

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL

Magda Aparecida Gonçalves Mage

Presidente Prudente/SP
2003

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL

MAGDA APARECIDA GONÇALVES MAGE

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do Grau de
Bacharelado em Direito, sob orientação do Prof.
Jurandir José dos Santos

Presidente Prudente/SP
2003

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para a obtenção do Grau de bacharelado em Direito

Jurandir José dos Santos
Orientador

Dirce Felipin Nardin
Examinadora

Paula Pontalti Marcondes Moreira
Examinadora

Presidente Prudente, 28 de novembro de 2003

Um dia você aprende que...

... com a mesma severidade com que julga, você poderá em algum momento ser condenado. Aprende que o tempo não é algo que possa voltar para trás... E você aprende que realmente pode suportar... que realmente é forte, e que pode ir muito mais longe depois de pensar que não se pode mais. E que realmente a vida tem valor e que você tem valor diante da vida! Nossas dádivas são traidoras e nos fazem perder o bem que poderíamos conquistar, se não fosse o medo de tentar.

William Shakespeare

***Para Bento Mage e Maria de Jesus Gonçalves
Mage por serem pais maravilhosos e por
sempre acreditarem em mim quando eu
achava que não podia mais.***

***Para Anderson Utida pelo namorado e amigo
paciente e leal, sempre auxiliando nos
momentos mais difíceis.***

AGRADECIMENTOS

Meus pais, **Bento Mage** e **Maria de Jesus Gonçalves Mage**, que me educaram seguindo o caminho da verdade e da justiça, me auxiliando sempre.

Aos meus **avós**, eternamente em minhas lembranças.

Aos meus irmãos **Marcelo, Marco, Márcio** ao auxílio dado.

Anderson Utida, pelo auxílio e dedicação.

Dr. Jurandir José dos Santos, pela dedicação e auxílio na realização desse trabalho, por não ter sido somente um professor e orientador, mas sim um verdadeiro amigo, o qual seus ensinamentos levarei para sempre na minha memória.

Elizete, Érica e Fabiana, amigas não de um período, mais sim de toda uma vida.

Aline, mais que uma amiga de sala, uma companheira de todos os momentos.

A todos os colegas de sala, que durante esses cinco anos se tornaram uma nova família.

Todos aqueles que, de alguma modo, me auxiliaram indiretamente com este trabalho.

E principalmente a **Deus**, por ter me ajudado a encontrar soluções, onde elas não existiam, e por ter me dado força em todos os momentos.

RESUMO

O presente trabalho aborda o Princípio da Proporcionalidade, iniciando com a Evolução Histórica e a sua aplicação no direito comparado, até chegar ao ordenamento brasileiro.

Em um segundo momento aborda o Princípio da Proporcionalidade frente ao Direito Processual Penal e o Direito Penal, fazendo também uma demonstração da ligação desse Princípio com outros princípios constitucionais.

Por fim, analisa o Princípio da Proporcionalidade, enfocando a desproporção existente nas penas cominadas ao crime de receptação qualificada (art. 180, § 1º, do Código Penal), bem como nos crimes de trânsito de homicídio e de lesões corporais culposos, tipificados nos artigos 302 e 303, do Código de Trânsito.

O tema de pesquisa está inserido no Direito Penal e no Direito Processual Penal, envolvendo também o Direito Constitucional.

Para elaboração do trabalho científico foram usados todos os meios disponíveis, através de consultas bibliográficas do Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Constitucional, artigos de jurisprudência sobre as questões analisadas pelos Tribunais Estaduais e pelos Tribunais Superiores, bem como pesquisa eletrônica.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios; Proporcionalidade; Direito Penal; Direito Processual Penal.

ABSTRACT

The present production approach the Beginning of the Proportionately, beginning with the Description Evolution and the your application in compared jurisprudence, until to arrive at Brazilian methodical.

In a second moment approach the Beginning of the Proportionately front of Process Punitive Jurisprudence and the Punitive Jurisprudence doing too a demonstration of the connection of this Beginning with other constitution beginning.

For conclusion analyse the Beginning of the Proportionately, focused the unproportional existence and punishment at the delinquency of receiving qualified (articles 180, §1º, Punitive Code) though of the delinquency of transit of homicide and of culpables corporeals hurts, articles 302 and 303, Code of Transit.

The argument of investigation is insert in the Punitive Jurisprudence and in the Process Punitive Jurisprudence, involving too the Constitution Jurisprudence.

To elaborate of the scientific production were all the disposables middles, through of bibliography of the Punitive Jurisprudence, Process Punitive Jurisprudence and Constitution Jurisprudence, article of jurisprudence about the questions analysed States Court Of Justice and Higher Court of Justice, through electronics investigation.

Keywords: Beginning; Proportionately; Punitive Jurisprudence and Process Punitive Jurisprudence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 ORIGEM E EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	
1.1 Origem.....	13
1.2 Evolução do Princípio da Proporcionalidade na Europa Continental	14
1.2.1 França	15
1.2.2 Alemanha	16
1.2.3 Itália.....	18
1.2.4 Espanha	20
1.2.5 Portugal.....	21
1.2.6 Áustria	21
1.3 Evolução do Princípio da Proporcionalidade na América.....	21
1.3.1 Estados Unidos	21
1.3.2 Argentina.....	23
2 TERMINOLOGIAS, CONCEITOS E SUBDIVISÕES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	
2.1 Noções De Princípio	25
2.2 Das várias terminologias empregadas	26
2.3 O Princípio da Proporcionalidade e os elementos que o compõem.....	27
2.3.1 Princípio da Adequação ou da Idoneidade.....	29
2.3.2 Princípio da Necessidade ou da Exigibilidade.....	32
2.3.3 Princípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito	32
3.4 Exemplos dos subprincípios da proporcionalidade	34
3.4.1 Subprincípio da Adequação	35
3.4.2 Subprincípio da Necessidade.....	35
3.4.3 Subprincípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito	36
3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO	
3.1 Ponto de partida.....	37
3.2 Algumas decisões do STF que recepcionam o Princípio da Proporcionalidade.....	39

3.3 Fundamento e Aplicação do Princípio da Proporcionalidade	41
3.3.1 Fundamento	41
3.3.2 Aplicação.....	42

4 A PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO PENAL

4.1 Garantias Processuais X Proporcionalidade	45
4.2 Segurança Jurídica X Proporcionalidade	47

5 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O DIREITO PENAL

5.1 Introdução	51
5.2 Pena Criminal	54
5.3 Princípio da Proporcionalidade e a Pena	57
5.4 Recepção do Princípio da Proporcionalidade no Direito Punitivo	60
5.5 Pena, Bem Jurídico e Direito Constitucional	61

6 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E OUTROS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

6.1 Princípio da Proporcionalidade na Constituição Brasileira	64
6.2 Princípio da Proporcionalidade e o Princípio da Legalidade	65
6.3 Princípio da Proporcionalidade e o Princípio da Intervenção Mínima	65
6.4 Princípio da Proporcionalidade e o Princípio da Lesividade	67
6.5 Princípio da Proporcionalidade e o Princípio da Individualização da Pena	67

7 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O CRIME DE RECEPÇÃO

7.1 Tipicidade subjetiva no crime de receptação	70
7.2 A proporcionalidade em relação a pena no crime de receptação qualificada	73

8 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O CRIME DE TRÂNSITO

8.1 Conflito Aparente de normas Penais nos Delitos de Trânsito	83
8.2 Homicídio Culposo no Código de Trânsito	86
8.3 Inconstitucionalidade dos Artigos 302 e 303 do Código de Trânsito Brasileiro	89

8.4 Em face das circunstâncias atenuantes, pode o juiz fixar a pena aquém do mínimo legal abstrato?.....	91
9 CONCLUSÕES	96
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	98

INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordou o Princípio da Proporcionalidade desde a sua Evolução Histórica até a sua aplicabilidade nos dias atuais, tanto no que tange ao Direito Penal, como no Direito Processual Penal.

O Trabalho de pesquisa foi elaborado em 9 capítulos, sendo que os resultados foram alcançados a partir da utilização da pesquisa teórica, com a observação da legislação e sua aplicação através do método dedutivo, para a compreensão do instituto e sua aplicação no mundo jurídico, com a interpretação jurisprudencial e doutrinária.

No início, o trabalho demonstrou a origem histórica do Princípio da Proporcionalidade, verificando-se que para alguns o Princípio adveio do Direito Administrativo, para outros do Devido Processo Legal, tendo ainda quem defenda que a sua origem está no Estado de Direito ou nos Direitos Fundamentais.

Dentre os temas analisados, está a questão do Princípio da Proporcionalidade ter sido ou não acolhido pela Constituição Federal de 1998. Tal questão é pacífica no nosso ordenamento, pois mesmo de forma implícita é inegável o seu acolhimento pela Carta Magna.

Logo após foi feita uma abordagem do Princípio da Proporcionalidade no direito alienígena até chegar ao Brasil. Nesse ponto, ficou demonstrada de forma mais eficaz a receptação desse Princípio no ordenamento pátrio, mostrando-se dentre outras a sua aplicabilidade e as decisões que o abarca, explicando-se também, exemplos de aplicação.

No capítulo 4, desenvolveu-se a idéia de que o Princípio da Proporcionalidade de certa forma acaba sendo ferido no Direito Processual Penal. As prisões cautelares, por suas vezes, traduzem em uma punição antecipada, pois há a aplicação de pena sem que haja o trânsito em julgado, perdendo o seu caráter preventivo e provisório e assim ferindo a proporção expressa em lei.

Em seguida passou-se a discorrer sobre o Princípio da Proporcionalidade face ao Direito Penal. Dentro desse tópico vislumbrou-se a pena criminal e a sua proporção.

Mais adiante foi focado o Princípio da Proporcionalidade frente a outros princípios constitucionais, verificando-se sempre uma ligação entre eles.

No antepenúltimo e no penúltimo capítulo, foi exposta a injustiça causada pela desproporção no crime de receptação qualificada e nos crimes de homicídio e lesões corporais culposos cometidos no trânsito, no que concerne às penas cominadas, em confronto com os mesmos delitos, tipificados no Código Penal.

Por último estão as considerações finais, onde foram expostas as impressões colhidas com o desenvolvimento da pesquisa no que tange ao instituto do Princípio da Proporcionalidade como um todo e os aspectos relevantes e específicos que merecem destaques maiores pela desproporção explicitada, dando ênfase às injustiças decorrentes da não aplicação do Princípio pesquisado.

1 ORIGEM E EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

1.1 Origem

O Princípio da Proporcionalidade tem como marco inicial o intuito de garantir a liberdade individual em face aos interesses da administração. Esse princípio foi consagrado no Direito Administrativo como uma evolução do Princípio da Legalidade. No início a idéia de proporção era relativa somente às penas.

Foi na Inglaterra, nos séculos XVII e XVIII, com as teorias jusnaturalistas, que surgiu a conscientização que existia direitos contrários ao próprio Estado e que esses direitos existentes deveriam ser respeitados.

De fato, o Princípio da Proporcionalidade, surgiu como consequência da passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direito, como a finalidade de limitar o poder de coação do monarca (que era o chamado Poder de Polícia, que até então, era ilimitado).

Surgia, na época, uma nova sociedade, que era incompatível com o regime de monarquia absoluta. Tal sociedade visava à expansão da cultura e do comércio, compreendendo-se assim, porque as doutrinas e concepções filosóficas existentes, fundamentavam os ideais da sociedade burguesa, uma vez que dela eram partes integrantes.

Defendiam a não intervenção do Estado, protegendo a liberdade pessoal de contratar, comerciar e de ter propriedade privada, defendendo o poder de Polícia somente no caso de limitar interesse individual em face do interesse coletivo.

A partir da formação dos estados modernos, e com o sistema jurídico adotado, houve a concretização do Princípio da Proporcionalidade e o seu deslocamento para o Direito Constitucional.

