⁶⁵ MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes Hediondos**. Texto, comentários e aspectos polêmicos. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 73.

⁴⁶⁶ NUCCI, **Leis penais e processuais penais comentadas**, p. 644.

⁴⁶⁷ Importante mencionar que, ao que tudo indica, o legislador pretende amenizar o equívoco em relação a essas condutas típicas. E isso porque no anteprojeto do Código Penal – Projeto Lei 236/2012, a pena para a “falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais” passaria de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, para 04 (quatro) a 12 (doze) anos. Além disso, conforme o anteprojeto, a

A Lei dos Remédios apresentou-se, assim, como um dos maiores absurdos do Direito Penal hodierno, submetendo condutas sem ofensividade, como a venda de cosmético com fórmula divergente da registrada, sem que venha ser perigoso ou danoso à saúde, às graves consequências na execução da pena próprias dos crimes hediondos⁴⁶⁸.

E o que se verifica com relação à Lei de Crimes Hediondos como um todo é que o aumento do rigor punitivo não revelou na prática grandes alterações sociais, o que torna evidente a necessidade de se realizar uma ponderação entre os benefícios e os custos por essa lei ocasionados⁴⁶⁹.

Ainda sob essa ótica, não se pode deixar de fazer menção novamente ao Anteprojeto do Código Penal, que foi apresentado ao Senado no ano de 2012. A comissão redatoria afirmou em seu relatório final que as discussões e reuniões foram transmitidas pela TV Senado e causaram imensa repercussão nos meios de comunicação social, tendo merecido cobertura e editoriais em jornais.

Mas, conforme René Ariel Dotti, embora a comissão faça questão de exaltar a participação popular como um ponto positivo na redação desse anteprojeto, o critério adotado pela comissão correspondeu ao interesse do *mass media*, ao contrário do que ocorreu em todas as experiências anteriores de redação de anteprojetos. Nestas, as comissões de redação e de revisão elaboravam os dispositivos conforme o notório saber jurídico e a experiências profissionais do grupo, e só depois levavam as propostas amadurecidas no plano interno ao conhecimento da sociedade; já comissão do novo Código Penal começou por essa segunda etapa, ignorando a primeira fase, o que foi um erro⁴⁷⁰.

Ademais, no recente anteprojeto do Código Penal foi inegável o interesse político em obter um suposto aval da sociedade em relação a temas de grande repercussão popular, em especial de alguns crimes contra a vida. Todavia, “a discussão pública de

conduta de “falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto cosmético ou saneante” passaria a integrar um tipo penal específico, com uma pena prevista menos desproporcional, qual seja, de 02 (dois) a 06 (anos). Trata-se de um projeto que ainda está em discussão no Poder Legislativo, de modo que não é possível afirmar se essas alterações serão mantidas e aprovadas.

⁴⁶⁸ REALE JÚNIOR, Miguel. Caminhos do Direito Penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 85, p. 41-76, 2010, p. 73.

⁴⁶⁹ A esse respeito, segundo Ana Elisa Bechara, os dados estatísticos da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo revelaram que entre os anos de 1991 e 2003 não houve diminuição significativa das taxas delitivas como consequência da etiquetação de alguns tipos penais como crimes hediondos. Na verdade, com relação aos crimes de homicídio, roubo seguido de morte, extorsão mediante sequestro e tráficos de entorpecentes houve um aumento da incidência nesse período. Além disso, as estatísticas correspondentes aos anos que precederam à Lei de Crimes hediondos demonstraram que a incidência de determinados delitos já era estável naquela época (BECHARA, **Derechos humanos y límites de la intervención penal en Brasil**, p. 146).

⁴⁷⁰ DOTTI, René Ariel. Algumas bases ideológicas do projeto 236/2012. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 240, novembro/2012, p. 02.

assuntos criminais não pode ser confundida com o método racional de filtragem dos interesses penais públicos convertidos em normas válidas à legislação”⁴⁷¹.

E, ainda, o relatório da comissão afirma também que foi reservada uma página na internet pelo Senado, “Alô Senado”, para possibilitar que os cidadãos brasileiros enviassem sugestões para a reforma do Código Penal, se tendo recebido quase três mil proposições. Mas se deve deixar claro que o que ocorreu, segundo René Ariel Dotti, é que a quase totalidade das manifestações foram pelo recrudescimento dos castigos, com massiva opção em favor de penas de morte e de prisão perpétua, além da antecipação da capacidade penal para criminalizar condutas infanto-juvenis. Assim, a redação do anteprojeto do Código Penal consistiu em uma intempestiva e arbitrária consulta popular sob o disfarce de ouvir as vozes nas ruas⁴⁷².

O que a comissão redatoria deveria ter compreendido é que o simples fato de realizar enquetes pelo *site* da internet não reproduz automaticamente um processo democrático, mas sim pode se transformar em um recurso autoritário e perigoso em se tratando de discussões referentes a direitos fundamentais e garantias do cidadão diante do poder de punir do Estado⁴⁷³.

Além disso, a elaboração de um Código Penal, ou de qualquer outro diploma normativo, demanda tempo, não podendo ocorrer em apenas alguns meses. É preciso um trabalho de fôlego, com a revisão de todas as teorias aplicadas na atual legislação e a viabilidade de mantê-las ou modificá-las, bem como não se pode apegar a apelos da mídia. Cair na armadilha de um discurso punitivo é inadmissível na elaboração de um diploma tão importante. Criar tipos penais para tutelar de forma excessiva bens jurídicos com definição precária, como é o caso dos bens difusos, ou então agravar penas já existentes, não é a melhor

⁴⁷¹ DOTTI, *Algumas bases ideológicas do projeto 236/2012*, p. 02.

⁴⁷² DOTTI, *Algumas bases ideológicas do projeto 236/2012*, p. 02.

⁴⁷³ Conforme Jacson Zilio: “Isso se pode ver muito bem em alguns dos resultados das pesquisas empíricas realizadas pelo próprio Senado Federal nos anos de 2009, 2010, 2011 e 2012: (a) redução da maioridade penal (PEC 26/2002), 44% concordam com a redução para menos de 16 anos, 30% concordam com a redução para 16 anos e apenas 26% não concordam com a redução, num total de 36.693 votos; (b) aborto de fetos anencéfalos (PLS 227/2004), 39% votaram a favor e 61% votaram contra, num total de 22.458 votos; (c) progressão de pena para crimes hediondos (PEC 5/2008), 93,7% votaram contra e apenas 6,3 votaram a favor, num total de 2.740 votos; (d) redução da maioridade penal para 16 anos (PEC 83/2011), 87,3% votaram a favor e 12,7% votaram contra, num total de 4.109 votos; (e) inclusão de atos de corrupção na Lei dos Crimes Hediondos (PLS 204/2011), 99,4% votaram a favor e 0,6% votaram contra, num total de 426.618 votos; (f) criminalização do trote vexatório (PLS 404/2008 e PLS 176/2009), 88,8% votaram a favor e 11,2% votaram contra, num total de 2.876 votos; (g) criminalização de atos preparatórios de homicídio ou crime hediondo (PLS 555/2011), 77,6% votaram a favor e 22,4% votaram contra, num total de 1.426 votos; (h) pena de prisão para acessos a sistemas digitais não autorizados (PLS 427/2011), 61,8% votaram a favor e 38,2% votaram contra, num total de 1.323 votos” (ZILIO, Jacson. Metodologia e orientação do anteprojeto de Código Penal Brasileiro. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 239, outubro/2012, p. 07).

forma de coibir a criminalidade. Caso fosse assim, haveria poucos crimes hediondos no Brasil, pois a Lei 8072/1990 é a mais rigorosa, e mesmo assim não tem poder de inibição⁴⁷⁴.

Para Luis Greco, sob a cortina de fumaça do solene compromisso jurídico com a culpabilidade e a ofensividade, o verdadeiro princípio seguido pelo Projeto foi o de agradar à opinião pública. A opinião pública não mais se preocupa com a casa de prostituição ou com o escrito ou objeto obsceno, com a posse de droga para consumo próprio, com quanto tempo um marginal permanece preso; mas se importa com os crimes hediondos, com o *doping* e com o cambismo, com o bem-estar animal, com armas, drogas e relações de consumo. Tanto é assim que não é por acaso que a Exposição de Motivos, em muitos pontos, se limita a explicar a letra da lei, não fazendo referência aos princípios gerais dos quais partiu. Nas palavras de Luís Greco, “é lamentável que uma comissão de juristas, com letra maiúscula, se rebaixe à condição de executor de demandas populistas”⁴⁷⁵.

Enfim, por todo o falado, é evidente a força que a população exerce na atividade legislativa e na atual expansão do Direito Penal. Só que algo que por diversas vezes é esquecido pelo legislador penal consiste em que esse ramo do direito deve ser visto como *ultima ratio* das reações normativas.

A sociedade cada vez mais proclama pelo combate dos riscos, pela criação de novos tipos penais, configurando um círculo vicioso que não tem fim. Ocorre que nem sempre a sensação de insegurança da sociedade corresponde à magnitude dos riscos reais. Muitas vezes o que há são estatísticas falaciosas ou então estatísticas irrigórias que são transformadas em cifras aterrorizantes.

As altas taxas de cifra negra, por exemplo, contribuem por criar na sociedade a sensação de que determinado tipo penal não é eficaz, gerando um clima de insegurança e a consequente aclamação popular por medidas mais drásticas de combate ao crime. Todavia, “o simples fato de uma incriminação possuir elevada taxa de cifra negra – ainda que seja um importante indicativo de inidoneidade da norma – pode não significar, necessariamente, que esta não tutele o respectivo bem jurídico”⁴⁷⁶.

E dados lacunosos são de pouca utilidade para a formação de juízos de valor quanto à eficácia ou não na proteção dos bens jurídicos. Não é possível conhecer a real extensão dos crimes, as estatísticas disponíveis muitas vezes não se aproximam da real

⁴⁷⁴ MARTINELLI, João Paulo Orsini. Editorial. **Revista Liberdades**, São Paulo, Edição Especial – Reforma do Código Penal, p. 04-07, 2012, p. 05. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/10A/integra.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2012.

⁴⁷⁵ GRECO, Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal), p. 42.

⁴⁷⁶ GOMES, O princípio da proporcionalidade no Direito Penal, p. 152.

incidência criminosa ou, então, para outros tipos de delitos, os índices registrados correspondem a apenas uma parcela da sua efetiva incidência⁴⁷⁷.

Ademais, o Direito Penal não pode ser visto como o destinatário de todas as demandas de segurança. O Direito Penal não é a forma mais eficiente para tratar de todos os conflitos; eventualmente precisamos dele.

Contudo, “se ele for estendido, da forma como se está fazendo, se toda e qualquer lesão procurar tratar do Direito Penal, ele perdeu o seu ‘q’ de necessidade e só permanece o mal”⁴⁷⁸. Um número excessivo de leis penais com a promessa de maior punição para os infratores não é sinônimo de maior prevenção, e sim somente culmina por enfraquecer o próprio Direito Penal, uma vez que esse perde o seu prestígio e valor em razão da certeza, quase absoluta, de impunidade⁴⁷⁹.

A expansão desenfreada da atuação do Direito Penal e a sua função simbólica negativa, além de acabar produzindo um efeito destrutivo e ineficaz ao longo do tempo, pela perda da confiança dos cidadãos no ordenamento e na Administração da Justiça, proporciona um ataque a princípios do Direito Penal próprio de um Estado Democrático de Direito, entre eles o princípio da proporcionalidade⁴⁸⁰.

E, além de não produzir efeitos positivos, a expansão desenfreada e desproporcional da atividade repressora do Estado por meio do Direito Penal tem provocado um aumento das taxas de encarceramento, que veem crescendo sem que os estabelecimentos penitenciários tenham condições de absorvê-las. O regime de execução da pena no Brasil é caracterizado atualmente como um sistema caótico e sobrecarregado, ficando os condenados aglomerados com total desrespeito à dignidade humana, e sendo irreal a invocação da finalidade de ressocialização. Assim, antes de querer aumentar cada vez mais o número de leis penais, cabe ao Estado atuar no sentido de implementar efetivamente as garantias previstas na Constituição e nas leis ordinárias⁴⁸¹.

Reformas penais excessivas têm como efeito prático unicamente aumentar a sensação de impunidade que assola o país e aumentar o problema da falta de vagas dos presídios com a previsão de penas não proporcionais.

⁴⁷⁷ GOMES, **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**, p. 153.

⁴⁷⁸ BARROSO FILHO, José. O “reto absoluto” e o princípio da proporcionalidade. Uma abordagem sobre os fins do Direito Penal. **Instituto Brasileiro de Direito Público**, Salvador, n. 02, p. 01-13, 2007, p. 01.

⁴⁷⁹ GRECO, **Direito Penal do equilíbrio**, p. 16.

⁴⁸⁰ MENDOZA BUERGO, **Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho Penal**, p. 291.

⁴⁸¹ BECHARA, **Derechos humanos y límites de la intervención penal en Brasil**, p. 147.

Por tudo isto, o Direito Penal deve ser o último instrumento de controle social. Antes de reprimir é preciso criar mecanismos de prevenção do crime por meio de políticas públicas, como o acesso à saúde, à educação e à cultura, de modo a proporcionar condições mínimas de dignidade a todos os cidadãos. Os discursos punitivistas tem apenas uma finalidade prática, que é “esconder a falência do Estado na resolução da criminalidade, um fenômeno de imensa complexidade que não se restringe à existência de leis mais ou menos severas”⁴⁸².

E, para concluir, se a opinião pública exerce forte influência sobre o Poder Executivo e sobre o Poder Legislativo, cabe então ao Poder Judiciário a possibilidade de considerar como inconstitucional um novo dispositivo penal. Precisas as palavras de Mariângela Gama de Magalhães Gomes ao afirmar que “diferente deve ser o comportamento daqueles que são técnicos quando o que está em jogo há muito tempo deixou de ser a questão da segurança pública (...), sendo essencialmente o respeito à Constituição (...)"⁴⁸³.