1.2 Evolução do Princípio da Proporcionalidade na Europa Continental

Dentre as inovações operadas no direito europeu do pós-guerra, destacou-se a utilização do Princípio da Proporcionalidade. É de clara inspiração jusnaturalista, de raiz Aristotélica. A utilização deste princípio permite ao magistrado, bem ao gosto do filósofo grego, realizar a justiça no caso concreto.

O surgimento do Princípio da Proporcionalidade deu-se no século XVIII, entrelaçado com a idéia de limitação de poder. “É considerado uma medida com valor suprapositivo ao Estado de Direito e visa garantir a esfera de liberdade individual das ingerências administrativas” (STUMM, 1995, p. 78).

Nessa época, o termo proporcionalidade embarcava a área administrativa e penal.

A concepção da proporcionalidade, no século XIX, integra o Direito Administrativo, o Princípio Geral do Direito de Polícia, expressando-se na necessidade de limitação legal da arbitrariedade praticada pelo Poder Executivo.

Em meados do século XX, na Alemanha, a idéia da proporcionalidade adquire foro constitucional e reconhecimento como Princípio.

Para alguns autores, a base constitucional do Princípio da Proporcionalidade, deriva do Estado de Direito, para outros, decorre dos conteúdos dos Direitos Fundamentais. Há, quem defenda que decorre do Devido Processo Legal.

Na Convenção Européia, o Princípio da Proporcionalidade não está expresso, apesar de estar implicado em várias disposições; mas o Princípio da Necessidade que é corolário dele está devidamente explicitado, enfocando a interpretação que respeita a exigência de necessidade das medidas restritivas de direitos fundamentais.

A jurisprudência da Corte européia, a partir dessa década, tem atribuído grande importância ao Princípio da Proporcionalidade, a respeito de críticas de conteúdo legalista, parecida com as que até hoje são formuladas na Alemanha.

1.2.1 França

Foi na França, no século XVIII, onde as idéias iluministas estavam presentes por todo o país, que ocorreu a primeira revolução, na qual acabou por derrubar o regime de monarquia absoluta, saindo de cena à vontade do rei como fonte de todo o direito e entrando a concepção da lei do resultado da vontade geral, adotando-se o princípio da separação de poderes.

Implantou-se na França, onde não conseguiu fazer imperar um controle jurisdicional de constitucionalidade, um regime legalista absoluto, sendo que um ato por ser lei, elaborado por um Parlamento, teria que ser respeitado, mesmo que fosse injusto. Tudo isso “em nome da segurança jurídica e da estabilidade das instituições públicas” (BARROS, 2000, p. 39).

Os artigos 5º e 7º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 *apud* Barros (2000), consubstancia tal idéia, ao expor que:

Art. 5º A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ser forçado a fazer o que ela não ordena.

Art. 7º Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta escritas. Os que solicitam expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrarias serão castigados; porém todo cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado por resistência.

No artigo 3º da Constituição Francesa de 1791 *apud* Barros (2000), adotou-se também o Princípio da Legalidade, ao dizer que: “não há na França autoridade superior à lei. O rei não reina senão por ela e só em nome da lei pode exigir obediência”.

Os acórdãos proferidos ao longo dos tempos mostram que o órgão superior da jurisdição administrativa, que é o Conselho de Estado, há tempos exerce um juízo de adequação e proporcionalidade das medidas administrativas restritivas, evitando, que sob a proteção da legalidade, torne-se arbitrária.

A jurisprudência francesa, a partir dos anos 70, no que trata de medidas limitativas de direito, adotou a necessidade de ponderação das circunstâncias do

caso concreto, frente aos interesses enfrentados. Porém, usou-se a técnica da ponderação do custo benefício, na qual sob a visão do autor Lopez Gonzalez *apud* Barros (2000) “é uma manifestação concreta do Princípio da Proporcionalidade”.

É na área do Direito Administrativo que, na França, o Princípio da Proporcionalidade está sediado. Decorreu da evolução da teoria do *détournement du pouvoir*, que é subtraído do Princípio da Proporcionalidade no seu mais amplo sentido. Devido a isso, há quem sustente ser um princípio geral (cânone) constitucional, no qual a falta de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis francesas torna dificultoso à aplicação do Princípio fora do campo administrativo.

Na verdade, no Direito Constitucional francês, a tutela dos Direitos Fundamentais em relação ao legislador é tema pouco abordado. Segundo Louis Favoreu *apud* Barros (2000) “a própria expressão **direitos fundamentais** é recente na França, comumente referida pela designação de **liberdades públicas**, entendidas estas como liberdades protegidas frente à Administração”.

Broibant *apud* Barros (2000) expressa que:

Até o presente, o princípio da proporcionalidade não foi reconhecido no sistema francês; não tendo sido afirmado como tal nem na jurisprudência, nem na doutrina – mas isso não quer dizer que ele não desempenha nenhum papel. O termo ‘proporção’ há sido empregado, reiteradas vezes nos arestos do Conselho de Estados, nas conclusões dos delegados de governo e nos comentários da doutrina. E mesmo quando não aparece expressamente, a idéia se acha subjacente. O juiz administrativo tem, em suma, aplicado o princípio da proporcionalidade sem saber que o faz ou mais exatamente sem dizer. Chegou talvez o momento de proceder ao um balanço dessas soluções jurisprudenciais, explicitá-las e classificá-las: o controle jurisdicional sobre a proporcionalidade das decisões aos fatos e aos fins é, conforme o caso, reforçado, restritivo ou inexistente.

1.2.2 Alemanha

O Princípio da Proporcionalidade na Alemanha desenvolveu-se no âmbito do Direito Administrativo, especialmente no campo do direito de Polícia.

Foi na Alemanha, que o Princípio da Proporcionalidade ganhou sua forma atual, indo do Direito Administrativo para o Direito Constitucional. Após a Segunda

Guerra Mundial, paulatinamente, o princípio foi adquirindo o atual contorno, por meio de inúmeras decisões admitindo que o legislador não se deve exceder na sua liberdade de conformação dos Direitos Fundamentais.

Na jurisdição constitucional alemã, após a Segunda Guerra, o Princípio da Proporcionalidade vem sendo cada vez mais universalmente vislumbrado como corolário do Princípio do Estado de Direito, como expressa função de garantia.

Devido à passagem para o Direito Constitucional, das teorias de limitações do Poder de Polícia, desenvolvidas no Direito Administrativo francês e recepcionadas pela Alemanha, foi que se deu o salto qualitativo no controle judicial das leis na Europa Continental.

A Constituição de Weimar, de 1919, foi um documento moderno, na qual o objetivo maior foi destacar os direitos de segunda geração – os direitos sociais. Só a partir daí, que se pode falar de constitucionalismo na Alemanha, visando o movimento limitar os poderes do Estado e de garantir os Direitos Fundamentais.

O nacionalismo na Alemanha corrompeu a Constituição de Weimar, que acabou levando à dolorosa ditadura de Hitler.

Após a Segunda Guerra, ocorreu na Alemanha uma grande transformação na sua cultura, possibilitando uma nova Constituição, que entrou em vigor no dia 23 de maio de 1949. Essa, após a experiência dolorosa vivida com a ditadura de Hitler, tinha implícita ou explicitamente o propósito de que o direito natural limita o poder do Estado.

Os direitos contidos na Lei Fundamental foi razão de preocupação para o Tribunal Constitucional alemão, na qual reconheceu a necessidade de controlar as restrições legais a esses direitos em relação ao que se refere aos três aspectos: necessidade, adequação e proporcionalidade da medida restritiva.

Bonavides *apud* Barros (2000) diz:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objeto procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou que limitasse da maneira menos sensível o direito fundamental.

Mendez *apud* Barros (2000) explica que:

No Direito Constitucional alemão, outorgou-se ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) ou o princípio da proibição do excesso (*Übermassverbot*) qualidade de norma constitucional não escrita, derivada do Estado de Direito. Cuida-se, fundamentalmente, de aferir a compatibilidade entre meios e fins, de molde a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais.

A Corte Constitucional alemã vem utilizando amplamente o Princípio da Proporcionalidade no que se refere ao controle das leis restritivas de direitos, sendo que a sua violação ocasiona a inconstitucionalidade da providência legislativa.

Em relação ao assunto, Suzana de Toledo Barros (2000, p. 48) escreve que:

O controle de razoabilidade das leis mediante um parâmetro técnico dado pelo **princípio da proporcionalidade** representou uma virada científica de grande repercussão junto aos países europeus que adotam controle jurisdicional de constitucionalidade, como Portugal, Espanha, Itália e Áustria, irradiando-se mais recentemente ao Brasil, por intermédio da forte influência dos constitucionalistas portugueses na doutrina e jurisprudência nacionais.

1.2.3 Itália

Demonstra a doutrina italiana, grande preocupação com o excesso que o legislador, na observância do Princípio da Igualdade; bem como quando a atividade atuante se mostra totalmente desvinculada do fim constitucional consagrado para determinado ato.

Somente com a Constituição de 1948 – e mesmo assim, dependendo de regulamentação legal, o que só veio ocorrer em 1943 – é que de forma explícita, foi introduzido na Itália o controle constitucional das leis.

A Convenção de Roma reconhece o cânone da Proporcionalidade, concedendo-lhe idêntica dignidade concedida ao Princípio da Legalidade.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos *apud* Barros (2000), em várias sentenças reconhece o Princípio da Proporcionalidade, explicitando que: “reclama

precisamente que as medidas restritivas dos direitos tutelados pelo Convênio de Roma se encontrem previstas por lei e sejam necessárias em uma sociedade democrática para alcançar certos fins legítimos previstos”.

Enfatiza Zagrebelsky *apud* Barros (2000) a propósito do tema, que, não obstante as reações de muitos que temem a superposição das opiniões políticas ou ideológicas do juiz constitucional sobre a livre apreciação do legislador, a Corte Constitucional italiana vem controlando de forma bastante rigorosa se os limites aos direitos insculpidos na Constituição, estabelecidos pela lei, são razoáveis em face dos princípios consagrados na carta.

Bonavides *apud* Barros (2000) explica que os atuais juristas italianos já falam em *idoneità, necessità e proporzionalità del provvedimento*, porém, não mostram um estudo sistemático sobre o assunto.

1.2.4 Espanha

Na Espanha, devido à ditadura do General Franco, que durou de 1936 à 1975, os direitos fundamentais foram profundamente violados. Não existiu durante esse tempo um Estado Democrático de Direito. E devido há isto pouco se elaborou em termos jurídicos sobre limitação de poderes estatais.

Durante o regime franquista, o Princípio da Proporcionalidade foi elaborado e positivado no direito administrativo desse país, como limitação à intervenção administrativa sobre a esfera jurídica administrativa.

Com a queda da ditadura, e a promulgação da Constituição de 1978 foi possível a aplicação do Princípio da Proporcionalidade no controle de constitucionalidade de leis. Diferentemente da Alemanha, a Espanha não previu expressamente em sua carta constitucional a existência do princípio, mas anteviu um sistema sólido de proteção aos direitos fundamentais. A não positivação do Princípio não foi empecilho para o seu reconhecimento.

Apesar de mais tardiamente o Princípio da Proporcionalidade ter chegado a este país, comparando-se com os demais países já estudados, a Espanha é um exemplo, no sentido de ter levado o Princípio da Proporcionalidade à categoria de

princípio geral de direito. Reconhece nesse país, que os atos estatais, desnecessários, inadequados ou desproporcionais são perfeitamente passíveis de exame judicial.

1.2.5 Portugal

Assim como na Espanha, em Portugal, devido à instabilidade política, somente em décadas recentes é que houve a sedimentação de Princípio da Proporcionalidade.