O Direito Penal de hoje deve ser coerente com os seus princípios garantistas, entre eles o da proporcionalidade. Conformá-lo a esses princípios significa limitá-lo de tal modo que a pena não passe a ser vista como mera violência inútil, o que por diversas vezes se verifica no sistema penal brasileiro.

⁴⁸² MARTINELLI, Editorial, p. 05.

⁴⁸³ GOMES, A Lei n. 11923/09 e outra vez a desproporcionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, p.08-09.

CAPÍTULO IV PROPORCIONALIDADE PENAL: FASE JUDICIAL

1 O papel do Judiciário no Estado Democrático de Direito

O princípio da proporcionalidade não apenas deve ser observado pelo legislador penal, mas também pelo juiz ou Tribunal no momento da decisão e da individualização da pena. E falar nesse princípio como controle da atividade do juiz exige que inicialmente se reflita sobre o papel do Judiciário na sociedade atual.

Os juízes e Tribunais são garantes dos direitos e liberdades reconhecidos constitucionalmente, bem como atualmente veem adquirindo progressivamente um maior protagonismo no controle da atuação do Estado. Esse protagonismo é justificado pela necessidade de controlar os poderes públicos e salvaguardar a supremacia normativa da Constituição e o seu estrito cumprimento. Assim, para María del Camino Vidal Fueyo, o juiz atua na defesa da democracia, da divisão dos poderes, das liberdades dos indivíduos e das minorias⁴⁸⁴.

O Poder Judiciário deixou de ser apenas um organismo para a solução de litígios individuais e passou a determinar, com caráter abstrato e vinculante, interpretações e orientações sobre o texto legal, em atividade tipicamente normativa. O Judiciário se tornou um sistema complexo de instrumentos e mecanismos, “capaz de formular políticas públicas, expedir atos normativos, enfim, de regular setores e relações sociais, à altura e muitas vezes em conflito de atribuições com os demais Poderes da República”⁴⁸⁵.

Esse fortalecimento e protagonismo do Poder Judiciário pode ser sintetizado nos seguintes pontos, conforme Vidal Fueyo: primeiro, os textos constitucionais se converteram em um dos principais mecanismos de controle dos poderes públicos, em especial do Poder Executivo, fiscalizando a atuação do Governo e da Administração conforme a lei; segundo, os Tribunais têm sido considerados pelas Constituições como uma das peças básicas na proteção dos direitos e liberdades; e, terceiro, os textos constitucionais têm estendido aos juízes a função de colaboradores na salvaguarda da Constituição⁴⁸⁶.

⁴⁸⁴ VIDAL FUEYO, María del Camino. El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, p. 427-448, 2005, p. 432.

⁴⁸⁵ BOTTINI, O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea, p. 120.

⁴⁸⁶ VIDAL FUEYO, El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez, p. 435-434.

No Brasil, segundo Pierpaolo Cruz Bottini, esse fenômeno se revela por vários aspectos. Se na época da Proclamação da República o papel do Supremo Tribunal Federal se resumia ao controle difuso de constitucionalidade das leis, com o tempo as decisões com caráter geral e vinculante se tornaram quase que regra. Com o reconhecimento da força normativa das Constituições e a necessidade de estabelecer parâmetros seguros para evitar o arbítrio e o excesso, principalmente após a Segunda Grande Guerra Mundial, o Judiciário passou a se destacar como órgão garantidor dos princípios fundamentais do Estado de Direito, consolidando-se diversos mecanismos de controle de constitucionalidade abstrata das normas. Nesse sentido, pode-se citar a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Ação Direta de Constitucionalidade⁴⁸⁷.

Além desses mecanismos, com a explosão de demandas judiciais nos anos oitenta, bem como em razão da dificuldade para solucionar todos os casos apresentados, foram criados mecanismos de otimização da prestação jurisdicional, de racionalização das atividades, através da uniformização da jurisprudência. Aqui se pode mencionar a súmula vinculante, a repercussão geral dos recursos extraordinários e outros institutos que reforçaram o caráter geral e transcidente das decisões do Supremo Tribunal Federal e de outros Tribunais⁴⁸⁸.

Ademais, outro aspecto que demonstra uma mudança do papel do Poder Judiciário é que o juiz, de mecânico aplicador da lei, se converteu, no Estado Democrático de Direito, em uma importante peça de produção do direito. Não cabe mais aos juízes apenas aplicar de forma automática a lei, mas sim interpretá-la e aplicá-la de modo que os direitos e garantias constitucionais sejam promovidos e protegidos. O Poder Judiciário não pode ter uma posição passiva, distanciada da realidade; os juízes e tribunais são vistos como verdadeiros participantes na construção do Direito e dos destinos da sociedade.

A regulação jurídico-penal de determinadas matérias é altamente condicionada por fatores histórico-culturais, que exigem uma atividade normativa constante e variável⁴⁸⁹, fazendo com que o legislador utilize de técnicas que permitam a adaptação da norma penal às modificações da sociedade.

E essa técnica do legislador de formular normas penais abertas acaba por delegar ao Judiciário a função de complementar o tipo penal, definir o sentido da norma e

⁴⁸⁷ BOTTINI, *O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea*, p. 120-121.

⁴⁸⁸ BOTTINI, *O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea*, p. 121-122.

⁴⁸⁹ PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, p. 173.

delimitar os contornos do comportamento desvalorado. O juiz, na seara criminal, passa então a representar um agente de elaboração de política criminal. Quanto mais indeterminada a norma, ou então quanto mais genéricas forem as expressões utilizadas pelo legislador, mais espaço haverá para os juízes definirem quais são as características das condutas proibidas ou permitidas, o que, em última análise, significa a formulação de uma política criminal⁴⁹⁰.

Além disso, outra característica do Poder Judiciário se refere à esperança que a população deposita nos juízes e Tribunais. Verifica-se no século XXI uma hipertrofia do Poder Judiciário, estando este no centro das principais decisões, bem como se constata uma exigência, cada vez maior, da população por sua atuação.

Ao receber a incumbência de formular e implementar a política criminal mais adequada, as expectativas sociais de promoção e efetivação da segurança se voltam também para a atuação jurisdicional. Ocorre que essas expectativas por diversas vezes não são correspondidas, e isso em razão da inviabilidade do problema da segurança ser solucionado com decisões pontuais em casos concretos, bem como pela incapacidade estrutural do Judiciário de tomar decisões em um rápido período de tempo⁴⁹¹.

Por todo o exposto, torna-se claro o papel ativo que o Poder Judiciário desempenha atualmente em uma sociedade democrática. Mas se deve ressaltar que a atuação do Judiciário não pode ocorrer de forma totalmente livre e incontrolada. Uma decisão judicial que não seja pautada em critérios pode se transformar em uma decisão arbitrária, contrariando os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

A legitimidade dos juízes e Tribunais deve ser orientada para o grau de adequação das suas decisões aos princípios e aos valores considerados fundamentais pela soberania nacional⁴⁹². E, entre esses princípios constitucionais, tem-se o princípio da proporcionalidade.

2 A discricionariedade judicial submetida ao princípio da proporcionalidade e a determinação da pena em concreto

O princípio da proporcionalidade não vincula apenas o legislador nas suas decisões de incriminação de comportamentos, modificação de tipos penais e determinação das

⁴⁹⁰ BOTTINI, *O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea*, p. 124.

⁴⁹¹ BOTTINI, *O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea*, p. 127.

⁴⁹² PISKE, Oriana. A função social da magistratura na contemporaneidade. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIV, n. 49, p. 42-50, abr./jun. 2000, p. 44.

penas em abstratos. Os juízes e Tribunais também devem se pautar pelos princípios constitucionais, como pelo princípio da proporcionalidade, que permite outorgar à decisão judicial um *plus* de legitimação e de coerência.

Nesse sentido, conforme Oriana Piske, “as convicções ou critérios pessoais do juiz só são válidos para a solução dos conflitos na medida em que estejam de acordo com as normas, princípios e valores do ordenamento jurídico”⁴⁹³. E Vidal Fueyo leciona que o respeito ao princípio da proporcionalidade “impede que a atuação judicial seja arbitrária, ou que qualquer interesse do Estado, por mais importante que seja, justifique a adoção de medidas limitadoras de direitos fundamentais constitucionalmente inadmissíveis”⁴⁹⁴.

Para Javier Barnes, por sua vez, no âmbito do Poder Judicial, o princípio da proporcionalidade constitui mais um parâmetro de controle para contrastar a legalidade dos demais poderes públicos do que um critério para revisar a atividade judicial em si mesmo - assim, esse princípio se faz efetivo através do juiz, e não contra ele. E isso porque o órgão jurisdicional não pode atuar conforme a sua vontade, não dispondo da mesma liberdade que possui o legislador na produção normativa e a Administração no exercício dos seus poderes discricionais⁴⁹⁵.

Mas, de acordo com o autor, há duas situações excepcionais em que é possível controlar a resolução judicial através do princípio da proporcionalidade. A primeira situação está relacionada com as decisões judiciais de caráter processual que precedem à sentença, nas quais o juiz possui certa margem de apreciação e interpretação (por exemplo, na admissão ou não de recurso interposto). E a segunda exceção se refere à jurisdição penal. Ao contrário do que ocorre na jurisdição administrativa e na jurisdição civil, nas quais a atuação do juiz se limita a declarar o que se ajusta à lei, na jurisdição penal o Juiz ou o Tribunal possui uma determinada margem de apreciação para determinar a pena em um caso concreto. E essa margem faz com que o Poder Judiciário se situe em uma posição materialmente análoga à dos outros poderes. Em razão disso, o princípio da proporcionalidade opera de forma similar ao que ocorre naqueles outros poderes, exigindo do órgão jurisdicional uma interpretação ponderada e favorável ao exercício dos direitos fundamentais⁴⁹⁶.

⁴⁹³ PISKE, **A função social da magistratura na contemporaneidade**, p. 44.

⁴⁹⁴ Tradução livre do original: “(...) impide que la actuación judicial sea arbitaria, o que cualquier interés del Estado, por importante que fuere, justifique la adopción de medidas limitadoras de derechos fundamentales constitucionalmente inadmisibles” (VIDAL FUEYO, **El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez**, p. 431).

⁴⁹⁵ BARNES, **Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario**, p. 509-510.

⁴⁹⁶ BARNES, **Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario**, p. 509-510.

E, além de ser um princípio limitador da atividade judicial, o princípio da proporcionalidade é também, sobre outro enfoque, um princípio de aplicação judicial. É nesse sentido a teoria de Gonzalez-Cuellar Serrano, que entende que a juridicidade é um dos requisitos da proporcionalidade. Esse autor defende que o princípio da proporcionalidade, além dos seus requisitos intrínsecos (idoneidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito), possui também requisitos extrínsecos, sendo um desses a juridicidade. E da juridicidade decorre a imposição de que determinados direitos fundamentais, como é o caso da liberdade, só possam ser limitados por meio de uma decisão judicial. Assim, por meio do princípio da proporcionalidade, a decisão de intervenção no direito fundamental liberdade deve provir de um órgão judicial e, como consequência dessa imposição, nega-se que o legislador prive os juízes de uma margem de apreciação que permita calibrar o peso dos interesses em conflito⁴⁹⁷.

O outro requisito extrínseco da proporcionalidade, segundo Gonzalez-Cuellar Serrano, é a motivação. A motivação pode ser considerada como um requisito invocado pelo princípio da proporcionalidade para a constitucionalidade das ingerências nos direitos fundamentais, pois “o não cumprimento do dever de motivação induz a pensar que o órgão atuante não realizou o necessário contrapeso dos interesses enfrentados no caso concreto, pelo que, ante a sua falta de fundamentação, a medida pode ser considerada desproporcional”⁴⁹⁸.

Nesse ponto, cabe mencionar que a motivação é muito importante para aferir a proporcionalidade da decisão judicial, seja a reconhecendo como um requisito da proporcionalidade, como o faz Gonzalez-Cuellar Serrano, ou não. A motivação da decisão judicial permite que haja o seu controle, de modo a se analisar se foi respeitado ou não o princípio da proporcionalidade e outros princípios no caso em análise. Em outras palavras, a motivação possibilita que os Tribunais Superiores julguem se os critérios utilizados pelo juiz foram proporcionais.

E isto porque, embora a lei reconheça ao juiz uma margem de discricionariedade ou arbítrio, tal não é óbice para a necessidade de motivação, pois do

⁴⁹⁷ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, p. 109-110.

⁴⁹⁸ Tradução livre do original: “(...) el incumplimiento del deber de motivación induce a pensar que el órgano actuante no ha realizado el necesario contrapeso de los intereses enfrentados en el caso concreto, por lo que, ante su falta de fundamentación, la medida puede tacharse de desproporcionada” (GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, p. 146).

contrário a decisão iria aparecer como fruto da arbitrariedade, sendo constitucionalmente proscrita⁴⁹⁹.

Logo, o que se pode concluir é que, apesar de certas variações de fundamentação entre os autores, não há dúvidas de que o princípio da proporcionalidade também atua no controle e na limitação das decisões judiciais, e não apenas da atividade legislativa, bem como é um instrumento importante no auxílio da tomada de decisões pelo Judiciário.

O princípio da proporcionalidade vincula o juiz como critério de seleção da concreta regra legal de resolução do conflito. Os critérios de proporcionalidade servem também para interpretar as cláusulas abstratas de justificação ou de diminuição do injusto ou da culpabilidade⁵⁰⁰.

E especial relevância possui o princípio da proporcionalidade no momento da individualização da pena pelo juiz ou pelo Tribunal, mormente o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Certo é que a lei penal não prescreve uma pena totalmente individualizada, mas coloca à disposição do órgão judicial um marco penal mais ou menos amplo para a determinação da pena diante das peculiaridades de um caso concreto. E a tarefa de medição da pena não deve ser realizada apenas com base na culpabilidade, sendo necessário também observar o princípio da proporcionalidade.