Em relação ao princípio, a Constituição Portuguesa de 1976 *apud* Barros (2000) em seu artigo 18, explicou que:

1- Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

2- A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionais protegidos.

3- As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

A proporcionalidade surge quando estampam que só admitirão leis restritivas de direitos se necessários e na justa medida, proibindo o esmagamento de outro direito protegido.

1.2.6 Áustria

Com a Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920, foi que o modelo de sistema concentrado de controle jurisdicional foi posto em prática, baseado em um projeto elaborado por Hans Kelsen. Posteriormente, este modelo foi copiado pela Alemanha, Itália, Espanha, Portugal e a antiga Iugoslávia.

O Direito Constitucional da Áustria tem como traço marcante a dispersão formal por vários textos.

O controle de proporcionalidade apesar de admitido pela jurisprudência, não tem apresentado idéias eloqüentes.

1.3 Evolução do Princípio da Proporcionalidade na América

1.3.1 Estados Unidos

O Princípio da Proporcionalidade é chamado pelos americanos de Princípio da Razoabilidade, e foi desenvolvido meio século antes que na Alemanha. Tinha como idéia central, a maior liberdade dos juízes na criação do direito.

Diferentemente da Europa Continental a população americana não sofreu grandes mudanças na sua história constitucional.

O desenvolvimento das instituições americanas se deu sob o regime federal republicano, permitindo que a população tivesse um controle eficaz de todos os atos estatais.

Vários elementos históricos foram responsáveis pela estabilidade institucional da justiça americana.

No período pré-revolucionário, já se desenvolvia nos Estados Unidos, uma desconfiança dirigida ao Parlamento; isso devido o que já havia ocorrido com os colonos, na qual vários direitos teriam sido postergados.

Em 1680, foi possibilitado às cortes coloniais, o direito de apesar na metrópole, a fim de invalidar leis, usos e costumes que contrariassem as cartas estatutárias das Colônias. Esse procedimento, mais tarde, teve bastante influência na adoção de um verdadeiro controle jurisdicional sobre o Parlamento.

Foi do próprio federalismo que decorreu o modelo americano de constituição que propiciou o controle jurisdicional das leis, fundando garantia incontestável das liberdades aí estabelecidas.

A Constituição americana de 1787 serviu de modelo de um constitucionalismo moderno. Isto porque, estabelecia como preceito de direito constitucional, os direitos naturais e oferecia-lhes a garantia concreta de tutela por intermédio de controle judicial.

Explica Suzana de Toledo Barros (2000, p. 60, 61):

Inspirado no *common law*, que garantiu aos juizes americanos maior desenvolvimento do direito por meio da prática jurisprudencial, e sob a influência do jusnaturalismo, que tem o direito como ideal de justiça e limite à atuação do Estado intervencionista, o modelo americano de controle vem permitindo refrear o arbítrio do legislador, pela sindicância da razoabilidade dos atos governamentais.

Nos Estados Unidos, o *due process of law* teve a fase adjetiva e substantiva.

Na fase adjetiva, este significava uma garantia de ordem processual aos direitos tidos como fundamentais. Está ligado a uma determinação de legalidade, na qual os atos do governo deveriam obedecer determinada forma e procedimento para que assim fossem evitados prejuízos aos direitos individuais.

Na fase substantiva, primeiramente foram formuladas várias decisões por inconstitucionalidades das leis, sob apreciação minuciosa de razoabilidade exacerbada do judiciário. Durou de 1890 até 1937. Houve alguns exageros, mas até certo ponto compreensíveis diante de um processo histórico que consolida um instituto jurídico de controle jurisdicional de constitucionalidade.

O autor Bitar *apud* Barros, ao criticar a fase substantiva do *due process of law*, acabou anunciando o conteúdo do Princípio da Razoabilidade, com os seus sub-princípios estruturais – necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido amplo.

A conferição de possível violação da Constituição norte-americana é feita por qualquer juiz, seja qual for a causa. Assim, garante-se a todos um controle difuso de todos os atos estatais.

Em relação aos limites de atuação dos juizes na interpretação da Magna Carta Americana, a questão é encarada sob duas grandes correntes: interpretativistas e não interpretativistas.

Para a interpretativista “os juízes não estão aptos a concretizar os conteúdos de justiça e de liberdade defendidos pela sociedade. Porquanto tal tarefa antes de tudo deve ser confiada ao poder político” (BARROS, 2000, p. 66).

Já por outro lado, para a segunda corrente “a mediação judicial concretizadora destes princípios é tarefa indeclinável da magistratura” (BARROS, 2000, p. 66).

A Suprema Corte norte-americana, desde o início do século XX, envolvia-se com questões da razoabilidade das leis estatais que interferissem nos direitos individuais, tendo até desenvolvido o “*reasonableness test*”.

Em mais de cem anos de controle de constitucionalidade, com dezenas de decisões, a Suprema Corte norte-americana desenvolveu uma coleção de critérios para o exame da razoabilidade das restrições legalistas aos direitos constitucionais dos cidadãos, adequando-o na cláusula genérica do “*due process of law*”.

1.3.2 Argentina

Na Argentina, foi através do “*due process of law*” – reconhecendo a garantia implícita fornecida pela razoabilidade -, que os argentinos ligaram a necessidade de controlar as restrições legais, visando à defesa dos direitos fundamentais.

Analisando decisões no campo jurisdicional, chega-se à conclusão que a Argentina e os Estados Unidos dão o mesmo tratamento ao assunto.

Juan Francisco Linares *apud* Barros (2000) mostra as evoluções do Princípio da Razoabilidade ao transcrever a posição da Suprema Corte, como se verifica no julgamento da Lei nº 14266, na qual ficou demonstrado:

Como quedó dicho, y por aplicación de la doctrina sentada em Fallos: t., p. 483, el análisis del mérito o eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines propuestos, la cuestión de saber si debieron elegirse los de la ley 14.226 u otros procedimientos, son ajenos a la competencia de la razonabilidad de los medios elegidos por el Congreso, es decir, que sólo debe examinar si son o no propocionados a los fines que el Legislador se propuso conseguir y en consecuencia decidir si es o no

admisible la consiguiente restricción de los derechos individuales afectados. Pues, como se afirmó em Fallos: t. 171, p. 348 y se recordó em Fallos: t. 199, p. 483, el tribunal nunca há entendido que pueda sustituir su criterio de conveniencia o eficacia económica o social al del Congreso de la Nación, para pronunciarse sobre la validez constitucional de las leyes, sea de las que regulan trabajos, comercios o industrias con fines de policía, sea de las que establecem impuestos o tasas (t. 98, p. 20; t. 147, p. 402; t. 150, p.89; t. 160, p. 247).

2 TERMINOLOGIA, CONCEITO E SUBDIVISÕES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

2.1 Noções de princípio

Primeiramente, se faz necessário conceituar o que é princípio.

Segundo Miguel Reale *apud* Rothenburg (1999) são:

verdades ou juízos fundamentais ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes, também se denominam princípios, certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidência, são assumidos como fundantes de validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.

Maurício Antônio Ribeiro Lopes (2000, p. 33), por sua vez, expõe que:

Princípio, é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele; disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Desse modo, os princípios são vigas mestras, a base de sustentação de todo o sistema jurídico e, diferem das regras, pelo seu maior grau de abstração e inferior grau de aplicabilidade, mas em contra partida o sistema como um todo, visto que concretizam os valores destes.

Celso Antônio Bandeira de Mello *apud* Sandim (1997) nos diz que: “violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma”. Renato Becho Lopes (1999, p.438) afirma no mesmo sentido: “os princípios são mais importantes que as regras, pois auxiliam na interpretação do sistema, no julgamento das causas e na própria elaboração de novas leis”.

É sabido que, em nosso ordenamento jurídico, há princípios explícitos e implícitos. Como afirma Ferrara *apud* Rothenburg (1999) “o direito não é só o conteúdo imediato das disposições expressas, mas também, o conteúdo virtual de normas não expressas, porém incitas no sistema”.

Neste sentido, a lição de Rudolf Von Ihering *apud* Oliveira (1999):

O direito existe para se realizar. A realização é a vida e a verdade do direito, é o próprio direito. O que não traduz em realidade, o que esta apenas na lei, apenas no papel, é um direito meramente aparente, nada mais do que palavras vazias. Pelo contrário, o que se realiza como direito é direito, mesmo quando não se encontra na lei e, ainda que, o povo e a ciência dele não tenham tomado consciência.

É importante salientar, que os princípios implícitos são tão importantes quanto os explícitos e constituem, como estes, verdadeiras normas jurídicas (normas - princípios), até porque não há uma hierarquia entre princípios e, ainda, a aplicação de um não exclui a aplicação de outro. Por isso, desconhecê-los é tão grave quanto desconsiderar quaisquer outros princípios.

Noutras linhas e por um outro ângulo sobre a idéia supra referida, os princípios, como fonte material do Direito, carecem de autonomia formal, mas isso não implica que por essa mesma razão, percam sua substantividade e especialmente normativa. Incorporados à legislação, adquirem nela grau normativo posto a serviço de sua função informadora do ordenamento, mas nem por isso ficam convertidos em lei formal, do mesmo modo que a versão escrita do costume não o priva de seu peculiar caráter de norma consuetudinária.

2.2 Das várias terminologias empregadas

Faz-se necessária uma demonstração das várias terminologias empregadas, que ao final tem um único significado – Princípio da Proporcionalidade.

Independentemente da terminologia usada para se referir ao princípio estudado, a importância será a mesma em todos os países.

Nos Estados Unidos, o princípio recebe o nome de Princípio da Razoabilidade.

O Dicionário de Ciências Sociais da Fundação Getúlio Vargas *apud* Barros, em relação ao termo razão, denota que:

Do uso restrito, que designa a atividade de raciocínio ou dedução lógica de verdade necessária, o termo razão passou a designar mais genericamente o poder do intelecto de formular conceitos e estabelecer relações lógicas de modo a deduzir uma conclusão correta de uma premissa dada ou de fazer um julgamento objetivamente válido ou respeitado de fenômenos empíricos. Por extensão, passou a significar também uma explicação ou relacionamento; e por outra extensão ainda, qualquer causa ou motivo.

A expressão razoabilidade é utilizada pelo STF com frequência. Uma referência à expressão, é no significado de aferir a constitucionalidade das leis, quando está em causa o exame de igualdade.

É o que expressa a ADIn nº489-1/600- DF *apud* Barros (2000) abaixo:

Servidor público estadual: legislação estadual que manda contar em dobro o tempo de serviço como Secretário do Estado ou assemelhado para o cálculo do período legal necessário à incorporação do valor da remuneração do cargo em comissão aos vencimentos do cargo efetivo ou aos correspondentes proventos de aposentadoria: arguição de inconstitucionalidade fundada no princípio constitucional da isonomia: relevância da questão, embora complexa e delicada como sói, quando se cuida de verificar a razoabilidade ou não da destinação legal das situações de fato (...)

Suzana de Toledo Barros (2000, p. 70) explica que:

Com efeito, razoabilidade enseja desde logo uma idéia de adequação, idoneidade, aceitabilidade, logicidade, equidade, traduz aquilo que não é absurdo, tão somente o que é admissível. Razoabilidade tem, ainda, outros significados como, por exemplo, bom senso, prudência, moderação.

A Corte tem usado a expressão razoabilidade ou princípio da proporcionalidade em sentidos diferentes. Usa-se para "... negar liminares ou como próprio seguimento de recursos, querendo expressar a exigência de que a causa do pedido ou do próprio recurso esteja articulada com o fim pleiteado..." (BARROS, 2000, p. 71), ou como significado de aceitável, moderado como no caso do mandado de injunção, quando se decidiu sob a mora legislativa.

O princípio que é denominado Princípio da Razoabilidade pelos americanos, é designado pelos alemães com o termo Proporcionalidade ou Proibição de Excesso.

Quando o legislador atua além do que é autorizado constitucionalmente, ele pratica um excesso, assim como quando o legislador permite um ato inválido ou restrinja indevidamente os direitos e liberdades dos cidadãos.

Conclui-se que qualquer vício de inconstitucionalidade acabaria em excesso.

A palavra proporcionalidade traz implicitamente, a idéia de harmonia entre duas grandezas. Em sentido amplo, significa mais que isso. Envolve também considerações sobre a adequação entre meios e fins, e a utilização de certo ato para a proteção de um direito.

No Brasil, o STF, usa a expressão Princípio da Proporcionalidade, mencionada pela primeira vez em 1993. Porém, o STF, não deixou de usar o termo razoabilidade, sendo que a utilização de ambas expressões – proporcionalidade ou razoabilidade – é correta.

Na realidade, ainda há no Brasil uma confusão terminológica que se explica pela pluralidade de fontes doutrinárias e jurisprudenciais e, ainda, pelo fato de acoplar aqui no Brasil uma tradição cultural, política e jurídica alienígena.

Finalizando, não importa o *nomem iuris* dado ao princípio, e sim a substância que provém.

2.3 O Princípio da Proporcionalidade e os elementos que o compõem

Os princípios são instrumentos da estrutura fundamental do sistema, mas não apresentam um vínculo estreito, como é o caso das regras. Isto por apresentar uma abertura no seu contexto aos padrões de justiça.

O Princípio da Proporcionalidade submete-se à atividade legislativa, atuando na forma de impedir abuso ou fraude à Constituição por meio da lei. Esse princípio é uma imposição substancial do Estado de Direito para moderar o exercício de seu poder. A sua maior razão de existir é o provimento de espaço legítimo, que permite e potencializa a autonomia individual.

Apesar do termo proporcionalidade ter nascido no Direito Administrativo, hoje tem seu foro no Direito Constitucional. Isto resulta o fato de não apenas a

Administração e o Poder Judiciário encontrar-se obrigado a respeitar o Princípio da Proporcionalidade, mas também o legislador no processo legislativo.

O Princípio da Proporcionalidade tem extrema importância para resolver problemas de conflitos entre direitos ou bens jurídicos tutelados, pois propicia a calculabilidade e previsibilidade, quando vincula o legislador a um estudo de discricionariedade em sentido técnico e quando permite a elaboração do texto de uma norma constitucional aberta, adequando-o às necessidades concretas sem retirar-se da racionalidade do sistema. Deve o juiz aplicá-lo de forma diferenciado a cada caso, como diz o velho ditado “cada caso é um caso”.

O Princípio da Proporcionalidade em sentido amplo é composto de três elementos; ou como outros preferem, se desdobra em três outros subprincípios: Princípio da Conformidade ou Adequação dos Meios, Princípio da Necessidade, Princípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito.

Os três subprincípios juntos dão o volume necessário para obter a funcionalidade pretendida pelos operadores do direito.

Essa divisão do princípio estudado, em subprincípios, é obra da doutrina mais recente. Vamos analisá-los separadamente.

2.3.1 Princípio da Adequação ou da Idoneidade

Esse princípio é chamado por alguns autores, de Princípio da Conformidade.

Ao se pretender realizar um interesse público, deve esse ser adequado aos fins subentendidos a que busca concretizar.

O panorama da adequação procura afastar qualquer consideração no que se refere ao grau de eficácia dos meios tidos como aptos a alcançar o fim almejado.

Já se encontra na esfera do Princípio da Necessidade a questão sobre a escolha do meio melhor, menos gravoso ao cidadão.

Compreendendo o Princípio como um instrumento controlador da atividade do legislador, quando entra em cena limitações aos Direitos Fundamentais, a

adequação, ou como se refere alguns autores, a idoneidade dos meios aos fins mostra-se em uma idéia, ou melhor, em uma exigência de que qualquer medida restritiva deve ser idônea a conseguir a finalidade buscada, pois, se não for apta para tanto deverá ser considerada inconstitucional.

Quando ocorre uma medida legislativa que interfere na liberdade do cidadão; o juiz ao desempenhar o controle, em um primeiro momento deve entender o porque de tal intervenção. Estando o legislador autorizado a proceder à restrição naquela ocasião, o magistrado deve examinar se a medida restritiva é apta para alcançar o fim desejado.

Questiona-se se a adequação da relação meio-fim, há de ser total ou parcial, ou seja, se há necessidade de perfeito encaixe entre o meio empregado e o fim obtido. Tem-se entendido, que somente quando inequivocamente se apresentar inidôneo para alcançar seu objetivo é que a lei deve ser anulada. Nessa visão, é permitido que o legislador erre em relação ao desenvolvimento de suas suposições.

Pode ocorrer, que uma lei no momento de sua edição tenha uma perfeita adequação entre o meio empregado e o fim almejado, mas que ao longo do tempo, acabe não concordando com o que prevê a Lei Fundamental. Isso por inúmeras razões, como, por exemplo, quando os efeitos previstos não ocorreram. Mesmo assim não está legitimada a levar a um juízo de inadequação.

Gonzáles-Cuellar Serrano *apud* Flach (2000) sobre o princípio denota que:

O **princípio da idoneidade** constitui um critério de caráter empírico, inserindo na proibição constitucional de excesso, que se refere, tanto de uma perspectiva objetiva como subjetiva, à causalidade das medidas em relação com seus fins e exige que as ingerências facilitem a obtenção do êxito perseguido em virtude de sua adequação qualitativa, quantitativa e de seu âmbito subjetivo de aplicação.

As medidas limitativas de direitos fundamentais devem ajustar ao juízo de adequação dos meios passíveis de utilização aos fins desejados.

Diz-se que uma medida é idônea, se com o seu subsídio é facilitada ou pelo menos aproximada à satisfação do fim desejado. Porém, se com a sua interferência, dificulta, afasta, ou não revela qualquer eficácia para a consecução do fim previsto pela norma, se terá uma medida inidônea.

Não se deve exigir um total sucesso das medidas; mas todas as espécies de prisão processual quando não estão motivadas pela cautelaridade, tendem a se apresentarem como fins em si mesmas. Dessa forma, não revelam vocação à satisfação do fim almejado por um sistema penal que é fiel consequência do Estado de Direito Democrático.

2.3.2 Princípio da Necessidade ou da Exigibilidade

O intuito subjacente do princípio é invadir o mínimo possível à liberdade do individual. O legislativo e o executivo, ao praticar determinado ato, devem ser no sentido de ter sido o melhor e única possibilidade exequível para a satisfação de certos fins e de menor custo ao indivíduo.

Suzana de Toledo Barros (2000, p. 79) escreve a respeito que: “O pressuposto do princípio da necessidade é que o de que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa”.

Deve-se observar se o meio escolhido para a obtenção do fim proposto era aconselhável e não se, em si mesmo, era exigível; isso porque não se pode esquecer que o Princípio da Proporcionalidade envolve o exame da norma legal sob a visão da sua conexão material entre meios e fins.

Diz ainda Suzana de Toledo Barros (2000, p. 80) que quando:

... uma medida é inexigível ou desnecessária, e que, por isso, fere o **princípio da proporcionalidade**, é importante se possa indicar outra medida menos gravosa –**menor restrição**- e concomitantemente apta para lograr o mesmo ou um melhor resultado –**meio mais idôneo**. Segue-se não se pode formar um juízo de exigência da providência legislativa restritiva, se não recorrer à ponderação entre meio utilizado e fim a ser atingido.

O juiz, ao afirmar que o meio escolhido pelo legislador não é o que menos lesividade causa, deve indicar o meio mais idôneo e que causa consequências menos gravosa à necessidade de uma medida restritiva.

O princípio da necessidade traz consigo a adequação. Gilmar Ferreira Mendes *apud* diz: “apenas o que é **adequado** pode ser **necessário**, mas o que é necessário não pode ser **inadequado**”.

Canotilho *apud* Stumm (1995) cita outros elementos integrantes ao princípio da necessidade, elaborados pela doutrina no intuito de operacionalizá-lo na prática. Eis que são:

a- necessidade material, pois o meio deve ser o mais poupado possível quanto à limitação dos direitos fundamentais, b- a exigibilidade espacial aponta para necessidade de limitar o âmbito da intervenção, c- a exigibilidade temporal pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coativa do poder público, d- a exigibilidade pessoal significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas, cujos interesses devem ser sacrificados.

Transplantando o Princípio da Necessidade para a área penal, escreve Norberto Flach (2000, p. 86) que:

... o **princípio da necessidade** ..., liga-se a demanda de **intervenção mínima** ..., enquanto imperativo de **fragmentariedade** ou **subsidiariedade** do sistema penal. Cuida-se de uma das mais importantes diretrizes políticas criminais de nosso tempo que, informada principalmente pelo saber criminológico, impõe ao Estado o dever ético-jurídico de buscar adotar, quando estritamente necessário, aquelas medidas abstratas ou concretas menos restritivas dos direitos fundamentais, otimizando-se, assim, e na medida do possível, o grau de eficácia material de tais direitos.

Sobre este princípio, Gonzáles Cuellar *apud* Flach (2000) afirma que:

... é um princípio tendente à otimização dos direitos porque obriga (o Estado) a rechaçar as medidas que possam ser submetidas por outras menos gravosas, mecanismo mediante o qual diminui a intromissão na esfera de direitos e liberdades do indivíduo. ... o legislador deve prever medidas alternativas à prisão preventiva, a qual, deve ser sempre tida como de aplicação excepcional.

2.3.3 Princípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito

Esse princípio constitui a ponderação de resultados a adequação entre meios e fins.

Com a intervenção, o resultado obtido deverá ser proporcional à carga coactiva da mesma.

Há vezes, que o Princípio da Adequação e Necessidade não bastam para verificar a justiça da atividade restritiva. Com isso, o Princípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito, completa os Princípios da Adequação e da Necessidade, sendo de suma importância para mostrar se o meio utilizado encontra-se em proporção com o fim almejado.

Poderá ocorrer a declaração de inconstitucionalidade de uma lei com base na proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que, ao examinar medidas legais que garantam determinado direito, afetam, até por via reflexa, um outro direito constitucionalmente protegido, ensejando assim, uma decisão de direito.

Suzana de Toledo Barros (2000, p. 83) entende que:

A diferença básica entre o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito está, portanto, no fato de que o princípio cuida de uma otimização com relação a possibilidades fáticas, enquanto este envolve apenas a otimização de possibilidades jurídicas.

Quando existe uma situação, na qual não se pode concluir qual seria o meio menos gravoso, somente a ponderação entre valores pode demonstrar qual medida deve-se seguir. O Princípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito representa uma terceira dimensão do Princípio da Proporcionalidade.

Prossegue Suzana de Toledo Barros (2000, p. 85):

A proporcionalidade em sentido estrito, como visto é um princípio que pauta a atividade do legislador segundo a exigência de uma equânime distribuição de ônus. Todavia, por si, não indica a justa medida do caso concreto. Esta há de ser inferida a partir da técnica de ponderação de bens, na qual o juízo de valoração de quem edita ou controla a medida restritiva de direito é bastante amplo, dando margem à tese, defendida por muitos, de que se trata de tarefa impossível de ser efetuada, pela dificuldade de separar, medir e comparar valores e interesses em conflito.

Mais uma vez, transportando para a área penal, esse último subprincípio, terá que determinar à luz das circunstâncias e específicas condições do caso concreto, se o prejuízo aos direitos do acusado oriundo da restrição impositiva

está relacionado proporcionalmente com o interesse estatal que se pretende guardar.

Esse princípio é mecanismo controlador do exercício do poder estatal de coagir, restringindo a liberdade no processo penal, demonstrando que a conquista dos fins só se pode justificar quando totalmente legítimos os seus meios.