A determinação judicial da pena refere-se ao estabelecimento, pelo juiz, da espécie de pena a ser aplicada, da sua quantidade, do regime de sua execução, e também engloba a sua possível substituição ou então a suspensão condicional⁵⁰¹. Na determinação da pena o juiz procede à concretização dos juízos de valor da lei, bem como trata de conseguir os fins dessa em cada caso determinado pela pena concreta⁵⁰².

O marco penal abstrato reproduz a união de um conjunto de combinações penais que designam medidas diversas de pena às distintas formas de realização, mais ou menos graves, do injusto culpável e punível que está expresso no tipo penal. E, sob essa perspectiva, “o ato de determinação judicial da pena se configura essencialmente como aquele em virtude

⁴⁹⁹ RAMOS TAPIA, María Inmaculada. El control del arbitrio judicial en la individualización de la pena. **Cuadernos de Política Criminal**, Madrid, n.69, p. 613-633, 1999, p. 615.

⁵⁰⁰ LASCURAÍN SÁNCHEZ, La proporcionalidad de la norma penal, p. 245.

⁵⁰¹ PRADO, **Curso de Direito Penal Brasileiro**, p. 631.

⁵⁰² MATA BARRANCO, Norberto J. de la. La determinación judicial de la pena. El principio de proporcionalidad como garantía. **Ministerio Público de la defensa**, Buenos Aires, Año 1, n. 04, p. 15-32, maio/2008, p. 15.

do qual se constata o concreto conteúdo de injusto, culpabilidade e punibilidade de um determinado fato, traduzindo-o em uma determinada medida de pena”⁵⁰³.

E, quando se fala da determinação da pena, há, em uma exposição sucinta, três sistemas principais: (a) sistema da absoluta determinação – o processo de individualização se esgota em apenas um momento, o legislativo, de modo que o juiz fica completamente adstrito ao disposto na lei penal; (b) sistema da absoluta indeterminação – a pena não acompanha a descrição típica da conduta, estando enunciada nas disposições do legislador e sendo tarefa do magistrado optar pela espécie de pena que lhe parecer mais adequada e; (c) sistema da relativa determinação – a individualização legislativa é complementada pela judicial, ou seja, a pena está determinada abstratamente pela sua espécie e quantitativo, cabendo ao juiz fixá-la discricionariamente conforme os limites estabelecidos pelo legislador⁵⁰⁴.

No Brasil, a individualização da pena abarca dois momentos, o legislativo e o judicial, adotando-se o sistema de relativa determinação. Assim, a individualização da pena pelo juiz ou Tribunal implica em certa margem de discricionariedade, mas essa deverá ser balizada pelos critérios consignados no Código Penal e pelos princípios gerais de garantia. E, entre esses princípios, tem-se o princípio da proporcionalidade.

No momento judicial, conforme Mata Barranco, o âmbito de projeção do princípio da proporcionalidade se manifesta claramente tanto na fase de concreção da pena legalmente prevista, quanto na fase de individualização em sentido estrito. Explica que a medição ou determinação da pena em sentido estrito consiste na individualização da concreta quantia da pena dentro do marco penal, pena essa aplicada a um autor pela transgressão culpável de um determinado preceito penal; e, na medição ou determinação da pena em sentido amplo, tem-se a possibilidade de suspensão da execução ou de eleição de um substituto penal, assim como a eleição da classe da pena a ser aplicada⁵⁰⁵.

E, para que o juiz não seja obrigado a impor penas desproporcionais, o marco penal resultante da decisão punitiva do legislador deve lhe propiciar uma margem suficiente para que possa adequar a gravidade da pena ao caso concreto⁵⁰⁶. Além disso, para que haja uma apropriada individualização da pena, em conformidade com a proporcionalidade em sentido estrito, existem alguns critérios que não podem ser desconsiderados pelo julgador.

⁵⁰³ KRAHL, **Tatbestand und Rechisfolge**. Frankfurt a.M., 1999, p. 45, *apud* SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. **InDret**, Barcelona, p. 1-15, abril de 2007, p. 05.

⁵⁰⁴ PRADO, **Curso de Direito Penal Brasileiro**, p. 628.

⁵⁰⁵ MATA BARRANCO, **El principio de proporcionalidad penal**, p. 220-222.

⁵⁰⁶ RAMOS TAPIA, María Inmaculada; WOISCHNIK. Principios constitucionales en la determinación legal de los marcos penales. Especial consideración del principio de proporcionalidad. **Anuario de Derecho Constitucional Latino Americano**, Buenos Aires, p. 143-156, 2001, p. 152.

O juiz deverá se atentar aos fins que pretende alcançar com a imposição da pena. Para Mata Barranco, a determinação dos fins que se perseguem com a pena, em qual momento e com qual intensidade, é um direcionamento para a valoração dos fatores que deverão ser levados em consideração para a individualização em um caso concreto. A depender do fim da pena que se tome como referência, prevenção e/ou retribuição, pode-se alcançar resultados diversos no caso concreto⁵⁰⁷.

Assim, os fins da pena não são relevantes apenas para o estabelecimento dos limites mínimo e máximo da pena em abstrato, como já demonstrado no capítulo anterior, mas também são critérios de peso para a atividade ponderativa do juiz.

E a determinação de quais os fins da pena que devem ser considerados quando da decisão judicial dependerá do posicionamento que se adote. Para Juarez Cirino dos Santos, por exemplo, no momento da fixação judicial da pena vigem os fins de retribuição e de prevenção geral positiva⁵⁰⁸. E esse entendimento não é único, havendo diversas discussões a respeito, o que não será aqui abordado, por ir além das extensões desse trabalho.

Ademais, o juiz não deverá medir a pena concreta tendo como base apenas o seu fim, seja ele de prevenção e/ou de retribuição. Há outros fatores igualmente necessários para o alcance de uma decisão judicial proporcional.

Nesse sentido, segundo Aguado Correa, na margem de arbítrio que possui para a determinação quantitativa da pena, o juiz também tem que definir a pena proporcionalmente às circunstâncias objetivas e subjetivas do delito cometido. O juiz deve se atentar tanto à gravidade do fato quanto às circunstâncias pessoais do agente⁵⁰⁹.

Aguado Correa se refere ao ordenamento jurídico espanhol. Mas tal entendimento, de observância às circunstâncias do fato e às circunstâncias pessoais do agente para uma pena proporcional, também pode ser aplicado em relação ao sistema penal brasileiro. Isso porque o Código Penal Brasileiro, no artigo 59, dispõe que o juiz estabelecerá a espécie e a quantidade da pena aplicável, conforme seja necessário para a retribuição e prevenção, “atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima”. E, em sequência, no artigo 68 dispõe que “a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do artigo 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”.

⁵⁰⁷ SANTOS, *Direito Penal*, p. 464-463.

⁵⁰⁸ MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, p. 232-233.

⁵⁰⁹ AGUADO CORREA, *Ánalisis del contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio en Derecho Penal*, p. 68-69.

Verifica-se, assim, que as circunstâncias judiciais do Código Penal para a individualização da pena compreendem elementos pertencentes ao agente (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade e motivos), elementos pertencentes ao fato (circunstâncias e consequências do crime), e ainda elementos pertencentes à vítima (comportamento da vítima)⁵¹⁰.

No que se refere às circunstâncias do fato, o lugar e o modo de execução da conduta típica interferem em uma maior ou menor pena, assim como o grau de lesão ou perigo ao bem jurídico – e as suas consequências – influenciam na quantificação da sanção penal, conforme já foi exposto. Já com relação às circunstâncias pessoais do agente, essas para alguns autores estão relacionadas à culpabilidade do sujeito.

Mas o fato de estarem relacionadas com a culpabilidade não obsta a afirmação de que são importantes também para a proporcionalidade. E isso porque, conforme ensina Aguado Correa, no momento judicial de individualização da pena a relação de complementação entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da culpabilidade se intensifica. Quando se fala na proporcionalidade em sentido estrito no momento judicial, se está a referir à necessária relação de proporcionalidade em que devem se encontrar tanto o injusto quanto a culpabilidade do autor com a pena a ser imposta⁵¹¹. Assim, as circunstâncias pessoais do agente, mesmo que referentes à culpabilidade, também devem ser consideradas para o alcance de uma pena proporcional e justa.

Além disso, resta ainda outra indagação quanto à determinação judicial da pena, qual seja: o juiz na fixação da pena, valendo-se do princípio da proporcionalidade, pode ficar aquém ou ir além dos limites fixados de forma abstrata pelo legislador penal?

No que se refere ao limite máximo de pena previsto na lei penal, a maioria da doutrina considera que o juiz, invocando o princípio da proporcionalidade, não pode ir além desse limite. Deverá ser obedecido o limite máximo da pena previsto pelo legislador, cabendo ao próprio Legislativo proceder à alteração desse dispositivo ou então ao Judiciário efetuar o controle de constitucionalidade da norma. Nesse sentido, para Paulo Bueno de Azevedo, o máximo legal, incluindo a pena máxima com as causas de aumento, não pode ser desrespeitado sob a alegação do princípio da proporcionalidade⁵¹².

Mas, no que tange ao mínimo legal da pena, há maior divergência na doutrina. Por um lado, entende-se que ao não observar o mínimo legal o juiz estaria legislando,

⁵¹⁰ SANTOS, *Direito Penal*, p. 558.

⁵¹¹ AGUADO CORREA, *Ánalisis del contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio en Derecho Penal*, p. 67.

⁵¹² AZEVEDO, *Aplicação da pena abaixo do mínimo legal: a proporcionalidade no Direito Penal*, p. 179.

violando o princípio da separação dos poderes, ou então estaria atentando contra o princípio constitucional da legalidade.

Para Mata Barranco, o único limite da vinculação judicial ao princípio da proporcionalidade é o representado pelo princípio da legalidade, e esse impede que os juízes e Tribunais apliquem consequências jurídicas não previstas na lei ou então deixem de aplicar as previstas, ou por cima ou por baixo do máximo e do mínimo previsto⁵¹³. Da mesma forma, segundo Lascuraín Sánchez, se a sanção se revela como estrita ou internamente desproporcional em comparação com a entidade do comportamento perseguido, e se a norma não permite a falta de subsunção, ou a justificação da conduta, deverá o juiz sancionar minimamente e expor ao Governo o que estime conveniente acerca da derrogação ou modificação do preceito⁵¹⁴.

Por outro lado, todavia, há autores que defendem a possibilidade da decisão judicial não aplicar o mínimo legal da pena. Paulo Bueno de Azevedo considera que o princípio da legalidade representa um direito fundamental contra o arbítrio do Estado. E, se a pena base é diminuída abaixo do mínimo legal, em razão da proporcionalidade, o que se está a fazer é reforçar essa defesa do cidadão contra o arbítrio legislativo deste mesmo Estado. Assim, segundo o autor, “não se pode invocar o princípio da legalidade a fim de que ele atue contra a sua própria finalidade”⁵¹⁵.

Aguado Correa, por sua vez, referindo-se ao ordenamento espanhol, entende que, em razão da insuficiência de mecanismos previstos para assegurar a proporcionalidade concreta de determinada pena, seria desejável que se previsse a possibilidade de o Tribunal ou o juiz não aplicar a pena quando esta resultasse desproporcional ou desnecessária⁵¹⁶.

Enfim, por todo o exposto, o que se pode concluir é que o princípio da proporcionalidade, em todos os seus subprincípios, deverá ser respeitado pelo julgador quando da decisão de um caso concreto, podendo permitir ir além ou aquém dos limites abstratamente previstos, a depender do entendimento que se adote. O que não se pode olvidar é que não é apenas o princípio da culpabilidade que atua no momento da individualização judicial da pena, mas também o princípio da proporcionalidade.

Outra observação consiste na constatação de que os obstáculos à proporcionalidade, relatados no capítulo anterior quanto à atividade legislativa, e que aqui não

⁵¹³ MATA BARRANCO, *La determinación judicial de la pena*, p. 21.

⁵¹⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La proporcionalidad de la norma penal*, p. 245.

⁵¹⁵ AZEVEDO, *Aplicação da pena abaixo do mínimo legal: a proporcionalidade no Direito Penal*, p. 179.

⁵¹⁶ AGUADO CORREA, *Ánalysis del contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio en Derecho Penal*, p. 72.

serão repetidos, têm influenciado também o juiz no momento do julgamento de um caso concreto, mormente naqueles em que a repercussão da mídia foi muito grande e que houve muita comoção popular. Quando isso ocorre, pode-se deparar com soluções desproporcionais, que por diversas vezes se mostram sem efetividade para o combate da criminalidade. E no caso de uma decisão desproporcional, ferindo o direito de liberdade pessoal, a aplicação judicial desse princípio poderá vir a ser revista por meio dos recursos.

3 O princípio da proporcionalidade como ferramenta argumentativa judicial no controle de constitucionalidade das leis penais

O controle judicial da proporcionalidade é pacífico quando se refere à intervenção das instâncias superiores nas decisões judiciais iniciais. O problema se verifica quando esse princípio passa a ser utilizado para o controle da atividade legislativa.

Por um lado, não se discute que o legislador penal possui discricionariedade na criação de tipos penais e na cominação de sanções. Mas, por outro lado, também é certo que essa discricionariedade não é ilimitada, pois as escolhas legislativas não podem ser realizadas sem a observância das normas constitucionais.

E é em razão disto que a atividade do legislador não está imune ao controle judicial. Por meio do controle judicial torna-se possível aferir se as opções legislativas são compatíveis com os valores constitucionais. E cabe ao legislador obedecer não apenas aos aspectos formais trazidos pela Constituição, mas também ao seu conteúdo material, sendo que esse em grande parte é traduzido pelos princípios.