Denota Norberto Flach (2000, p. 1002) que:

Haveria que levar em conta, ainda, que a instrumentalidade e a vinculação do processo penal em relação ao direito material – ora fora de discussão e que poderia levar à conclusão de que o interesse material do *ius puniendi* deve prevalecer sobre o interesse processual do *status libertatis*, justificando as medidas coercitivas – têm como limite a própria ordem constitucional de direitos fundamentais, que estabelece paridade entre os planos materiais e processuais no que tange à tutela de certos direitos e garantias, pertencentes tanto às vítimas dos delitos como àqueles que deles são acusados. Quebrar tal equilíbrio, aceitando em linha de princípio a preponderância do interesse da persecução penal, é ignorar as próprias razões de se ter creditado ao Estado o monopólio, racional e medido, do exercício da reação punitiva e, ainda mais, é atribuir ao sistema penal o papel de autêntico ‘vingador’ daqueles particulares que se acredita terem sido ofendidos. A emotiva e açodada *vendetta* é função incompatível com o Estado de direito...

2.4 Exemplos dos subprincípios do Princípio da Proporcionalidade

Com o objetivo de facilitar o entendimento dos elementos que compõe o Princípio da Proporcionalidade, serão citadas situações hipotéticas, na qual o legislador não os atendeu.

2.4.1 Subprincípio da Adequação

Suponhamos que o prefeito de Salvador, no carnaval, proíba a venda de bebidas alcoólicas para evitar a disseminação do vírus da AIDS. Inegavelmente será inválida essa proibição, pois não há relação de cauda e efeito entre o álcool e disseminação do vírus da AIDS, vale dizer não existe adequação entre o meio utilizado (proibição da venda de bebida alcoólica) e o fim visado (diminuição da disseminação do HIV).

Agora um exemplo processual:

Hipoteticamente o legislador com o objetivo explícito de aumentar a celeridade do processo, edita uma lei aumentando o salário dos juizes. Certamente esta lei não passaria pelo “teste” da proporcionalidade, vez que não há nenhuma relação entre a celeridade processual (fim ou efeito) e o salário dos magistrados (causa), embora esse aumento possa influir na qualidade das decisões.

Dessume-se, pois, que toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados não há a adequação. Para aferir a adequação há de se perguntar: o meio escolhido foi adequado e pertinente para atingir o resultado almejado?

2.4.2 Subprincípio da Necessidade

Se uma fábrica estiver poluindo o ambiente, mas for possível solucionar o problema pela colocação de um filtro, será inválida, por ser desproporcional, a decisão do Poder Público de fechar a fábrica. Outro exemplo: se, em uma ação demolitória, o Poder Público pede a demolição de um prédio pelo simples fato de não terem sido observados formalidades no ato de autorização de construção da obra, o pedido deve ser julgado improcedente por não ser o meio mais suave de se solucionar problema.

Na proporcionalidade, está embutida a idéia de vedação ao excesso, ou seja, a medida há de ser estritamente necessária. Invoca-se o velho jargão popular: dos males o menor. Portanto, para aferir a necessidade deve-se perguntar: o meio escolhido foi o mais suave entre as opções existentes?

2.4.3 Subprincípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito

Digamos que o Poder Público visando evitar a destruição de um bem público (uma estátua, por exemplo), coloque a redor dessa estátua uma cerca eletrificada capaz de causar a morte de alguém que pretendia pichá-la. Neste caso, apesar de a medida ser adequada (há relação entre o meio e o fim), a

medida seria inválida, pois não há proporcionalidade em sentido estrito. O bem jurídico *preservação do patrimônio público* é menos importante do que o bem jurídico *vida*. O primado da pessoa é o de *ser*, e não o de *ter*; a liberdade (no caso, a vida) prevalece sobre a propriedade.

Deve haver um sopesamento de valores, a fim de que se busque a proporcionalidade, ou seja, verificar-se-á se a medida trará mais benefícios ou prejuízos. Pergunta-se: o benefício alcançado com a adoção da medida sacrificou Direitos Fundamentais mais importantes (axiologicamente) do que os direitos que a medida buscou preservar?

Em resumo, pode-se dizer que uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens.

3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 Ponto de partida

Os princípios jurídicos não precisam estar expressos na Constituição. Podem esses, estarem implícitos, isto por serem beneficiados de uma objetividade e presencialidade que os dispensa de estarem expressos no preceito particular.

Assim, o Princípio da Proporcionalidade, no nosso sistema jurídico, não necessita expressamente estar na Constituição Federal, ou em qualquer outra norma. Basta que seja possível extraí-lo de outros princípio, e dessa forma estará consagrado no ordenamento, sendo aplicado pelos tribunais.

O Princípio da Proporcionalidade, no Brasil é reconhecido como norma constitucional ao figurar como fundamento do recurso extraordinário, conforme expões o inciso III do artigo 102 da Constitucional Federal.

O fundamento constitucional de um princípio, pode se dar pelo fato da enorme importância prática. Nada mais razoável, pois de nada adiantaria ter um fundamento expresso, sem que haja uma grande aplicabilidade.

A proporcionalidade é incessantemente eleita, seja no Direito Administrativo, seja no Direito Penal. E nesses dois ramos, a utilização do princípio está ligada constantemente à aplicação de restrições a direitos. Mas, quando se refere ao nível do legislador, surge dificuldade, uma vez que, o que está em jogo é a verificação dos limites do poder político, para regulamentar o exercício dos direitos constitucionais consagrados.

Pode-se dizer, que o Princípio estudado está em fase de expansão, tendo sua função primordial na área dos Direitos Fundamentais. Porém, isso não significa que não possa ser utilizado em face de outros direitos, mas a amplitude de sua aplicação será matéria questionável.

Não é correto expor uma dualidade entre o Princípio da Proporcionalidade a partir da essência dos Direitos Fundamentais, e o Princípio da

Proporcionalidade a partir da concepção do Estado de Direito, uma vez que formam idéias indissociáveis. A Proporcionalidade é um Princípio concretizado a partir do cânone do Estado de Direito. “O Estado de Direito é, portanto, aquele que define e respeita, por meio de normas jurídicas, os limites dessa atividade, tendo em vista especiais fins, de sorte que estes objetivos têm que estar prefixados” (BARROS, 2000, p. 96).

Explica Suzana de Toledo Barros (2000, p 98) que:

O **princípio da proporcionalidade**, como umas das varias idéias jurídicas fundantes da Constituição, tem assento justamente aí, nesse contexto normativo no qual estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de respectiva proteção. Sua aparição se dá a título de **garantia especial**, traduzida na exigência de que toda intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes.

O Princípio da Proporcionalidade é solidificado na essência dos Direitos Fundamentais. A falta, na Constituição Federal, de uma cláusula expressa sobre o conteúdo dos Direitos Fundamentais não é empecilho para o seu reconhecimento no ordenamento brasileiro.

O Princípio da Proporcionalidade está tendo o seu reconhecimento nas decisões de vários órgãos jurisdicionais, em sede de controle difuso de constitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal, que é órgão competente para julgar em última instância casos em que lesam a Constituição, apesar de lentamente, aos poucos vem recepcionando o Princípio da Proporcionalidade.

Há quem defenda no direito brasileiro a impossibilidade de separação entre o Princípio da Razoabilidade e o da Proporcionalidade, e que a proporcionalidade nada mais é que uma faceta do Princípio da Razoabilidade.

Para o Supremo Tribunal Federal, o Princípio da Proporcionalidade, decorre do Devido Processo Legal. Com isso, ensina que a sentença, a lei, qualquer ato jurídico, além de necessário, dever ser justo.

3.2 Algumas decisões do STF que recepcionam o Princípio da Proporcionalidade

A questão atinente ao Princípio da Proporcionalidade não está passando despercebido pelo Poder Judiciário brasileiro. Já não são raras as decisões que o reconhece. Vejamos *apud* Barros (2000) :

Comece-se com o julgado datado de 21 de setembro de 1951, no RE nº 18.331, sobre a majoração do imposto de licença sobre gabinetes de banho, procedida pela Prefeitura de Santos, quando o eminente Relator, Ministro Orozimbo Nonato, proclamou:

‘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 tornarem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade. É um poder, em suma, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do *détournement de pouvoir*. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito de inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode-se acender não somente considerando a letra, o texto, como também, e principalmente, o espírito e o dispositivo invocado’.

No julgamento do Habeas Corpus nº 45.232, em 21 de fevereiro de 1968, de que foi o relator o eminente Ministro Themístocles Cavalcanti, no qual se invocou a inconstitucionalidade do art. 48 do Decreto-Lei nº 314, de 1967 (Lei de Segurança Nacional), identifica-se com clareza um juízo de ponderação entre os meios e fins da norma restritiva de direito. Estava em exame o dispositivo que dizia:

Art. 48. A prisão em flagrante delito ou o recebimento da denúncia, em qualquer dos casos previstos neste Decreto-Lei, importará, simultaneamente, na suspensão do exercício da profissão, emprego em atividade privada, assim como de cargo ou função na Administração Pública, autarquia, em empresa pública ou sociedade de economia mista, até a sentença absolutória.

A decisão do Pleno do Supremo Tribunal, assim ementada, anuncia a utilização velada do *princípio da proporcionalidade*:

(..) A inconstitucionalidade é decretada por ferir os arts. 150, *caput* e 150, § 35, da CF porque as medidas preventivas que importam na suspensão dos direitos, ao exercício das profissões e o emprego em empresas privadas, tiram ao indivíduo as condições para prover a vida e a subsistência. O § 35 do art. 150, da Constituição de 1967, compreende todos os direitos não enumerados, mas que estão vinculados às liberdades, ao regime de direito e às instituições políticas criadas pela Constituição. A inconstitucionalidade não atinge as restrições ao exercício da função pública porque a legislação vigente sobre funcionários públicos, aplicáveis à espécie, assegura uma parte dos vencimentos dos funcionários atingidos pelo art. 48 do referido Decreto-Lei. A inconstitucionalidade se estende aos parágrafos do art. 48, porque estes se referem à execução das normas previstas no artigo e consideradas inconstitucionais.

O Ministro Themístocles Cavalcanti fez uma profunda análise acerca do dispositivo, concluindo pela desproporcionalidade das medidas adotadas em caso de prisão flagrante ou de denúncia por crime definido como atentado à segurança nacional. Relativamente à suspensão do exercício da profissão, assim se pronunciou:

(...) Sofre o acusado uma verdadeira pena, mesmo antes que contra ele se apure qualquer responsabilidade, com reflexos graves em sua vida profissional e em seu patrimônio que a absolvição posterior não poderá reparar.

A suspensão corresponde a uma pena acessória como é a suspensão de direito referida no art. 69, IV, do C. Penal, porque é a “incapacidade temporária para profissão ou atividade cujo exercício depende de habilitação especial ou de licença ou autorização do poder público”.

Ora, o preceito em questão manda aplicar uma pena acessória, como tal definida no Código Penal, mesmo antes da condenação.

Quis evidenciar, portanto, que a medida, além de adotar uma carga demasiadamente coactiva em se tratando de simples denúncia (princípio da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito), era totalmente imprópria (princípio da adequação), por cuidar de verdadeira pena acessória, passível de ser imposta apenas em face de condenação.

No que se refere à suspensão do emprego em atividade privada, depois de reconhecer não ser a previsão equivalente à pena alguma acessória conhecida, entendeu tratar-se de um ‘excesso de intervenção na empresa privada’, e de uma forma de ‘privação dos meios subsistência do emprego’, dada a impossibilidade de obrigar o empregador a manter o salário do empregado suspenso do trabalho por prazo indeterminado.