Entre esses princípios, tem-se o princípio da proporcionalidade, mesmo que previsto de forma implícita pelo texto constitucional brasileiro. Para Belize Câmara, o princípio da proporcionalidade é um critério por excelência destinado à aferição da constitucionalidade das incriminações estabelecidas pelo Estado no exercício da sua potestade punitiva. A proporcionalidade no Direito Penal é um mecanismo para ponderar o direito à liberdade humana e a prerrogativa que detém o Estado de impor as sanções criminais para fazer valer o interesse público⁵¹⁷.

Há, segundo Lopera Mesa, dois argumentos principais que respaldam a utilização do princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade. Primeiro, o

⁵¹⁷ CORREIA, O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade, p. 125.

seu fundamento no modelo de Estado Constitucional, sendo um mecanismo para fazer frente, em sede de controle constitucional, à tensão entre democracia e direitos. Segundo, a sua inserção na teoria dos direitos fundamentais oferece uma adequada reconstrução da sua estrutura normativa, do modo que opera o raciocínio jurídico, bem como do papel que esses direitos desempenham no Estado Constitucional⁵¹⁸.

Trata-se de um princípio intimamente ligado à noção de justiça e que, de acordo com Vidal Fueyo, é suficientemente articulado para constituir um importante parâmetro de constitucionalidade da atuação dos poderes públicos, sobretudo quando a atuação destes recai sobre o exercício de direitos fundamentais⁵¹⁹.

Cabe a apreciação da proporcionalidade quando a legislação ordinária apresenta inconsistência lógica, tratando de forma igualitária situações diversificadas, sem qualquer justificação dos critérios adotados para tanto. A extensão das penalidades deve ser avaliada tendo como base os objetos de hierarquia constitucional que são protegidos⁵²⁰.

Ocorre que parcela da doutrina discorda dessa utilização do princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade das leis penais. E o principal argumento é o de que ocasionaria em uma intervenção indevida do Poder Judiciário no Poder legislativo, passando aquele a exercer uma função que é constitucionalmente atribuída ao Legislativo.

Alega-se que, uma vez que a aplicação do princípio da proporcionalidade não é orientada por critérios jurídicos certeiros e que o intérprete se vê compelido a realizar valorações subjetivas, cada aplicação desse princípio constitui em uma intervenção ilegítima do órgão jurisdicional na competência legislativa para configurar a Constituição. O órgão judicial, por meio do princípio da proporcionalidade, passa a exercer a tarefa de definir as relações de predominância entre os direitos, os bens e os interesses, atividade essa que em uma democracia pertence ao legislativo⁵²¹.

E, ainda, se ao órgão do Judiciário é possível aferir de forma objetiva quando uma norma se encontra em conformidade com o princípio da legalidade, uma vez que pode realizar um juízo objetivo quanto às fontes e à clareza do enunciado, o mesmo não ocorre com a análise da proporcionalidade. E é daí que surge o principal problema da proporcionalidade, qual seja, a eventual tensão que pode gerar entre os poderes Legislativo e Judiciário⁵²².

⁵¹⁸ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 71.

⁵¹⁹ VIDAL FUEYO, *El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez*, p. 442.

⁵²⁰ GUAZZALOCA, Bruno; INSOLERA, Gaetano; SFRAPPINI, Paolo, *et al.* Controllo di ragionevolezza e sistema penale. *Dei delitti e delle pene*, Anno V, n. 01, p. 29-75, gennaio/aprile 1998, p. 38.

⁵²¹ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 199-200.

⁵²² GOMES, *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*, p. 216-217.

Nesse sentido, segundo Ernest Forsthoff, os limites dos três clássicos poderes tem se desvanecido, e um dos motivos para tanto tem ocorrido quando o Tribunal Constitucional se coloca em suas decisões no lugar do legislador através da aplicação dos princípios da igualdade e da proporcionalidade⁵²³.

Mas, para outra parte da doutrina, à qual se filia, devem ser refutadas essas objeções fundamentadas na alegação de que no controle de constitucionalidade o princípio da proporcionalidade restringe indevidamente a atividade do legislador ou de que esse princípio faz com que haja uma invasão do Judiciário no âmbito de competência do Legislativo.

E isso porque o legislador está vinculado aos princípios e aos fins estabelecidos pela Constituição, entre eles o princípio da proporcionalidade, princípio esse que deriva diretamente do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais.

A partir do paradigma instituído pelo constitucionalismo e tendo em vista o que o Estado Democrático de Direito representa na tradição jurídica, o legislador não mais detém a mesma liberdade para legislar que detinha no paradigma liberal-iluminista. Nenhum campo do Direito Penal está imune à vinculação constitucional, não havendo, pois, qualquer blindagem que proteja a norma penal do controle de constitucionalidade⁵²⁴.

Ademais, segundo Belize Câmara, não se concebe mais que o princípio da legalidade funcione como parâmetro de controle apenas formal das normas penais, devendo essas se revestirem de uma legalidade acima de tudo substancial, pelo que se rechaça a ameaça da pena que se mostre descabida ou excessiva⁵²⁵.

Ressalte-se, ainda, que o juízo de proporcionalidade não é um juízo absoluto, isto é, não impõe uma única verdade constitucional e sim possibilita uma pluralidade de possibilidades proporcionais. Assim, o princípio da proporcionalidade, como condição de legitimidade das intervenções penais, não impõe uma meta a ser seguida, mas se apresenta como um critério mínimo de legitimação⁵²⁶. E embora caiba ao legislador, no momento de elaboração das disposições normativas penais, aplicar a proporcionalidade para ponderar os valores que pretende expressar na lei, isso não significa que as disposições por ele criadas não

⁵²³ FORSTHOFF, Ernest. **El estado de la sociedad industrial**. Trad. M Sánchez Alarcón. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1976, p. 442.

⁵²⁴ STRECK, Lenio Luiz. Da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In: (Neo)constitucionalismo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, vol. I, n. 02, p. 243-284, 2004, p. 250-251.

⁵²⁵ CORREIA, O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade, p. 126.

⁵²⁶ GOMES, O princípio da proporcionalidade no Direito Penal, p. 209.

possam ser submetidas posteriormente a um controle de constitucionalidade acerca da proporção nelas contidas⁵²⁷.

A noção atual de Estado de Direito e democracia traz ínsita a exigência de mecanismos de controle do ato legislativo, não consistindo em uma invasão da esfera do Poder Legislativo pelo Judiciário, mas em simples constatação de que o dogma de liberdade absoluta do legislador na fixação dos fins legais está superado⁵²⁸.

Além disso, a causa do “conflito de competência” entre o Legislativo e o Judiciário não tem origem na aplicação do princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade, mas é um efeito da tensão que existe entre o princípio democrático e o princípio da constitucionalidade, intrínseca no conceito de Estado Constitucional Democrático⁵²⁹. As complicações decorrentes da tensão entre direitos fundamentais e democracia se apresentam em qualquer critério que pretenda determinar quais são os conteúdos dos direitos fundamentais vinculantes ao legislador⁵³⁰.

Por todas essas considerações, optar pela solução simplista de que o Poder Judiciário não pode controlar o Poder Legislativo por meio do princípio da proporcionalidade se mostra mais confortável. Mas tal tese iria contra a função do Supremo Tribunal Federal de guardião dos valores constitucionais, mormente diante de um setor do direito tão agressivo aos direitos fundamentais, como é o Direito Penal.

Assim, ao invés de se defender a impossibilidade do uso da proporcionalidade, é necessário verificar em que medida esse uso pode ser realizado, estabelecendo parâmetros de atuação. E isso porque a utilização do princípio da proporcionalidade não pode ser feita de forma inconsequente pelos Tribunais.

O princípio da proporcionalidade, quando em comparação com os princípios da legalidade e da culpabilidade, é um princípio de utilização recente, não trazendo em si uma larga elaboração histórica⁵³¹. E, por isso, deve-se ter um maior cuidado no seu manejo quando do controle da atividade legislativa, de modo a se evitar que as críticas se tornem realidade, no sentido de que o princípio da proporcionalidade passe a violar a separação dos poderes.

Devem ser estabelecidos limites à aplicação do princípio da proporcionalidade. Sob esse aspecto, Humberto Ávila fornece algumas diretrizes. Para o autor, o âmbito de controle da proporcionalidade pelo Poder Judiciário e a exigência de justificação da restrição

⁵²⁷ GOMES, *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*, p. 213.

⁵²⁸ BARROS, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 205.

⁵²⁹ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 207.

⁵³⁰ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 210-211.

⁵³¹ GOMES, *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*, p. 219.

a um direito fundamental, deverá ser tanto maior quanto maior for: (a) a condição para que o Judiciário elabore um juízo seguro a respeito da matéria tratada pelo Legislativo; (b) a evidência de equívoco da premissa selecionada pelo Poder Legislativo como justificativa para a restrição de um direito fundamental; (c) a restrição ao bem jurídico protegido pela Constituição; (d) a importância do bem jurídico protegido constitucionalmente, a qual deverá ser aferida por meio da análise do seu caráter fundante ou função de suporte em relação a outros bens e pela sua hierarquia constitucional (por exemplo, princípios fundamentais)⁵³².

E, em continuidade, Humberto Ávila explica que o âmbito de controle pelo Poder Judiciário e a exigência de justificação da restrição a um direito fundamental deverá ser tanto menor, quanto mais: (a) duvidoso for o efeito futuro da lei; (b) técnico e difícil for o juízo necessário para o tratamento da matéria; (c) aberta for a prerrogativa de ponderação atribuída pela Constituição ao Poder Legislativo⁵³³.

Ademais, para que o juízo de proporcionalidade não seja empregado para transformar o órgão jurisdicional em juiz da oportunidade da escolha legislativa, a análise da constitucionalidade da lei restritiva não deve adentrar no mérito da escolha política, mas apenas questionar a causa e o fim da lei. Deve-se verificar a conformidade ou não do ato legislativo aos fins e às determinações materiais constitucionais.

É imprescindível o controle de constitucionalidade, mesmo quando se está diante de juízos valorativos como o da proporcionalidade, mas o núcleo, ou seja, a substância da criação da lei pelo legislador, não pode ser removido por obra de um Tribunal, pois se isso acontecesse se estaria vivenciando uma passagem para o Estado-juiz. Por isso, segundo Mariângela Gama de Magalhães Gomes, a tendência atual é de reforçar a exigência de individualização de limites precisos ao Poder Judiciário, bem como de critérios suscetíveis de garantir a previsão do controle de constitucionalidade⁵³⁴.

E, para evitar que as decisões proferidas pelo juiz constitucional apresentem caráter eminentemente político, os julgados devem apresentar uma motivação clara, esclarecendo quais critérios foram utilizados pelo Judiciário para chegar à conclusão de determinado valor em detrimento de outro⁵³⁵.

Assim, é legítima a invocação do princípio da proporcionalidade para o controle de constitucionalidade das normas penais, mas desde que os Tribunais não se valham desse princípio de forma totalmente arbitrária e com decisões imotivadas.

⁵³² ÁVILA, *Teoria dos princípios*, p. 176.

⁵³³ ÁVILA, *Teoria dos princípios*, p. 177.

⁵³⁴ GOMES, *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*, p. 223.

⁵³⁵ GOMES, *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*, p. 223-224.

Alguns autores, inclusive, apresentam modelos de controle de constitucionalidade com base no princípio da proporcionalidade. Entre esses modelos, destaca-se nessa pesquisa o de Carlos Bernal Pulido e o de Gloria Patrícia Lopera Mesa, que são os mais citados nas obras sobre o princípio da proporcionalidade.

Iniciando por Carlos Bernal Pulido, o autor propõe um modelo no qual o princípio da proporcionalidade exerce o papel de argumento estrutural da fundamentação externa da premissa maior do juízo de constitucionalidade das leis que interveem nos direitos fundamentais.

Como ponto de partida desse modelo, o autor esclarece que no controle de constitucionalidade que se realiza desde a perspectiva dos direitos fundamentais se busca estabelecer se as leis interventivas no âmbito desses direitos estão viciadas de inconstitucionalidade, sob o ponto de vista formal ou material. No plano formal, a resposta a esse interrogante depende de se a lei cumpriu com todas as exigências de competência e de procedimento estabelecidas pela Constituição; e, no plano material, analisa-se se a lei vulnera o direito fundamental no qual intervêm⁵³⁶.

E desse controle de constitucionalidade das leis decorre uma decisão jurisdicional, a qual deverá estar fundamentada em duas dimensões: uma interna e uma externa. Por meio da fundamentação interna cabe ao Tribunal averiguar se o prescrito pela norma legal (premissa menor) é contraditório ao prescrito pela norma jusfundamental (premissa maior); através da fundamentação externa se determinam as premissas que compõem a fundamentação interna, esclarecendo-se o que prescreve a norma jusfundamental e o que prescreve a norma legal⁵³⁷.

Ocorre que uma das maiores dificuldades do juízo de constitucionalidade consiste justamente em precisar aquilo que ordena, proíbe ou permite a norma jusfundamental chamada a servir como parâmetro de controle da lei, e isso em razão do alto grau de indeterminação normativa que caracteriza as disposições constitucionais (ambiguidade, termos vagos, abertura valorativa)⁵³⁸.

Das disposições jusfundamentais são extraídas normas fundamentais vinculadas interpretativamente ao seu enunciado. Mas apenas algumas dessas normas – normas jusfundamentais diretamente estatuídas – demandam de simples leitura do texto da disposição. Grande parte das normas não é diretamente estatuída, mas sim fundamentada a

⁵³⁶ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 90.

⁵³⁷ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 93 e ss.

⁵³⁸ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 103-104.

partir dessas. Tais normas não extraídas de forma direta das disposições constitucionais são mais específicas e são conhecidas como normas adstritas de direito fundamental⁵³⁹.

E é nesse campo que o princípio da proporcionalidade desempenha a sua função, ajudando na concreção e na fundamentação da norma adstrita de direito fundamental aplicável ao caso. O princípio da proporcionalidade estrutura essa fundamentação em um procedimento de cinco passos: (1) a adscrição *prima facie* a uma disposição de direito fundamental da norma ou posição que resulta afetada pela lei objeto de controle; (2) a verificação da legitimidade da intervenção legislativa; (3) o exame de idoneidade da medida legislativa; (4) o exame de necessidade da lei e; (5) o exame de proporcionalidade em sentido estrito. Desses cinco passos, conforme Bernal Pulido, os dois primeiros são pressupostos da aplicação do princípio da proporcionalidade e os três últimos são os subprincípios que o compõem⁵⁴⁰.

Por fim, Gloria Patricia Lopera Mesa também traz um modelo de controle de constitucionalidade, mas agora com foco nas leis penais. E, de forma semelhante a Carlos Bernal Pulido, traz etapas de aferição da constitucionalidade. Na primeira etapa, identifica-se a posição jusfundamental que é afetada pela proibição contida na conduta ou no tipo penal, bem como se identifica quais as posições de direito fundamental são afetadas através da sanção prevista. Na segunda etapa, indaga-se pela finalidade que o legislador se propõe a alcançar por meio da lei penal julgada e se essa está em condições de competir com os princípios jusfundamentais que militam contra a intervenção. E, uma vez estabelecidos os termos da colisão entre as razões *prima facie* que operam contra e a favor da constitucionalidade da intervenção legislativa, na terceira etapa é possível dar aplicação às três máximas parciais que compõem a estrutura do princípio da proporcionalidade⁵⁴¹.

Lopera Mesa entende ainda que, em razão da natureza especialmente aflitiva e do caráter de *ultima ratio* do Direito Penal, deve-se utilizar um teste de constitucionalidade mais exigente do que o que sugere a doutrina e a jurisprudência espanhola em relação às normas penais. Segundo a autora, o Tribunal Constitucional da Espanha tem adotado uma postura de autocontenção, no que é acompanhado pela doutrina, considerando o princípio da proporcionalidade como uma ferramenta de controle tão só apta para fundamentar a inconstitucionalidade da norma penal em hipóteses extremas de irracionalidade legislativa⁵⁴².

⁵³⁹ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 103-104.

⁵⁴⁰ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 153.

⁵⁴¹ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 264 e ss.

⁵⁴² LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 554-569.

Todavia, para Lopera Mesa, esse modelo de constitucionalidade reduz ao mínimo as possibilidades de que uma lei contrária à Constituição seja declarada inconstitucional. Mas, por outro lado, também um modelo de controle que imponha altas cotas de exigências a um produto humano com a lei, caracterizado por sua falibilidade técnica e moral, deve ser rechaçado⁵⁴³.

Defende então um modelo de constitucionalidade em que: (a) a carga de argumentação da observância do princípio da proporcionalidade caiba ao legislador, pois este, entre outros fatores, está em melhores condições de apontar o que foi considerado quando da elaboração do projeto de lei; (b) o juízo de constitucionalidade seja analisado sob uma perspectiva *ex post*, ou seja, avalia-se a lei com base nos conhecimentos existentes no momento da realização do juízo de constitucionalidade, e não apenas considerando os conhecimentos disponíveis no tempo em que foi aprovada a lei, uma vez que é função do legislador cuidar para que as suas decisões se ajustem aos conteúdos constitucionais ao longo do tempo, devendo corrigi-las caso haja mudanças que interviram na sua constitucionalidade⁵⁴⁴; (c) e as premissas que prestam apoio à intervenção legislativa, dado que a certeza absoluta está excluída dos objetivos alcançáveis através do conhecimento empírico, devem conter um alto grau de probabilidade⁵⁴⁵.

Assim, em linhas gerais, esses são alguns dos modelos de controle de constitucionalidade que se valem do princípio da proporcionalidade. E é evidente que a exposição realizada no presente tópico acerca desses modelos peca pela simplicidade. Mas tal se justifica em razão de que a intenção foi apenas demonstrar a possibilidade de se efetuar o controle de constitucionalidade das leis penais desproporcionais, citando-se alguns dos modelos de controle de constitucionalidade unicamente para fins exemplificativos.

4 Invocação ao princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal no controle das normas penais

O debate sobre o princípio da proporcionalidade penal só possui sentido se houver a aplicação desse princípio na prática. Em pouco adiantam as discussões quando se

⁵⁴³ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 576.

⁵⁴⁴ Nesse ponto, Carlos Bernal Pulido entende que, ao menos no que se refere aos subprincípios da idoneidade e da necessidade, deve ser adotada a perspectiva *ex ante*, uma vez que essa perspectiva tem a vantagem de conferir à medida legislativa certa imunidade contra os eventuais desenvolvimentos científicos que tenham sido produzidos depois de sua adoção e que possam constituir meios igualmente idôneos e mais adequados (BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 731 e ss).

⁵⁴⁵ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 576 e ss.

trata de um valor jurídico que existe apenas na teoria e não está presente em medidas legislativas e em julgados.

Por isso, para encerrar esta dissertação, buscar-se-á nesse momento verificar a forma como está presente o princípio da proporcionalidade nos julgados penais do Supremo Tribunal Federal, e ainda constatar o que acrescenta as decisões desse Tribunal às discussões sobre a proporcionalidade.

A escolha pelo Supremo Tribunal Federal, e não por outro Tribunal, se justifica por esse ser a mais alta corte do judiciário brasileiro, servindo as suas decisões como parâmetro para a atuação de outros juízes e Tribunais, bem como por ser o guardião dos valores constitucionais, entre eles o princípio da proporcionalidade. Ademais, reiteradas são as críticas que lhe têm sido direcionadas, sendo necessário constatar se essas são justificadas ou não.

A seleção das decisões penais a serem citadas foi feita com base em pesquisa jurisprudencial por meio do site do Supremo Tribunal Federal, optando-se pelos julgados que fazem menção expressa ao princípio da proporcionalidade e que representam entendimento reiterado do Tribunal constitucional. E cabe esclarecer desde já que será dado foco apenas às partes da motivação da decisão que invocam o princípio da proporcionalidade, e não aos fundamentos como um todo.

4.1 Decisões que fazem referência ao princípio da proporcionalidade

O recurso ao princípio da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal em sua grande maioria está relacionado a julgados extrapenais, como matérias de Direito Civil e de Direito Administrativo. Poucos são os registros de decisões penais fulcradas no princípio da proporcionalidade.

Tanto é assim que a primeira referência a algum significado do princípio da proporcionalidade nas decisões do tribunal constitucional brasileiro ocorreu, segundo o Ministro Gilmar Mendes, justamente em um julgado cível, referente à proteção ao direito da propriedade. Tal se presenciou em 1951, no Recurso Extraordinário nº. 18331, no qual se discutia sobre a constitucionalidade de uma lei municipal que havia majorado o imposto sobre as cabines de banho. E, em seu voto, o Ministro Relator Orozimbo Nonato adotou o entendimento de que “o poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível

com a liberdade do trabalho, comércio e da indústria e com o direito da propriedade”⁵⁴⁶. No caso, o valor do imposto não foi considerado asfixiante e proibitivo.

Posteriormente, em 1968, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº. 45232, declarou a inconstitucionalidade do artigo 48 do Decreto-Lei nº. 314/67 (Lei de Segurança Nacional), o qual impedia que o acusado de crime contra a Segurança Nacional desempenhasse qualquer atividade profissional ou privada.

Nesse julgado, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a referida restrição era desproporcional, consubstanciando em violação aos direitos fundamentais e em afronta ao próprio direito à vida. No relatório do Ministro Themístocles Cavalcanti, adotado para a decisão, afirmou-se que, apesar da Constituição vigente naquela época não possuir disposição semelhante à da Emenda nº. 8 da Constituição Americana – que proíbe a exigência de fianças excessivas, as penas de multa demasiadamente elevadas e a imposição de penas cruéis e fora do comum ou da medida -, o seu artigo 150, §35 dispõe que não se exclui direitos e garantias que, embora não estejam nela expressos, sejam decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. E, como base nesse dispositivo, e também no direito à vida garantido pelo *caput* do artigo 150 da Constituição, a norma da Lei de Segurança Nacional pode ser enquadrada na expressão medida cruel, pois é “cruel quanto à desproporção entre a situação do acusado e as consequências da medida”⁵⁴⁷.

Atualmente, nos julgados penais o princípio da proporcionalidade é invocado com maior frequência em decisões de *habeas corpus* que discutem a aplicação do princípio da insignificância em certas condutas criminosas. Pode-se citar como exemplo o *Habeas Corpus* nº. 111017 do Rio Grande do Sul, julgado pela segunda turma do Supremo Tribunal Federal.

No relatório do Min. Ayres Britto, afirma-se que a norma estatal que descreve o delito e comina a pena atua de modo binário, uma vez que, por um lado, consubstancia o poder estatal de interferência na liberdade individual e, por outro lado, traduz na garantia de que os eventuais arroubos legislativos de razoabilidade e desproporcionalidade se exponham ao controle jurisdicional. Afirma ainda o Ministro Relator que a justiça como valor se concretiza mediante certa dosagem de razoabilidade e de proporcionalidade na concretização dos valores da igualdade, liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, e outros.

⁵⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº. 18331. Recorrente Marques & Veigas. Recorrido: Prefeitura Municipal de Santos. Segunda Turma. Min. Rel. Orozimbo Nonato, 21 de setembro de 1951. In: MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 01, nº. 05, p. 01-25, agosto de 2001, p. 04-05

⁵⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº. 45232. Tribunal do Pleno. Min. Themístocles Cavalcanti, 21 de fevereiro de 1968. In: MENDES, O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, p. 05.

E, nesse contexto, se reconhece que a aplicação do princípio da não-significância penal se dá em um contexto empírico de óbvia desnecessidade do poder punitivo, situação em que a imposição de uma pena se auto evidencie como tão despropositada que até mesmo a pena mínima de privação de liberdade, ou então sua conversão em restritiva de direitos, resulta em uma violação da ideia de proporcionalidade. A insignificância penal é “expressão de um necessário juízo de razoabilidade e proporcionalidade de condutas que, embora formalmente encaixadas no molde legal-punitivo, materialmente escapam desse encaixe”⁵⁴⁸⁻⁵⁴⁹.

Além disso, também são frequentes julgados no Supremo Tribunal Federal que fazem alusão à necessidade de observância do princípio da proporcionalidade no momento da individualização da pena pelo magistrado.

No julgamento do *Habeas Corpus* nº. 75889/MS, por exemplo, o Tribunal entendeu que, no caso concreto, a consideração da reincidência como critério para a fixação da pena-base consistiu em uma violação da proporcionalidade. Nas palavras do relator, “ofende o princípio da proporcionalidade entre a agravante e a pena aplicada, bem assim o critério trifásico previsto no art. 68 do CP, a sentença que na primeira etapa da individualização da pena fixa o seu *quantum* no limite máximo previsto para o tipo penal”⁵⁵⁰.

Também no que se refere à individualização da pena, pode-se citar ainda a utilização do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº. 97701. Nesse julgado, o Supremo analisou a possibilidade de aplicação da causa de diminuição da pena do §4º do artigo 33 da Lei de Drogas (Lei 11343/2006) e concluiu por sua aplicação em razão da inexistência de prova quanto aos maus antecedentes do condenado.

E para essa decisão valeu-se do princípio da proporcionalidade na seguinte passagem: “(...) essa causa de diminuição de pena do delito de tráfico de entorpecentes retrata a inserção, no sistema nacional de combate às drogas, do vetor da proporcionalidade da sanção à gravidade da conduta”. Entendeu o Tribunal que as minorantes de pena previstas no dispositivo analisado consistem em previsão abstrata de um ajuste judicial (no caso, de 1/6 a

⁵⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº. 111017. Segunda Turma. Paciente: Jandirlei Schvede Vargas. Impetrante: Defensoria Pública da União. Min. Relator Ayres Britto, 07 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 10 de dezembro de 2012.

⁵⁴⁹ No mesmo sentido, do princípio da insignificância como expressão da exigência da proporcionalidade, têm-se os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal: HC 106498/MG; HC 110952/RS; HC 110940/MS; HC 111198/MG; HC 111252/RS; HC 109277/SE; HC 108400/RS; HC 109134/RS; entre outros.

⁵⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº. 75889. Segunda Turma. Paciente: Valdecir Marcolino Reis. Impetrante: Zoroastro C. Teixeira. Min. Marco Aurélio, 17 de março de 1998. In: CORREIA, O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade, p. 139.

2/3) na reprimenda do tipo incriminador, sintonizada com a tradicional garantia penal da adequação entre o delito e a resposta sancionatória do Estado⁵⁵¹.

Já o uso do princípio da proporcionalidade para o controle de legitimidade de normas penais abstratas ainda não é tão frequente no Supremo Tribunal Federal, mas pode ser visualizado em alguns julgados. Sob esse aspecto, dispensa-se aqui especial atenção à Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº. 31121, ao *Habeas Corpus* nº. 97256 e ao *Habeas Corpus* nº. 99832.

A Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº. 3112-1 foi proposta em 13 de janeiro de 2004 pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), alegando-se a inconstitucionalidade formal de totalidade da Lei nº. 10826/03 (Estatuto do Desarmamento), bem como a inconstitucionalidade material de vários dos seus dispositivos.

O Supremo Tribunal Federal julgou, à luz do princípio da proporcionalidade, a constitucionalidade de diversos dispositivos dessa lei. E decidiu-se pela inconstitucionalidade, por afronta à proporcionalidade (ou razoabilidade, segundo o Tribunal), da insusceptibilidade de concessão de fiança aos delitos previstos nos artigos 14 e 15 (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e disparo de arma de fogo) e da proibição de concessão de liberdade provisória nos delitos capitulados nos artigos 16, 17 e 18 (posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso irrestrito, comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo)⁵⁵².