Ao tornar evidente que a medida estaria a aniquilar direitos garantidos pela Constituição, o notável jurista utilizou-se da idéia de razoabilidade ou proporcionalidade, tanto assim que, ao tratar da parte referente à suspensão do cargo na administração direta ou indireta, não julgou a medida inconstitucional, pois o estatuto dos Funcionários, garante o pagamento de 2/3 da remuneração aos servidores afastados em face de processo-crime, ou seja, porque vislumbrou uma cláusula específica compensatória, impeditiva do sacrifício de outros direitos.

É interessante verificar, ainda, que o eminente preocupou-se em justificar o decreto da inconstitucionalidade a partir do direito positivo vigente. Asseverando que uma garantia não precisa estar expressa, bastando que ‘decorra do sistema político e do conjunto dos princípios expressos’, afirmou não ter dúvida quanto à inconstitucionalidade do preceito em causa, ‘porque o rigor das medidas previstas na lei (...) grita contra a essência dos princípios humanos que se resumem no direito de sobrevivência.

A partir dessa idéia, concedeu a ordem de *habeas corpus* pleiteado com arrimo no art. 150 da CF de 1967, que assegurava a todos a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, e no seu § 36, que, à semelhança do atual §2º do art.5º, referia-se aos princípios implícitos do regime adotado.

3.3 Fundamento e Aplicação do Princípio da Proporcionalidade

3.3.1 Fundamento

O fundamento constitucional do Princípio da Proporcionalidade em Sentido Amplo é para alguns, derivação do Estado de Direito, para outros dos conteúdos dos Direitos Fundamentais e, ainda, há quem defenda ser derivação do Princípio do Devido Processo Legal, como já foi falado atrás.

O Princípio da Proporcionalidade em Sentido Amplo é também chamado de *Princípio da Proibição do Excesso*, possuindo como característica que o diferencia da Proporcionalidade em Sentido Estrito a exigência da análise da relação de meios e fins, como já foi exposto. A expressão, *Princípio da Proibição do Excesso*, é aplicável no âmbito do controle legislativo, onde suscita o problema do espaço de decisão dos órgãos legiferantes, questionando a adequação dos atos legislativos aos fins expressos ou implícitos das normas constitucionais, segundo a preciosa lição de Canotilho (2000, p.447):

O princípio da proibição de excesso significa que qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida). A exigência da *adequação* aponta para a necessidade de a medida restritiva ser apropriada para a prossecução dos fins invocados pela lei (conformidade com os fins). A exigência da *necessidade* pretende evitar a adoção de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias que, embora adequadas não são necessárias para se obterem os fins de proteção visados pela Constituição ou a lei. Uma medida será então exigível ou necessária quando não for possível escolher outro meio igualmente eficaz, ou menos 'coativo', relativamente aos direitos restringidos. O princípio da *proporcionalidade* em sentido restrito ('princípio da justa medida'), significa que uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adote 'cargas coativas' de direitos, liberdades e garantias 'desmedidas', 'desajustadas', 'excessivas' ou 'desproporcionadas' em relação aos resultados obtidos.

O Princípio da Proporcionalidade tem um duplo destinatário: o Poder Legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade).

3.3.2 Aplicação

Com efeito, o Princípio da Proporcionalidade, de matriz constitucional, é de ser aplicado pelo Poder Judiciário na concretização do Direito Penal, seja na própria tipificação dos delitos, deixando de fora dos tipos legais comportamentos que não se mostrem materialmente lesivos aos valores tutelados pelo legislador e pelo constituinte, seja na adequação da resposta estatal, através das sanções, a ilícitos de menor gravidade.

O juízo de ponderação entre os pesos dos direitos e bens contrapostos, deve ter uma medida que permita alcançar a melhor proporção entre os meios e os fins. Ou, como diz Canotilho *apud* Lopes (2000): “os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa justa medida, impedindo-se a adoção de medidas legais restritivas desproporcionadas, excessivas, em relação aos fins obtidos”.

O Estado de Direito pressupõe a defesa de direitos humanos, sendo assim, é possível dizer que o Princípio da Proporcionalidade está indissolivelmente ligado à vigência formal e material de um Estado de Direito. Em um modelo de Estado Social e Democrático de Direito, sustentado por um princípio antropocêntrico, não teria sentido, nem cabimento, a cominação ou a aplicação de pena flagrantemente desproporcionada à gravidade do fato. Pena desse teor representa ofensa à condição humana, atingindo-a, de modo contundente, na dignidade da pessoa.

O princípio do Estado de Direito é de conteúdo indeterminado e, em grande medida, dirige-se ao legislador, em qualquer das esferas da Federação. Em sua concretização, todavia, devem ser mantidos seus elementos fundamentais e sua propriedade, tarefa que também incumbe a órgãos judiciários.

A proporcionalidade, juntamente com o preceito da proibição de excesso, é resultante da essência dos Direitos Fundamentais. Proíbem-se intervenções desnecessárias e excessivas, porque, segundo Luís Afonso Heck, *apud* Lopes (2000):

uma lei não deve onerar o cidadão mais intensamente do que o imprescindível para a proteção do interesse público. Assim, a intervenção deve ser apropriada e necessária para alcançar o fim desejado, nem deve gravar em excesso o afetado, isto é, deve poder ser dele exigível.

O Princípio da Proporcionalidade exige o exame da natureza do ataque ao bem juridicamente protegido e da sanção prevista a esse ataque. A sanção deve estar relacionada ao bem jurídico protegido. Há, sempre, uma cláusula de necessidade embutida nas medidas que buscam salvaguardar os interesses mais relevantes dentro da ordem social.

No sistema brasileiro, o Princípio da Proporcionalidade, tem sido utilizado na interpretação e aplicação tanto das normas constitucionais quanto das infraconstitucionais, como se observa nos julgados supra citados.

Entende-se que a lei, como instrumento de regulação da vida em sociedade, deve propiciar uma existência ao indivíduo, considerando o maior espaço possível para o desenvolvimento da sua personalidade e garantindo-lhe as mais amplas possibilidades de suprir suas necessidades.

Aos julgadores é possível restringir a dureza das leis penais, interpretando-as em conformidade com a ordem constitucional. Decorre tal possibilidade do Princípio da Unidade da Ordem Jurídica, sendo a Constituição o contexto superior. Daí que a interpretação conforme a Constituição, configura uma subdivisão da interpretação sistemática. É um problema de conservação da ordem jurídica. Nesse sentido, o Princípio da Proporcionalidade penetra nas normas das leis penais, seja na tipificação dos atos ilícitos (Princípio da Tipicidade), seja em seu sancionamento, inevitavelmente, pela superioridade hierárquica da Constituição.

Ao tribunal é possível, dentre vários caminhos interpretativos de uma mesma norma jurídica, optar pela declaração de compatibilidade da norma com uma determinada interpretação, sendo objeto da decisão suscetível de operar coisa julgada a constatação de que a norma, naquela interpretação, é constitucional. Eventual referência aos fundamentos da decisão na parte dispositiva, serve como advertência com vistas a evitar uma possível aplicação inconstitucional da lei.

A proporcionalidade é de ser aferida a partir de análise global e contextualizada do comportamento, verificando-se, fundamentalmente, o grau de reprovabilidade incidente à conduta proibida. A ausência de tipicidade material da conduta, seja por adequação social do comportamento, seja por insignificância da lesão, acarreta, no campo dogmático, exclusão do próprio tipo legal, o que pressupõe unidade inafastável de tipificação proibitiva nos planos material e formal.

Inevitável, que o julgador controle a constitucionalidade das sanções previstas nas leis penais, eis que eventualmente a resposta prevista abstratamente pelo Estado pode se revelar *injusta, desigual e iníqua*.

De uma forma ou de outra, resulta evidente que o Poder Judiciário exerce o controle implícito de constitucionalidade ou também denominado controle tácito, pelo que é possível pontuar o caráter essencialmente controlador da função judiciária.

4 A PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO PENAL

4.1 Garantias Processuais x Proporcionalidade

Ao decorrer dos últimos séculos, tendo em vista a dignidade do Direito Fundamental à liberdade, bem como a intensidade com que a perseguição e a sanção penal estão aptas a atingi-la, o processo penal, vem, atualmente fechar um destacável arcabouço de garantias.

Às garantias processuais, integram as chamadas garantias de natureza material, como da reserva legal e da culpabilidade, formando atualmente um complexo sistema de garantias, na qual tem-se no centro a tutela do direito à liberdade.

Dentro do Princípio do Devido Processo Legal e da Presunção de Inocência, encontram-se as garantias processuais. Dentro dessas, está a garantia da jurisdicionalidade, que consubstancia que antes de toda pena deve haver um processo justo, formal e material que resulte em condenação. E ainda, que antes da produção de título judicial condenatório irreversível, qualquer medida constritiva dos direitos do acusado, só possa ser editada pela autoridade jurisdicional.

As garantias processuais, segundo a visão de Ferrajoli *apud* Flach (2000), não configuram meramente garantias de liberdade, mas também garantias de verdades.

A onda liberal que pairava sobre a revolução burguesa e que garantia a presunção de inocência, reconhecia também a prisão processual. Mas, esta só tinha cabimento sob certas circunstâncias e por curto período. Havia um juízo de proporcionalidade, uma vez que a medida só era permitida quando fosse necessária para impedir o indivíduo de fugir, ou de ocultar as provas do crime.

Acabou-se por aplicar uma proporcionalidade ao revés. A prisão processual teve lugar também, quando presumindo o acusado perigoso, para que não voltasse a delinquir no curso do processo. Assim, a prisão processual, transformou-se em medida de prevenção e de defesa social, e encontrava mais motivação onde houvesse mais clamor público. Dessa forma, para prender o

acusado, presumindo-se que era perigoso, bastariam os mesmos dados que se revelam suficientes para a viabilidade da imputação criminal, ou seja, um crime e um acusado.

Trazendo isso para o mundo contemporâneo, mais problemática é a questão, tendo em vista as sérias complexibilidades que rodeiam a própria pena privativa de liberdade, enquanto meio idôneo, insubstituível, ou mesmo necessário para proporcional retribuição e prevenção do delito.

A prisão processual tem ou deveria ter, fins e realizações diferentes daquelas da pena, mas tanto quanto aquela é uma das mais danosas formas de intervenção estatal sobre a dignidade da pessoa. A pena – que recai sobre aquele que já teve sua culpabilidade afirmada – dever ser evitada, ou no mínimo questionada, devido intensa desproporção entre meios e fins. Ainda mais com razão, deverá ser a coerção processual, pois até o trânsito em julgado, incidirá sobre aquele que ainda se tem como inocente.

O Direito Processual Penal brasileiro, ao lado das prisões processuais cautelares, contém algumas outras, que decorrem direta e necessariamente de determinadas decisões no curso de processo penal em andamento, ou da natureza dos delitos praticados, independente da concreta verificação do *periculum libertatis*. Com isso ocorre antecipações de pena ou presunções absolutas de periculosidade, e ainda, o que é pior, instrumentalizações da prisão processual como mecanismo de instrumento social e/ou coação individual para a confissão do acusado.

Explica Noberto Flach (2000, p. 61,62) que:

Na raiz destas construções encontra-se, no caso da antecipação de pena – que a jurisprudência dominante do STF denominou ‘execução provisória’ da decisão condenatória recorrível especial extraordinariamente – a pouca preocupação com o significado amplo da presunção de inocência, que é assim relativizada: aquele que já foi condenado, embora pendente recurso, ainda se presume inocente, mas já pode cumprir pena, eis que, como vem entendendo, majoritariamente, o Supremo, os recursos especiais e extraordinários não têm eficácia suspensiva do julgado.

Em detrimento das garantias constitucionais de liberdade e presunção de inocência, prefere-se atribuir maior dignidade à legislação ordinária, que procedimentaliza os recursos constitucionais perante as instâncias superiores,

para não aferir a da motivação material das decisões judiciais em geral, e mais especificadamente, as constrictivas do *status libertatis*.