Verifica-se, assim, que na oportunidade a Corte não invalidou qualquer tipo penal abstrato com base no princípio da proporcionalidade. E isso porque, embora tenham sido atacados dispositivos que tipificam fatos delituosos, e ter sido invocado o princípio da proporcionalidade como fundamento, a insurgência não foi dirigida contra o conteúdo incriminador dos tipos penais, mas sim contra a insusceptibilidade de concessão de fiança e de liberdade provisória⁵⁵³.

No *Habeas Corpus* nº. 97256, por sua vez, analisou-se a proibição expressa na Lei de Drogas de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos ao condenado por tráfico de drogas. O *Habeas Corpus* foi impetrado pela Defensoria Pública da União, alegando que a proibição do artigo 44 da Lei 11343/06 ofende as garantias

⁵⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº. 97701. Segunda Turma. Paciente: José Amaro da silva. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator Min. Relator Ayres Britto, 03 de abril de 2012, p. 05. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 10 de dezembro de 2012.

⁵⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade* nº. 3112-1/DF. Pleno. Relator Min. Ricardo Lewandowski, 02 de maio de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 10 de dezembro de 2012.

⁵⁵³ CORREIA, O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade, p. 148.

constitucionais de individualização da reprimenda, de inafastabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário da lesão ou ameaça de lesão a direito, e de proporcionalidade da resposta estatal ao delito.

Tendo em vista que o texto normativo do artigo 44 da Lei 11343/06 foi contestado quanto à sua constitucionalidade, os Ministros da Segunda Turma decidiram pela remessa dos autos ao Pleno. E, por maioria de votos, acordaram os Ministros do Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto do Relator Ministro Ayres Britto, em remover o óbice da parte final do artigo 44 da Lei 11343/2006, assim como a expressão análoga “veda a conversão em penas restritivas de direitos”, constante no §4º do artigo 33, do mesmo diploma legal.

Um dos argumentos utilizados pelo Ministro Relator no seu voto consistiu na afirmação de violação à proporcionalidade penal, sendo esse o fundamento que interessa na presente análise. Dispôs o Ministro Relator que “é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória”. O que pode ocorrer é a lei estabelecer condições mais severas para a concreta incidência da alternatividade, severidade essa sindicável tão-só pelos vetores da razoabilidade e da proporcionalidade, e não proibir o julgador, pura e secamente, de substituir a pena por uma restritiva de direitos. Ressaltou, ao fim, que se a Constituição previu diversos tipos de penas, foi justamente para cultuar o vetor da proporcionalidade entre os bens jurídicos violados e a resposta punitiva do Estado, bem como para garantir a individualização da reprimenda estatal⁵⁵⁴.

Também o *Habeas Corpus* nº. 99832 trouxe como matéria de discussão norma abstrata prevista na Lei nº. 11343, dessa vez relacionada à proibição de concessão de liberdade provisória. E os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, acordaram em deferir o pedido de *habeas corpus* ao acusado, entendendo que a vedação apriorística de concessão de liberdade provisória prevista no artigo 44 da Lei 11343/06 é incompatível com garantias e princípios constitucionais, bem como que o legislador não pode substituir o juiz na aferição da existência da situação de real necessidade capaz de viabilizar a utilização, em cada situação ocorrente, do instrumento de tutela cautelar penal.

Trata-se de um julgado que analisou norma de Direito Processual Penal, e não de Direito Penal material. Mas mesmo que apenas essas últimas sejam objeto de estudo da

⁵⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº. 97256. Pleno. Paciente: Alexandre Mariano da Silva. Impetrante: Defensoria Pública da União. Min. Relator Ayres Britto, 01 de setembro de 2010, p. 11-13. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 10 de dezembro de 2012.

presente dissertação, a intenção de dar destaque a essa decisão se justifica pelo desenvolvimento, no voto do Ministro Relator Celso de Melo, do entendimento de que o princípio da proporcionalidade deve atuar no controle da atividade do legislador penal.

Segundo o Ministro Celso de Melo, o poder público não pode agir imoderadamente, ainda mais em tema de liberdade individual. E, sob esse aspecto, o princípio da proporcionalidade atua como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público, sendo essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela das liberdades fundamentais. Nas palavras do Ministro, “o exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade (...) inclui-se no âmbito da própria fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público”. E, ainda, “o princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo”⁵⁵⁵.

Por fim, não se pode deixar de mencionar que há decisões do Supremo Tribunal Federal no sentido de impossibilidade de alteração judicial, por meio do princípio da proporcionalidade, do *quantum* da pena previsto em um tipo penal. Nesse sentido, o Recurso Extraordinário nº 358315-8 e o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº. 634601.

No Recurso Extraordinário nº. 358315-8, o recorrente alegou que o artigo 155, §4º, IV, do Código Penal – “a pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido mediante concurso de duas ou mais pessoas” - não foi recepcionado pela atual ordem constitucional, uma vez que ofende os princípios da isonomia e da proporcionalidade, já que o furto qualificado pelo concurso de agentes recebe tratamento mais rigoroso (o dobro da pena mínima e máxima) do que o roubo praticado na mesma situação (nesse, a pena de reclusão de quatro a dez anos e multa é aumentada de um terço até metade).

O Supremo Tribunal Federal, todavia, por unanimidade de votos, nos termos do voto da Ministra Relatora Ellen Gracie, entendeu que não cabe ao Poder Judiciário exercer juízo de valor no concernente à quantidade da sanção penal estipulada, sob pena de incorrer em violação ao princípio da separação dos poderes. E, ainda, afirmou-se que “ao poder legislativo compete a análise, mediante os recursos próprios, sobre a política criminal a ser adotada no combate ao crime”⁵⁵⁶.

⁵⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº. 99832. Segunda Turma. Paciente: Thiago Henrique da Cruz. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator Ministro Celso de Melo. 17 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 10 de dezembro de 2012.

⁵⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº. 358315-8. Segunda Turma. Recorrente: José Antônio Isabel. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relatora Ministra Ellen Gracie. 12 de

No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº. 634601, por sua vez, o agravante sustentou que a reprimenda prevista para o delito do §2º do artigo 289 do Código Penal – “quem, tendo recebido de boa-fé, como verdadeira, moeda falsa ou alterada, a restitui à circulação, depois de conhecer a falsidade, é punido com detenção, de seis meses a dois anos, e multa” - viola os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, e padece de vício de inconstitucionalidade pelo fenômeno da não recepção.

E o Tribunal constitucional brasileiro decidiu, por votação unânime, nos termos do voto do Ministro Relator Ricardo Lewandowski, negar provimento ao agravo regimental sob o fundamento de que efetivamente era incabível o recurso extraordinário, por não haver ofensa direta à Constituição. Ressaltou-se, ainda, que a Corte não pode substituir o Legislativo para, sob o pálio dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, alterar o Código Penal brasileiro e modificar a pena de um delito, criando, assim, uma terceira norma⁵⁵⁷.

Enfim, esses são alguns dos julgados penais nos quais o princípio da proporcionalidade foi adotado como razão de decidir pelo Supremo Tribunal Federal. Cabe agora, tendo como base essas decisões, realizar uma análise crítica da forma como o Supremo vem se valendo desse relevante instrumento constitucional de garantia dos direitos fundamentais.

4.2 Análise crítica

Conforme verificado das decisões mencionadas acima, o Supremo Tribunal Federal tem recorrido ao princípio da proporcionalidade para julgar os processos que são submetidos à sua apreciação. Mas a utilização em decisões da seara penal é menos frequente do que em decisões de outros ramos do direito, como da seara administrativa e da civil.

E o que se pode constatar é que a aplicação do princípio da proporcionalidade pela Corte brasileira nem sempre é feita de forma totalmente estruturada e bem fundamentada. Isso porque, por diversas vezes, senão na sua quase totalidade, o Supremo Tribunal se limita a citar o princípio da proporcionalidade, não fazendo uma análise específica da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

agosto de 2003, p. 02. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 10 de dezembro de 2012.

⁵⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no *Recurso Extraordinário nº. 634601*. Segunda Turma. Agravante: Vilmar Grassi. Agravado: Ministério Público Federal. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. 23 de agosto de 2011, p. 05. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 10 de dezembro de 2012.

Recorre-se a frases como “fere o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade”, ou então “à luz da proporcionalidade e da razoabilidade”, sem deixar claro qual o conteúdo do princípio da proporcionalidade foi violado – ou não violado – pelo ato ou norma objeto de julgamento.

A fundamentação empregada pelo Tribunal constitucional brasileiro na utilização do princípio da proporcionalidade é simplesmente pressuposta, como se tratasse de um princípio constitucional de larga tradição no direito brasileiro. E quando alguma fundamentação é fornecida, na grande maioria das vezes é apenas mencionado o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, e o chamado “*due process of law*”⁵⁵⁸.

Assim, o raciocínio aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, de acordo com Virgílio Afonso da Silva, costuma ser bastante conciso e mecânico. O juízo sobre a proporcionalidade acaba por se resumir basicamente nas seguintes premissas e conclusão: (1) a Constituição consagra a regra da proporcionalidade; (b) o ato questionado não respeita essa exigência; (c) logo, o ato questionado é inconstitucional⁵⁵⁹.

Alguns autores, inclusive, têm equiparado a atuação do Supremo Tribunal Federal à “piada da katchanga”⁵⁶⁰. Nesse sentido, para George Marmelsteins, na atividade de ponderação, e consequente invocação ao princípio da proporcionalidade, o Tribunal constitucional brasileiro não emprega argumentos objetivos e transparentes, não citando ao menos quais aspectos da proporcionalidade foram violados, o que gera a impressão de que “no fundo a ideia de sopesamento/balanceamento/ponderação/proportionalidade não está sendo utilizada para reforçar a carga argumentativa da decisão, mas justamente para desobrigar o julgador de fundamentar”⁵⁶¹. Por isso, o princípio da proporcionalidade pode ser

⁵⁵⁸ SILVA, *O proporcional e o razoável*, p. 32.

⁵⁵⁹ SILVA, *O proporcional e o razoável*, p. 31.

⁵⁶⁰ A piada da Katchanga pode ser assim reproduzida: “Um rico senhor chega a um cassino e se senta sozinho em uma mesa no canto do salão principal. O dono do cassino, percebendo que aquela seria uma ótima oportunidade de tirar um pouco de dinheiro do homem rico, pergunta se ele não desejava jogar. ‘Temos roleta, blackjack, texas holden’, disse o dono do cassino. ‘Nada disso me interessa’, respondeu o cliente, ‘só jogo Katchanga’. Diante da resposta do homem rico, o dono do cassino pergunta para todos os crupiês lá presentes se algum deles conhecia a tal da Katchanga, mas ninguém sabia que jogo era aquele. Então, o dono do cassino teve uma ideia: disse para os melhores crupiês jogaram a tal da Katchanga com o cliente, mesmo sem conhecer as regras, para tentar entender o jogo e, assim que eles dominassem as técnicas básicas, tentariam extrair o máximo de dinheiro daquele homem. E assim foi feito. Na primeira mão, o cliente deu as cartas e, do nada, gritou ‘Katchanga!’, levando todo o dinheiro que estava na mesa. Na segunda mão, a mesma coisa. E assim foi a noite toda – sempre o rico senhor dava o seu grito de Katchanga e ficava com o dinheiro dos incrédulos e confusos crupiês. De repente, um dos crupiês teve uma ideia: seria mais rápido do que o homem rico. Logo que as cartas foram distribuídas, o crupiê rapidamente gritou com ar de superioridade ‘Katchanga’. Mas, quando ia pegar o dinheiro da mesa, o homem rico, com uma voz mansa e segura disse ‘Espere, eu tenho uma Katchanga Real’, e mais uma vez levou todo o dinheiro da mesa”.

⁵⁶¹ LIMA, George Marmelstein. Alexy à brasileira ou a teoria da Katchanga. *Direitos fundamentais*, 18 de junho de 2012, p. 03. Disponível em: <www.direitosfundamentais.netV>. Acesso em: 10 de junho de 2012.

considerado a “katchanga real” do Supremo Tribunal Federal, pois se entende que a simples invocação ao princípio da proporcionalidade, mesmo que sem qualquer tipo de motivação, é suficiente para tomar qualquer decisão que seja⁵⁶².

Lenio Streck, todavia, discorda desse entendimento. Inicialmente explica que a história da “Katchanga Real” foi construída por Luis Alberto Warat na década de 80, para fazer uma crítica ácida à dogmática jurídica, qual seja: a dogmática jurídica é um jogo de cartas marcadas, pois quando alguém consegue entender as “regras”, a própria dogmática tem sempre um modo de superar os paradoxos e decidir a “coisa” do seu jeito. E essa metáfora, ao longo dos anos, foi sendo utilizada e modificada por diversos juristas, dando a ela a “roupagem” que lhe era mais conveniente⁵⁶³.

Mas, segundo Lenio Streck, a “metáfora da Katchanga” passa a ser empregada de forma simplória e equivocada ao ser utilizada para deduzir a chamada “ponderação à brasileira”. O autor não nega que a invocação do princípio da proporcionalidade é a “katchanga real”, mas critica o pensamento de que o “katchangamento” desaparecerá a partir do momento em que a ponderação passar a ser utilizada de forma correta⁵⁶⁴. E fundamenta o seu pensamento em dois argumentos principais.

Primeiro, afirma que a piada da “Katchanga” pode ser utilizada para destruir a ponderação, mas desde que não se limite à ponderação brasileira. Isso porque o “mito katchangal” está presente na própria teoria de Alexy e no elemento decisionista inerente à fórmula da ponderação. Assim, caso se queira criticar a ponderação, então que não se critique apenas a brasileira, mas também a original⁵⁶⁵.

E, segundo, porque quem utiliza a “katchanga real” para criticar a ponderação tem de, necessariamente, criticar também a discricionariedade judicial, já que a discricionariedade e a ponderação são muito próximas. Da mesma forma, ao se utilizar a metáfora da “katchanga”, sob pena de se pecar pela contradição, não é possível continuar defendendo a distinção semântico-estrutural entre regras e princípios, bem como não se pode mais ser a favor do livre convencimento do juiz⁵⁶⁶.

Além disso, finalizando essa questão da “katchanga” e prosseguindo com a análise das decisões do Supremo Tribunal Federal, outra constatação possível é a de que os

⁵⁶² LIMA, Alexy à brasileira ou a teoria da Katchanga, p. 03.

⁵⁶³ STRECK, Lenio Luiz. A estória da “katchanga real”. 10 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/site/2012/02/10/a-estoria-da-katchanga-real-por-lenio-streck/>. Acesso em: 10 de dezembro de 2012, p. 01.

⁵⁶⁴ STRECK, A estória da “katchanga real”, p. 01.

⁵⁶⁵ STRECK, A estória da “katchanga real”, p. 01.

⁵⁶⁶ STRECK, A estória da “katchanga real”, p. 01,

aportes ao princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal têm se limitado ao seu aspecto mais evidente, qual seja, o equilíbrio entre a gravidade do comportamento e a sanção penal correspondente.

Não tem havido, segundo Pierpaolo Cruz Bottini, uma maior reflexão sobre outro aspecto da proporcionalidade, referente ao corte social representado pela criação de mecanismos legais que afastam a incidência da norma penal em determinados delitos – como, econômicos e financeiros – e que não se estendem a delitos comuns praticados, em regra, por classes sociais inferiores. Pelo contrário, as construções jurisprudenciais tendem a agravar a desproporcionalidade em algumas situações, consolidando o corte social já realizado pelo Legislativo. É o que ocorre, por exemplo, na aplicação do princípio da insignificância, corolário da aplicação do princípio da proporcionalidade, uma vez que enquanto se fixa para os crimes fiscais o valor de R\$10.000,00 como limite da insignificância, há decisões do Supremo que afastam a insignificância em crime de furto de R\$30,00 diante dos maus antecedentes do réu⁵⁶⁷.

Por fim, uma última constatação resultante da apreciação dos julgados do Supremo Tribunal Federal consiste na comprovação de que a Corte brasileira realiza um uso indistinto da proporcionalidade e da razoabilidade, tratando-as como sinônimo, ou seja, como um mesmo princípio jurídico.

Quanto a esse aspecto, para Virgílio Afonso da Silva, embora o Supremo Tribunal Federal se refira frequentemente ao princípio da proporcionalidade, essa referência é tecnicamente incorreta, devendo ser entendida como referência à análise da razoabilidade. Entende que se o Supremo Tribunal Federal, em seus julgados, não procede ao exame da idoneidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito de forma concreta e isolada, então é porque na verdade não aplica a regra da proporcionalidade⁵⁶⁸.

Há, contudo, autores que discordam desse entendimento. Para Suzana de Toledo Barros, o panorama constitucional comprova indiscutivelmente o reconhecimento em nosso ordenamento jurídico do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, havendo uma gradual sistematização de sua aplicação e de sua importância em sede de controle das leis⁵⁶⁹.

E, ainda, Gilmar Mendes, citando como exemplo apenas normas extrapenais, garante que o princípio da proporcionalidade, como dimensão específica do princípio do

⁵⁶⁷ BOTTINI, *O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial*, p. 294-295.

⁵⁶⁸ SILVA, *O proporcional e o razoável*, p. 34.

⁵⁶⁹ BARROS, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 1255.

devido processo legal, ganhou autonomia na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sendo utilizado nas decisões como um instrumento para a solução de colisão entre direitos fundamentais⁵⁷⁰.

Por todo o exposto, o que se pode concluir é que o princípio da proporcionalidade está presente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quando da apreciação de atos e de normas penais, mesmo que ainda de forma tímida e não isenta de críticas por parte da doutrina.

⁵⁷⁰ MENDES, O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, p. 18.

CONCLUSÃO

O princípio da proporcionalidade tem ganhado cada vez mais importância na doutrina, bem como tem aumentado a sua invocação pelos Tribunais. Trata-se de um princípio não previsto de forma expressa na Constituição brasileira, mas que decorre de forma implícita dos valores constitucionais, sendo corolário da concepção de Estado Democrático de Direito e forte aliado na proteção dos direitos fundamentais.

O princípio da proporcionalidade é um instrumento de fundamentação de validade constitucional das normas, entre elas as de natureza penal. O Direito Penal deve ser enxergado sob a ótica do Estado Democrático de Direito e, nesse sentido, o princípio da proporcionalidade é um princípio de justificação democrática e de limitação do Direito Penal. E se o princípio da proporcionalidade rege com todo vigor no Direito Penal, é porque esse setor do ordenamento jurídico é composto por normas restritivas de liberdade, atingindo de forma mais grave os direitos fundamentais dos indivíduos.

Ressalte-se que não se defende que o princípio da proporcionalidade seja a única forma de limitação da intervenção penal estatal, e que poderia vir a substituir outros princípios. Na verdade há uma relação de integração entre o princípio da proporcionalidade e os princípios da exclusiva proteção de bens jurídicos, da lesividade, da intervenção mínima e da culpabilidade.

E a importância da função desempenhada pelo princípio da proporcionalidade no controle da intervenção estatal não é diminuída pelas deficiências estruturais que apresenta sob o aspecto da racionalidade e da objetividade. Não há qualquer raciocínio jurídico para resolver questões normativas que seja totalmente objetivo e racional e, quando em comparação com outros critérios, o princípio da proporcionalidade é o que apresenta uma estrutura mais clara. Além disso, com a sua utilização cada vez maior pelos juristas, esse princípio tende a ganhar maior nitidez e menores ambiguidades.

No Direito Penal, o princípio da proporcionalidade objetiva a proteção dos direitos fundamentais da sociedade vítima da prática da conduta delituosa, mas também dos direitos fundamentais do autor do fato criminoso, impedindo que haja a imposição de penas inidôneas, desnecessárias e desproporcionais em sentido estrito.

A justificativa da intervenção estatal é condicionada aos seguintes requisitos: utilidade para prevenir as condutas humanas que mais gravemente lesionam a liberdade alheia e a convivência social; necessidade, de modo que não seja possível alcançar o mesmo fim por

meio de intervenções menos drásticas; e comprovação de que os males que se evitam são maiores do que os males que são causados com a intervenção penal.

O estabelecimento de crimes, penas e descriminalizações não pode ser um ato totalmente discricionário do legislador, assim como também não pode ser totalmente ilimitada a atividade do juiz ao aplicar a norma penal e fixar a pena em concreto. Tanto o legislador penal, quanto os juiz e Tribunais, devem se vincular aos valores constitucionais, o que acarreta em uma sensível diminuição do seu poder de escolha.

A despeito disso, vivenciamos um momento de desarmonia e de desproporcionalidade do sistema penal brasileiro. Na legislação penal brasileira há várias normas que atentam contra os mandamentos da idoneidade, necessidade e/ou proporcionalidade em sentido estrito, o que torna visível a falta de comprometimento do legislador penal com os valores da Constituição no momento da previsão das infrações e das penas.

E a violação ao princípio da proporcionalidade não tem sido justificada por meio de outros princípios ou institutos, mas sim é decorrente de um sistema penal desnorteado, cada vez mais marcado pelo imediatismo e pelo casuísmo.

O Direito Penal tem passado atualmente por um estágio de hipertrofia. O legislador penal brasileiro tem sido influenciado pela pressão da mídia e por manifestações dos mais variados segmentos da população em prol da criação de novos tipos penais e do agravamento significativo das penas dos tipos já existentes. Mas se apegar aos apelos populares é um recurso perigoso, mormente quando o que se está discutindo é os direitos fundamentais do cidadão perante o poder de punir do Estado.

O legislador penal não pode se rebaixar a mero executor de demandas populistas, devendo, para a elaboração de um novo tipo penal, revisar as teorias aplicadas na atual legislação, bem como verificar a viabilidade de mantê-las, tendo como base os princípios e garantias constitucionais, entre eles o princípio da proporcionalidade.

E no momento de calcular a pena em abstrato de um novo tipo penal, ou então da alteração da pena de um tipo já existente, o legislador penal deve se atentar para as penas já vigentes no ordenamento e realizar uma análise comparativa. O *quantum* das penas abstratas não pode ser estabelecido tendo como base a opinião pública, mas sim deve ser arquitetado um crescimento gradativo das penas conforme a crescente gravidade dos delitos.

A criação e a aplicação das normas penais, mais do que uma questão de segurança pública, é uma questão de respeito e promoção dos valores constitucionais. E se o legislador criar normas penais ilegítimas ou excessivas, então caberá ao Poder Judiciário

considerar como inconstitucional o dispositivo penal. Não se trata de uma substituição do legislador pelo juiz, mas sim de uma não omissão diante dos excessos legislativos.

Nesse cenário, o princípio da proporcionalidade representa uma importante baliza constitucional. O princípio da proporcionalidade é um instrumento a fundamentar a declaração de inconstitucionalidade de leis penais que se prestem a exorbitar os seus limites. A utilização do princípio da proporcionalidade traz consigo uma revalorização do papel desempenhado nas premissas empíricas no controle de constitucionalidade das leis, particularmente no que diz respeito aos juízos de idoneidade e necessidade, onde é condicionada a constitucionalidade da lei à sua disposição de alcançar determinados fins ou a apuração e emprego de outras medidas menos lesivas, porém efetivas para alcançar a mesma finalidade.

E a jurisprudência penal pátria consagra o princípio da proporcionalidade. Mas, por vezes, a aplicação prática desse princípio pelo Supremo Tribunal Federal tem ocorrido de maneira falha. E entende-se dessa forma não por o Supremo considerar como sinônimos os princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, posicionamento esse que é acolhido em parte da doutrina, mas sim pelo fato de que a Corte brasileira se limita a citar o princípio da proporcionalidade, sem justificar quais dos seus subprincípios foram violados.

Não há uma aplicação racional e devidamente motivada do princípio da proporcionalidade pelo Tribunal constitucional brasileiro. Quando há alguma motivação, essa se limita, por diversas vezes, unicamente à afirmação de que se trata de um princípio constitucional.

Assim, é necessário que haja um aperfeiçoamento da forma de invocação desse princípio pelo Supremo Tribunal Federal. Cabe ao Tribunal constitucional realizar um emprego estruturado do princípio da proporcionalidade, analisando cada um dos seus subprincípios (idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), sob pena de suas decisões serem consideradas cada vez mais irracionais e arbitrárias.

O Supremo Tribunal Federal desempenha função insubstituível no controle da proporcionalidade das decisões judiciais e dos tipos penais e, por isso, deve delinear critérios mais precisos e motivados quando do controle dos atos e das normas que representam a forma mais grave de intervenção na liberdade dos indivíduos.

Conclui-se, ao fim, que é preciso rever a legislação penal brasileira, mas não com pressa e com ausência de técnica. Apenas através de um trabalho árduo é que se poderá dotar o ordenamento brasileiro de proporcionalidade. E se deve perder a ilusão de que haverá a mudança da realidade com a simples mudança e endurecimento das leis. Além disso,

também é preciso aprimorar o uso do princípio da proporcionalidade pelos representantes do Poder Judiciário.

O princípio da proporcionalidade, juntamente com outros princípios, e desde que corretamente aplicado, poderá desempenhar papel fundamental na “reorganização” do sistema penal brasileiro, atuando na legitimação e limitação do poder de punir do Estado, e concomitantemente atuando como instrumento a fundamentar a declaração de inconstitucionalidade de leis penais que exorbitem os seus limites. O princípio da proporcionalidade contribui para um Direito Penal democrático e constitucional.

REFERÊNCIAS

AGUADO CORREA, Teresa. **El principio de proporcionalidad en Derecho penal.** Madrid: Edersa, 1999.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003.

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. O princípio da proporcionalidade aplicado ao Direito Penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 80, p. 35-79, set-out/2009.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre regras e princípios e redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, ano I, vol. I, nº 4, p. 01-36, julho de 2001.

_____. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, número 4, p. 01-25, novembro/dezembro de 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-4-outubro-2005-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2012.

_____. **Teoria dos princípios.** Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana.** Revista USP, São Paulo, n. 53, p. 90-101, 2002.

AZEVEDO, Paulo Bueno. Aplicação da pena abaixo do mínimo legal: a proporcionalidade no Direito Penal. **Revista da seção judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 29, p. 175-184, dezembro/2010.

BARBERÁN, Pablo Marshall. El Estado de Derecho como principio y su consagración en la constitución política. **Revista de Derecho da Universidad Católica del Norte**, Chile, ano 17, n. 02, p. 185-204, 2012.

BARNES, Javier. Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario. **Revista de Administración Pública**, n. 135, p. 495-522, setembro-dezembro de 1994.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO FILHO, José. O “reto absoluto” e o princípio da proporcionalidade. Uma abordagem sobre os fins do Direito Penal. **Instituto Brasileiro de Direito Público**, Salvador, p.01-13, n. 02, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. A igualdade perante a lei. Algumas reflexões. **Revista de Direito Processual**, Rio de Janeiro, n. 38, p.64-79, 1986.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado**, n. 09, p. 01-41, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 13 mai. 2012.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Delitos de acumulação e racionalidade da intervenção penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 208, p. 2-4, 2010.

_____. Derechos humanos y límites de la intervención penal en Brasil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 85, p. 119-158, 2010.

_____. O rendimento da teoria do bem jurídico no Direito Penal contemporâneo. **Revista das Liberdades**, São Paulo, v. 01, p. 16-29, agosto-maio de 2009.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**. Rio de Janeiro: Editora 34, 2010.

BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

BITTAR, Walter Barbosa; FIDELIS, Guilherme Faustino. Legislação ambiental e os princípios limitadores do poder punitivo estatal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 895, p. 413-444, maio de 2010.