Julio Maier *apud* Flach (2000) adverte que em relação a política criminal, o Direito Processual Penal é parte do Direito Penal *latu sensu*, devendo ser pensado juntamente com esse, pois “ o fim da instituição jurídica governa, neste plano, a sua localização, seu desenvolvimento e as funções que cumpre”.

Os fundamentos, as necessidades e os fins dos interesses materiais que se apresentam perante a jurisdição criminal, são distintos daqueles do âmbito civil, no que a judicialização e a processualização do *ius puniendi* atribuíram um peculiar embasamento axiológico ao processo penal, justificando materialmente suas opções formais.

Entende Noberto Flach (2000,p. 71) que:

... o Estado de direito democrático não se deve deixar iludir pela utilização do direito penal como instrumento de conformação de comportamentos sociais, com forte caráter simbólico e insinuator de ‘respostas’ estatais prontas e enérgicas ao fenômeno da criminalidade, isto é, fazer do encarceramento processual peça de publicidade de governo, pacificando a opinião pública e levando-a a crer que, pela segregação precária dos acusados, ‘corta-se o mal pela raiz’ (na verdade, pelo fruto brotado da árvore criminógena), promovendo um justicamento liminar de grande e desvirtuada repercussão.

A supervalorização penal da prisão processual no plano jurídico, mostra o seu caráter fortemente aflitivo, sendo mesmo uma pena antecipada e sem condenação transitada em julgada. Isto se mostra incompatível com a democracia e a Constituição Federal de 88.

4.2 Segurança Jurídica x Proporcionalidade

A segurança jurídica, nos dois séculos passados, se esgotava na legalidade e na positividade da ordem jurídica. A sua consolidação no Estado de direito foi um fato custoso.

Com a crise do Estado liberal e passagem para o Estado social, a segurança jurídica foi encaminhada para a direção da construção da igualdade de oportunidades, ocorrendo a sua aproximação com a justiça distributiva.

Ao decorrer do tempo, a segurança a ser dada pelo Estado não poderia mais ser aquela que salvaguardava direitos ou patrimônios particulares.

Acabou ocorrendo, uma veemente qualificação da legalidade, que foi obrigada a tornar-se uma reserva legal proporcional. Na estruturação do Estado e dos direitos modernos, a proporcionalidade passou a exercer uma função integradora, para viabilizar a harmonização entre legalidade, justiça e segurança nas relações a serem salientadas pelo direito.

É de salientar, que as desconfianças que surgiram quanto às reais possibilidades de reabilitação tinham fundamento, uma vez que, se já eram difíceis as relações jurídicas privadas, ainda mais os seriam entre o Soberano Estado e o súdito cidadão. Ainda é de se olvidar, que a aquisição de novas responsabilidades pelo Estado, acarretou a multiplicação das intervenções administrativas na vida coletiva e privada, se fazendo necessária uma reorganização da divisão das funções estatais.

A segurança jurídica se relaciona a uma realização segura das normas jurídicas. Pressupõe legitimidade ética – política tanto na regulação social como nas suas respectivas formas jurídicas, operando conseqüências significativas em relação à realidade jurídica – constitucional.

Somente poderá trazer efetiva segurança à sociedade, uma ordem jurídica consciente e atenta a sua historicidade, que continuamente se adapta a suas novas demandas, reformulando suas metas e normas, não podendo ser lerdo, mas também não demasiadamente rápido.

Na Segunda metade desse século, como conseqüência de várias e importantes transformações – tanto econômicas e sociais como políticas e jurídicas -, foi visível o desenvolvimento de temas relativos a discricionariedade e aos conceitos indeterminados que vieram atingir o Direito Administrativo e a teoria geral do direito.

Cabe ao Direito Penal – material ou processual – preocupar-se também com a temática.

O juiz com seu poder de cautela, age ou não discricionariamente? Ao se comparar a discricionariedade administrativa com a judicial, já se afirmou que o poder cautelar geral possui natureza discricionária e, em regra, jurisdicional.

Almiro do Couto e Silva (2000, p. 52) entende que:

... a própria norma jurídica, por vezes, concede ao juiz o poder de escolher ou mesmo de criar, como remédio para a situação concreta, a medida que lhe parece mais conveniente e oportuna. Exemplo disso ... é o art. 798 do CPC brasileiro, que concede ao juiz o poder cautelar geral, ou seja, o poder de adotar, na defesa do interesse dos litigantes, a providência acauteladora que considere, para esse efeito, mais adequado, mesmo sem provocação de qualquer das partes.

Há que se ressaltar a discriminação existente entre o poder geral de cautela concedido ao Juiz Civil e o poder de cautela que se incumbe, em contrapartida, ao Juiz Criminal.

O melhor entendimento parece aquele que sustenta a tipicidade e taxatividade das medidas cautelares no processo penal pátrio, ou pelo menos, das medidas constritivas da liberdade, com amparo no Princípio da Segurança Jurídica e da própria Legalidade. A priori, não se aceitaria a possibilidade de existência de cautelares inominadas, e até com qualidade de autonomia em relação à ação condenatória no processo penal.

A discordância é total, em relação aqueles, que no processo penal, afirmam que o juiz que decreta ou mantém a prisão processual é quem sabe dos fatos, e assim, conhecendo os autos e as suas inúmeras peculiaridades, é quem deverá decidir com acerto.

Às vezes, as prisões processuais não se ajustam com o conteúdo da Constituição. Acabam servindo como antecipação de pena, medida de segurança, e até mesmo como intimidação e ameaça preventiva. Dessa forma, acaba-se deformando o instituto da prisão processual e confundindo-a com outras instituições – algumas delas, até incompatíveis com o Estado de Direito. A consequência mais desastrosa disso é a completa proporcionalidade das medidas de coerção aplicadas.

Para que ocorra a prisão antes do trânsito em julgado, mister se faz a verificação do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, satisfazendo assim, em

suma, as exigências de cautelaridade essenciais à garantia da segurança jurídica e indicadoras da proporcionalidade, às quais são imprescindíveis o cumprimento do dever de motivar as decisões e a efetividade da garantia do duplo grau.

5 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O DIREITO PENAL

5.1 Introdução

Como já foi explicado, segundo a doutrina, o germe do Princípio da Proporcionalidade, foi a idéia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração. E essa consciência de que existiam direitos oponíveis ao próprio Estado e que esses, por sua vez, deveriam respeitar os Direitos Fundamentais, decorreu das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra, dos séculos XVII e XVIII. Surgiu, pois, ligado à idéia de limitação do poder de coação do monarca (poder de polícia), porque ilimitado quanto aos fins que poderia perseguir e quanto aos meios que poderia empregar.

Necessário se faz lembrar, que o Princípio da Proporcionalidade em Sentido Amplo, para alguns autores deriva do Estado de Direito, para outros, dos conteúdos dos Direitos Fundamentais, ou ainda, como decorrência do Princípio da Legalidade.

O Princípio da Proporcionalidade em Sentido Amplo, conhecido também como Princípio da Proibição do Excesso, possui características que o distingue da proporcionalidade em sentido estrito, qual seja, a exigência da análise da relação de meios e fins.

A denotação Princípio da Proibição do Excesso é utilizada no âmbito do controle legislativo, onde se discute a questão do espaço das decisões dos órgãos legiferantes, indagando a adequação dos atos desses órgãos aos fins expressos ou implícitos das normas constitucionais.

Necessário se faz, no Princípio da Proporcionalidade, um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesado ou posto em perigo (gravidade de fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Existindo um desequilíbrio acentuado nessa relação, como consequência, estabelece-se, uma inaceitável desproporção.

Nota-se assim, que o Princípio da Proporcionalidade repele o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a

imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que falte de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado integral.

No Direito Penal, o Princípio da Proporcionalidade é sem dúvidas de notável importância, seja na adequação típica das condutas às descrições da norma, seja na atenuação dos rigores sancionatórios abstratos.

O Princípio da Proporcionalidade de fundo constitucional, deve ser aplicado pelo Poder Judiciário na realização do Direito Penal, tanto na própria tipificação dos delitos, quanto na adequação da resposta estatal, por meio das sanções a ilícitos de menor gravidade.

Deve-se lembrar também, que a atuação do Princípio da Proporcionalidade, deve ser inviável, no sentido de proteger ilimitadamente a liberdade individual em detrimento dos direitos da coletividade. A liberdade individual, não é o único bem jurídico protegido pelos Direitos Fundamentais. As medidas concretizadas em prol da ordem pública, mesmo que restrinja a liberdade, podem reafirmar a proteção dos Direitos Fundamentais, desde que indispensáveis à democracia.

Decorre da natureza dos comandos dos princípios válidos a otimização das possibilidades fáticas e jurídicas de uma determinada situação. Otimizar significa realizar as possibilidades jurídicas de um determinado princípio, levando em conta o peso do princípio colidente em um caso real. Conclui-se, que a decisão de um conflito exige a ponderação a partir do instante em que ele se verificar.

O Princípio da Proporcionalidade está ligado à vigência formal e material de um Estado de Direito, uma vez que, o Estado de Direito pressupõe a defesa dos Direitos Humanos. Em um Estado Social e Democrático de Direito, que tem por base um princípio antropocêntrico, não seria viável a cominação ou a implicação de pena claramente desproporcionada a gravidade do fato. Pena desse teor, constitui ofensa à condição humana, e conseqüentemente contundindo a dignidade da pessoa.

Tanto a Proporcionalidade, quanto à Proibição do Excesso, resultam dos Direitos Fundamentais. As intervenções devem ser somente as necessárias, proibindo-se intervenções excessivas.

Keck apud Barros:

Uma lei não deve onerar o cidadão mais intensamente do que o imprescindível para a proteção do interesse público. Assim, a intervenção deve ser apropriada e necessária para alcançar o fim desejado, nem deve gravar em excesso o afetado, isto é, deve ser dele exigível.

Necessário se faz a exigência de uma relação positiva entre meios e fins. O Princípio da Proporcionalidade tem sido a base para avaliar o cabimento de uma medida restritiva de direito. Assim, escreve Alonso García, *La Interpretación de la Constitución*, *apud* Flach:

Não se trata de examinar se cabem alternativas a essa medida que sejam menos gravosas para o direito, salvo na hipótese de ser essa medida concretamente adotada excessivamente gravosa.

Faz-se necessário no Princípio da Proporcionalidade, o exame da natureza do ataque ao bem jurídico protegido e da sanção cominada a esse ataque. Existe sempre uma cláusula de necessidade implícita nas medidas que buscam guardar os interesses mais importantes dentro da ordem social, assim, deve a pena estar relacionada ao bem jurídico protegido.

No ordenamento brasileiro, o Princípio da Proporcionalidade tem sido usado na interpretação e aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais.

Aos julgadores é possibilitado restringir a rigidez das leis penais, interpretando-as em conformidade com a Constituição Federal. Assim, a proporcionalidade penetra nas normas das leis penais, seja na tipificação dos atos ilícitos, seja no sancionamento destes. Porém o Poder Judiciário não pode revogar a própria Lei Maior, e tampouco ser corregedoria desta. A Constituição não é um cheque em branco, que pode ser preenchido dependendo do caso particular.

A pena deve manter uma relação justa com a gravidade do ato e a culpa do autor. Esta não deve exceder a culpa do autor.

Conclui-se, que é inevitável que o legislador controle a constitucionalidade das sanções previstas nas leis penais, pois a pena prevista abstratamente pelo Estado pode se revelar injusta, desigual, iníqua. Porém, não se deve passar por

cima da Constituição, devendo respeitar seu texto, uma vez que dentro do ordenamento brasileiro, essa é a Lei Superior.

5.2 Pena Criminal

Pierangeli (1997, p.334) escreve que:

A origem da pena se perde na longa noite dos tempos, mas dentro de um critério de razoável probabilidade, em face de informações que nos chegam com os relatos antropológicos, advindos das mais variadas fontes, o Direito Penal teria sua origem ligada à religião e a pena teria origem sagrada.