BOBBIO, Noberto. Presente e futuro dos direitos do homem. In: **A Era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. Sobre os fundamentos dos direitos do homem. In: **A Era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato não são de mera conduta. **Revista Consultor Jurídico**, maio de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-29/direito-defesa-crimes-perigo-abstrato-nao-sao-mera-conduta>>. Acesso em: 15 de agosto de 2012.

_____. O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea. In: MENDES, Gilmar Mendes; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (orgs). **Direito Penal Contemporâneo**. Questões controvertidas. São Paulo: Saraiva, p. 109-134, 2011.

_____. O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 85, p. 267-296, jul./ago. 2010.

_____. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 61, p. 44-121, 2009.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE. **Lecciones de derecho penal**. Vol. I. Madrid: Editorial Trotta S.A., 1997.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Bases do Direito Penal no Estado Democrático de Direito. **Revista Impulso**, Piracicaba, n. 20, v. 09, p. 81-94, 1996.

CALLEGARI, André Luis. “Deu no jornal”: notas sobre a contribuição da mídia para a (ir)racionalidade da produção legislativa no bojo do processo de expansão do Direito Penal. **Revista Liberdades**, São Paulo, nº. 02, p. 56-77, setembro/dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/02/integra.pdf>. Acesso em: 01 de novembro de 2012.

CÓDIGO DE HAMURABI. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>. Acesso em: 01 mai. 2012.

CORREIA, Belize Câmara. **O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade.** Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2009.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. **Revista Peruana de Ciencias Penales**, Lima, Año VII-VIII, 2002, n. 11, p. 551-577.

DOTTI, René Ariel. Algumas bases ideológicas do projeto 236/2012. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 240, novembro/2012.

_____. Proposta para uma nova consolidação das leis penais. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 60-88, abr./maio 2000.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón.** Teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

_____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** Trad. Antonio de Cabo e Gerardo Pisarello. 4 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. **Direito Penal Brasileiro.** Parte Geral. Princípios fundamentais e sistema. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FORSTHOFF, Ernest. **El estado de la sociedad industrial.** Trad. M Sánchez Alarcón. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1976.

GARLAND, David. **A cultura do controle:** crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal.** Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v.2.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. A Lei n. 11923/09 e outra vez a desproporcionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, nº. 199, jun. 2009.

_____. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal.** Trad. Vicente Gimeno Sendra. Madrid: Editorial Colex, 1990.

GRACIA MARTÍN, Luis. La modernización del derecho penal como exigencia de la realización del postulado del estado de derecho (social e democrático). **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Madrid, 3^a época, n. 03, p. 27-72, 2001.

GRECO, Luís. Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal). **Revista Liberdades**, São Paulo, Edição Especial – Reforma do Código Penal, p. 35-58, 2012. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/10A/integra.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2012.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio.** Uma visão minimalista do Direito Penal. 4^a ed. Niterói: Impetus, 2009.

GUAZZALOCA, Bruno; INSOLERA, Gaetano; SFRAPPINI, Paolo, et al. Controllo di ragionevolezza e sistema penale. **Dei delitti e delle pene**, Anno V, n. 01, p. 29-75, gennaio/aprile 1998.

HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la criminología y al derecho penal.** Valencia: Tirant la Blanch, 1989.

HASSEMER, Winfried. Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos. In: TERRADILLOS BASOCO, Juan; HASSEMER, Winfried; BARATTA, Alessandro, et al. **Pena y Estado.** Función simbólica de la pena. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda, 1995, p.23-36.

_____. **Persona, mundo y responsabilidad.** Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Colombia: Editorial Temis. S.A, 1999.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito.** Trad: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HÖRNLE, TATJANA. La concepción antiguada de la culpabilidad en la jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, tomo LIV, MMI, p. 401-430, 2001.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Editorial. Reflexões sobre os crimes tributários: protesto pela coerência. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, n. 227, outubro de 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCRIM), INSTITUTO MANOEL PEDRO PIMENTEL (USP) e INSTITUTO TRANSDISCIPLINAR DE ESTUDOS CRIMINAIS (ITEC). **Manifesto sobre a reforma do Código Penal**. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/manifesto/manifesto2012.php?acao&manForm>. Acesso em: 13 nov. 2012.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Os fins da pena no Código Penal Brasileiro. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 167, outubro de 2006.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edições Profissionais Ltda., 2005.

KINDHÄUSER, Urs. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal. **Revista Electrónica del Instituto Latinoamericano de Estudios en Ciencias Penales y Criminología**, n. 004-01, p. 01-17, 2009.

LARENZ, Karl. **Metodología da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. La proporcionalidad de la norma penal. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, ano 1, p. 223-250, maio/agosto 2000.

LEITE, Alaor. A aplicação da Lei Penal no projeto do Código Penal. **Revista Liberdades**, São Paulo, Edição Especial – Reforma do Código Penal, p. 59-97, 2012. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/10A/integra.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2012.

LIMA, George Marmelstein. Alexy à brasileira ou a teoria da Katchanga. **Direitos fundamentais**, p. 01-03, 18 de junho de 2012. Disponível em: <www.direitosfundamentais.net>. Acesso em: 10 de junho de 2012.

LOPERA MESA, Gloria Patricia. **Principio de proporcionalidad y ley penal.** Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales. Madrid: CEPC, 2006.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Culpabilidade no direito penal.** São Paulo: QuartierLatin, 2009.

_____. Questões fundamentais da responsabilidade penal pelo produto defeituoso. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p. 177-219, agosto de 2011.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Crimes culposos no novo Código de Trânsito. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 66, maio de 1998.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Editorial. **Revista Liberdades**, São Paulo, Edição Especial: Reforma do Código Penal, p. 04-07, 2012. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/10A/integra.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2012.

MATA BARRANCO, Norberto J. de la. **El principio de proporcionalidad penal.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

_____. La determinación judicial de la pena. El principio de proporcionalidad como garantía. **Ministerio Público de la defensa**, Buenos Aires, Año 1, n. 04, p. 15-32, maio/2008.

MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 01, nº. 05, p. 01-25, agosto de 2001.

MENDOZA BUERGO, Bianca. Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho Penal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, Tomo LII, p. 279-321, 2002.

MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho.** Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1994.

_____. El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho Penal. In: MATEU, J. C.; CUSSAC, J. J. González; BERENGUER, Orts (directores). **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal.** Valencia: Librería Tirant la Blanch, 2009.

_____. **Introducción a las bases del derecho penal.** Concepto y método. 2^a ed. Buenos Aires: Julio César Fatra Editor, 2003.

_____. Principio de proporcionalidad y fines del derecho penal. In: ECHAN BASALDUA, Juan Ignacio (Coord.). **Estudios en memoria de José María Lidón.** Bilbao: Ed. Universidad de Deusto, p. 349-366, 2002.

MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes Hediondos.** Texto, comentários e aspectos polêmicos. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espirito das leis.** Trad. Cristina Murachco. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro.** Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NAVARRO FRÍAS, Irene. El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios? **Revista para el análisis del derecho**, Barcelona, InDret 2/2010, p. 01-33, abr. 2010.

NEUMANN, Ulfrid. O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena. Trad. Antonio Martins. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n.71, p. 205-232, março/abril 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais:** trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. **Leis penais e processuais penais comentadas.** 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PALAZZO, Francesco. Estado constitucional de derecho y derecho penal. **Revista Penal**, Editorial Praxis S.A., p. 49-60, n. 02, 1998.

_____. Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali. **Rivista Italiana di diritto e procedura penale**, Anno XLI, p. 350-384, 1998.

PASTANA, Débora Regina. Imprensa e violência: a reprodução do medo. In: **Cultura do Medo.** São Paulo: Editora Ibccrim, 2003.

PISKE, Oriana. **A função social da magistratura na contemporaneidade.** Revista CEJ, Brasília, Ano XIV, n. 49, p. 42-50, abr./jun. 2000.

PRADO, Luiz Regis Prado. **Curso de Direito Penal.** Parte geral. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

QUANDT, Gustavo de Oliveira. A aplicação da Lei Penal no projeto do Código Penal. **Revista Liberdades**, São Paulo, Edição Especial – Reforma do Código Penal, p. 08-34, 2012. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/10A/integra.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2012.

RAMOS TAPIA, María Inmaculada; WOISCHNIK, Jan. El control del arbitrio judicial en la individualización de la pena. **Cuadernos de Política Criminal**, Madrid, n.69, p. 613-633, 1999.

RAMOS TAPIA, María Inmaculada. Principios constitucionales en la determinación legal de los marcos penales. Especial consideración del principio de proporcionalidad. **Anuario de Derecho Constitucional Latino Americano**, Buenos Aires, p. 143-156, 2001

REALE JÚNIOR, Miguel. Caminhos do Direito Penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 85, p. 41-76, 2010.

RIBEIRO, Bruno Salles Pereira. Lei 12382/11: efeitos penais do adimplemento tributário e a crise de legitimidade do Direito Penal. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, n. 221, p. 08-09, abril de 2011.

ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevención en derecho penal.** Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus S.A., 1981.

_____. **Derecho Penal.** Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Pena, et al. 2^a ed. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

_____. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. Trad. Alaor Leite. **Revista dos Tribunais**, v. 922, p. 291-322, agosto de 2012.

_____. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. Parte Geral. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al Derecho Penal contemporáneo**. Barcelona: Jose María Bosch Editor S.A, 1992.

_____. El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 24, p. 65-78, out/dez 1998.

_____. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. **InDret**, Barcelona, p. 1-15, abril de 2007.

_____. **Política criminal y nuevo Derecho Penal**. Libro Homenaje a Claus Roxin. Barcelona: José María Bosch Editor, 1997.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, n. 04, p. 23-51, 2006.

_____. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais I**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 607-630, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **A estória da “katchanga real”**. 10 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/2012/02/10/a-estoria-da-katchanga-real-por-lenio-streck/>>. Acesso em: 10 de dezembro de 2012

_____. Da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In: (Neo)constitucionalismo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, vol. I, n. 02, p. 243-284, 2004.

TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p. 75-87, 1992.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Parte geral. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VIDAL FUEYO, María del Camino. El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, p. 427-448, 2005.

VON LISZT, Franz. **La idea de fin en el derecho penal**. México: Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad de Valparaíso de Chile, 1994.

ZILIO, Jacson. Metodologia e orientação do anteprojeto de Código Penal Brasileiro. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 239, outubro/2012.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 173/DF. Requerente: Confederação Nacional da Indústria. Requeridos: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator Ministro Joaquim Barbosa. 29 de maio de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=582642>. Acesso em: 15 de junho de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1407 MC/DF. Requerente: Partido Comunista do Brasil. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Celso de Mello. 24 de novembro de 2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347037>. Acesso em: 15 de junho de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3112-1/DF. Pleno. Relator Min. Ricardo Lewandowski, 02 de maio de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 10 de dezembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº. 634601. Segunda Turma. Agravante: Vilmar Grassi. Agravado: Ministério Público Federal. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. 23 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 10 de dezembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 45232. Tribunal do Pleno. Min. Themístocles Cavalcanti, 21 de fevereiro de 1968. In: MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 01, nº. 05, p. 01-25, agosto de 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 109134. Segunda Turma. Paciente: Taina Chrysostomo da Silva. Impetrante: Defensoria Pública da União. Min. Relator Ayres Britto, 07 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 13 de setembro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 108400. Segunda Turma. Paciente: Rodrigo da Silva Abreu. Impetrante: Defensoria Pública da União. Min. Relator Ayres Britto, 29 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 10 de dezembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 109277. Segunda Turma. Paciente: Cristiane Conceição Belarmino da Silva. Impetrante: Defensoria Pública da União. Min.

Relator Ayres Britto, 13 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 10 de dezembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 111017. Segunda Turma. Paciente: Jandirlei Schvede Vargas. Impetrante: Defensoria Pública da União. Min. Relator Ayres Britto, 07 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 10 de dezembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 111252. Segunda Turma. Paciente: Robson dos Santos Custódio. Impetrante: Defensoria Pública da União. Min. Relator Ayres Britto, 28 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 10 de dezembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 110940. Segunda Turma. Paciente: Ingês Regina de Souza ou Inês Regina Gomes de Souza. Impetrante: Defensoria Pública da União. Min. Relator Ayres Britto, 06 de março de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 10 de dezembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 111198. Segunda Turma. Paciente: Glauton de Souza Costa. Impetrante: Defensoria Pública da União. Min. Relator Ayres Britto, 06 de março de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 10 de dezembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 110952. Segunda Turma. Paciente: I. de A. L. G. Impetrante: Defensoria Pública da União. Min. Relator Ayres Britto, 13 de março de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 10 de dezembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 106498. Segunda Turma. Paciente: Cláudio Henrique Esteves dos Reis. Impetrante: Defensoria Pública da União. Min. Relator Rosa Weber, 29 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 10 de dezembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 75889. Segunda Turma. Paciente: Valdecir Marcolino Reis. Impetrante: Zoroastro C. Teixeira. Min. Marco Aurélio, 17 de março de 1998. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 10 de dezembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 97701. Segunda Turma. Paciente: José Amaro da silva. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator Min. Relator Ayres Britto, 03 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 10 de dezembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 97256. Pleno. Paciente: Alexandre Mariano da Silva. Impetrante: Defensoria Pública da União. Min. Relator Ayres Britto, 01 de setembro de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 10 de dezembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 99832. Segunda Turma. Paciente: Thiago Henrique da Cruz. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator Ministro Celso de Melo. 17 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 10 de dezembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 18331. Recorrente Marques & Veigas. Recorrido: Prefeitura Municipal de Santos. Segunda Turma. Min. Rel. Orozimbo Nonato, 21 de setembro de 1951. In: MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 01, nº. 05, p. 01-25, agosto de 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 358315-8. Segunda Turma. Recorrente: José Antônio Isabel. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relatora Ministra Ellen Gracie. 12 de agosto de 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 10 de dezembro de 2012.