Na Antigüidade, a pena tinha um caráter essencialmente sacral. O homem primitivo acreditava que os seres sobrenaturais castigavam a sociedade de acordo com o seu comportamento. A função da pena era reparatória. Pretendia fazer que o infrator ao ser punido, se retrata frente à divindade. O delito nessa época representava um pecado. Não era um fato contra organismo existente.

Os castigos eram aplicados de formas cruéis. Atingiam o corpo do condenado, e às vezes, até de seus familiares. Mas, existe na Lei Mosaica - resquício da pena de talião prevista no Código de Hamurabi - um vestígio do princípio da proporcionalidade entre a pena e o delito, onde a máxima explicitava: "olho por olho, dente por dente". A pena era uma resposta ao mal causado.

As civilizações foram evoluindo. A pena foi deixando de ter cunho sacral, passando a ser aplicada pelo Poder Público.

Conforme Norberto Flach (2000, p.231):

Com o iluminismo e todas as novas ideologias advindas do Renascimento, e com obras preconizadoras de idéias e humanizantes, como a de Beccaria, a pena assumiu um fim utilitário, abandonando a fundamentação teológica. Em meio a tal contexto tem origem a Escola Clássica do Direito Penal, que define a pena não somente como castigo, mas também como retribuição. Opondo-se a esta teoria, a Escola Positivista colocou o homem como centro do direito Penal, dando à pena o objetivo de ressocialização do delinqüente.

No ordenamento pátrio, a Constituição de 1824, previu a elaboração de um Código Criminal. Expressamente, se declarava no sentido de por fim aos suplícios e as penas infamantes. A pena de prisão substituíra as penas corporais. Assim, mostrou uma futura supremacia que teria sobre as demais modalidades sancionatórias.

A Constituição Federal de 88 repetindo textos de constituições anteriores, fez constar em sua "Declaração de Direitos" vários princípios; alguns desses de forma implícitas - como é o caso do Princípio da Proporcionalidade.

O Código Penal em seu artigo 59 diz que a pena deve ser aplicada conforme a necessidade e a suficiência para a retribuição e prevenção do crime.

Para Dotti *apud* Flach (2000):

... pena é a sanção imposta pelo Estado e consiste na perda ou restrição de bens jurídicos do autor da infração, em retribuição à sua conduta e para prevenir novos atos ilícitos. O fundamento jurídico da pena é a culpabilidade do autor.

A sociedade atual vive em um paradoxo. A criminalidade violenta aumenta gradativamente. Cada vez mais assusta a população. No entanto, os juristas constatarem que a pena de prisão não é a solução, porém, procuram desesperadamente outra solução, mas não encontram.

Não necessita ser um operador do direito, para se constatar que o sistema penal encontra-se em crise. Necessário se faz entender que a pena deve ter como fundamento a recuperação social do delinqüente, não devendo delimitar-se no terreno do castigo, tendo um fim em si mesmo.

Sobre o assunto, explica claramente Norberto Flach (2000, p. 233,234) que:

A morosidade do processo penal, a dificuldade de se encontrar um procedimento rápido sem que haja prejuízo quer para a sociedade, quer para os direitos constitucionais do réu, o declínio do ideal de reabilitação do condenado, a reconhecida falência do sistema penitenciário de todo o mundo, em face de sua impotência para a reinserção social do condenado, os males que o sistema penitenciário sempre causou, têm desafiado a argúcia dos estudiosos e legisladores de todos os países, em busca de um sistema que represente imediata resposta do Estado à criminalidade, sem os dissabores.

Firmada como sanção principal, passou a pena de prisão, nestes dois últimos séculos, por transformações que as modificaram profundamente. Hoje, decididamente, são reconhecidos os males insanáveis agregados à rotina da execução desse tipo de sanção. Conhecemos o suficiente para saber que a prisão não é apta para reformar o indivíduo, podendo apenas servir como um meio de segregação ao convívio social, para o efeito de submissão a tratamento adequado e digno. A segregação do homem não é, em si mesma, meio satisfatório para incrementar a prática de condutas solicitadas pela sociedade, pois não se aprende a conviver, vivendo isoladamente.

Somente quando for indispensável para a sociedade é que os agentes criminosos devem ser submetidos à pena criminal.

Beccaria (1993, p. 54) diz que:

se fosse possível adaptar a geometria as combinações infinitas e obscuras das ações humanas, deveria existir uma escala correspondente de penas, indo da mais forte para a mais fraca: mas bastará ao sábio legislador marcar os pontos principais, sem alterar a ordem, não decretando para os delitos do primeiro grau as penas do último.

Na realidade, a pena criminal privativa de liberdade, tem um resultado ineficaz a ressocialização dos delinquentes. Na maioria das vezes, voltam a delinquir. Os presídios acabam sendo eleitos como escolas de criminosos. Assim, a pena privativa de liberdade deve ser a última opção, devendo ser aplicada exclusivamente aos casos em que não haja alternativa.

O fim da pena tem diferentes conotações dependendo do ordenamento, porém, buscam quase sempre o mesmo fim. No direito português tem conotação de recuperação social. Na Itália, Espanha, a pena tem o fim de reeducar, ressocializar ou reinsersar socialmente o condenado. No Brasil, diz-se que a pena deve ser pensada em função do efeito ressocializador.

A humanização da pena tem sido uma das principais preocupações dos especialistas. Todos devem adquirir três pensamentos: que pena não é castigo, que a segregação servira para a reforma do delinquentes, fazendo-o renascer como um homem preparado para a vida em sociedade. Necessário se faz tirar da pena criminal o caráter punitivo, retaliatório, retributivo, e que passe a encará-la

principalmente como a ótica de uma nova perspectiva, como oportunidade para transformar o delinqüente em um novo homem.

Sobre o assunto Norberto Flach (2000, p. 240) explica que:

Não há explicações do princípio da proporcionalidade na Constituição de 1988. Os autores, em geral, referem-se a proporcionalidade como uma nota característica que deve predominar entre o crime e a sanção: cada crime deve ser punido com uma pena proporcional ao mal por ele causado. A proporcionalidade está intimamente ligada ao fundamento retributivo. A pena deve guardar proporção como delito. O crime, então, possui sua quantificação, que deve guardar ligação com quantidade da sanção.

O critério proporcionalidade ingressou no Direito Penal com a idéia de retribuição. A pena tem sua verdadeira força em sua justiça, ou melhor, na sua proporcionalidade. Na aplicação da norma penal, a pena deve manter estrita proporcionalidade entre a culpabilidade e o castigo. Assim, a pena criminal é imposta somente para aquele que praticou uma conduta previamente definida como crime, e a sua punição deve restringir a previa fixação da pena, nos limites de sua culpabilidade.

5.3 Princípio da Proporcionalidade e a Pena

O Princípio da Proporcionalidade da pena, assim como outros – Intervenção Mínima, Legalidade - tem base constitucional.

Em uma análise histórica, a aplicação concreta desse princípio atingia outros ramos além do Direito Penal; chegava ao Direito Administrativo.

No século XVIII, surgiu a limitação do poder, aflorando também o Princípio da Proporcionalidade, visando a garantia da liberdade individual em face aos desmandos do Direito Administrativo, e assim estendeu-se ao campo penal, baseando-se em raízes do Iluminismo.

Já no século XIX, surge como idéia de Direito de Polícia. Visava coibir atos ilegais do Poder Executivo, dessa forma demonstrando estar mais ligado ao Direito Administrativo.

Só no século XX, na Alemanha, é reconhecido como princípio constitucional.

A primeira idéia que se deve explicar é que deve haver uma proporção entre o delito e as penas.

Apregoa-se pelo Princípio da Proporcionalidade que deve existir sempre um equilíbrio entre a gravidade do fato praticado e a sanção imposta. Não somente em face do fato, mas considerando também a conduta abstratamente tipificada, devendo a pena cominada estar proporcionada ou adequada à magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito.

Canotilho *apud* Flach (2000) explica que:

Quando se chegar a conclusão da necessidade e adequação do meio para alcançar determinado fim, mesmo neste caso, deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coativa da mesma. Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionalizado em relação ao fim.

A Magna Carta de 1215, em seu artigo 5º, assegura o direito de resposta “proporcional” ao agravo, assim como o direito a indenização por dano material, moral ou à imagem, principalmente, a proteção a intimidade da vida privada, da honra e de imagens das pessoas.

O ordenamento brasileiro no que concerne ao sistema penal, conserva o fundo retribucionista das penas. A pena deve retribuir juridicamente a culpabilidade do autor da conduta típica e ilícita. A política criminal comina as sanções adequadas para cada tipo de ilícito, e fornece critérios normativos para que a proporcionalidade possa ser aferida.

O legislador, evidentemente, se defronta com várias dificuldades na prática, para usar com correção o critério proporcionalidade e necessidade. Para a sociedade, o interesse não é apenas que não pratiquem crimes, mas que sejam cada vez mais raros na proporção do mal que causam.

Assim nos ensina Cesare Bonesana *apud* Beccaria (1993):

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

O legislador deve ser um arquiteto hábil, que saiba ao mesmo tempo empregar todas as forças que podem contribuir para consolidar o edifício e enfraquecer todas as que possam arruiná-lo.

Há de se ressaltar que quanto maior o número de pessoas e de delitos, maior é a possibilidade de se esquecer da aplicabilidade do Princípio da Proporcionalidade.

A lição de Beccaria *apud* Flach (2000) é:

Proibir uma grande quantidade de ações diferentes não e prevenir os delitos que delas possam nascer, mas criar outros novos; é definir arbitrariamente a virtude e o vicio, que nos são apresentados como eternos e imutáveis (...). É melhor prevenir os delitos do que puni-los (...).

Necessário se faz, primeiro aferir o bem jurídico e observar os Princípios da Lesividade, Legalidade e Intervenção Mínima, para que haja perfeita aplicação do Princípio da Legalidade à dosagem final da pena.

O bem jurídico se amolda aos valores culturais e guia o Direito Penal, para que este, com observância dos princípios constitucionais, possa garantir direitos individuais fundamentais e até coletivos, em consonância com a concepção dos valores éticos sociais.

Com a determinação do bem jurídico, e sua devida importância no Direito Penal Constitucional, encontra-se à aplicação da sanção ou justiça, que está ligado ao Estado, e assim tem relação com os Direitos Fundamentais.

O princípio da proporcionalidade serve para fixação da pena em espécie e quantidade, assim como sua forma de execução. A pena deve estar adequada, proporcionada à magnitude da lesão ao bem jurídico, representada pela conduta delituosa e a medida da segurança à periculosidade criminal do agente. Assim, a

proporcionalidade deve ser vista como a necessidade de tal pena, para que não seja aplicada pena desnecessariamente.

O Princípio da Proporcionalidade vai nortear a real aplicação da pena, retribuindo, em nome da sociedade, uma repressão adequada à ilegalidade cometida.

É preciso apenar com restrição da liberdade somente condutas de média e grande periculosidade, reservando aos crimes de menor potencial ofensivo as penas alternativas (prestação de serviços à comunidade, etc.).

Há de olvidar por fim, que quanto mais alta a pena aplicada, maior será a despesa que o poder público utilizará para aguardar o seu cumprimento, sendo que, na maioria das vezes, só contribui para o infrator voltar novamente para o mundo da criminalidade, refletindo novamente nas despesas públicas.

5.4 Recepção do Princípio da Proporcionalidade no Direito Punitivo

O Princípio da Proporcionalidade tem como função primordial a criação e a imposição da sanção penal. Deve ser dirigido ao Poder Legislativo, que é responsável pelo estabelecimento da pena, variando de acordo com a gravidade da conduta; e, posteriormente ao juiz, que é o responsável pela aplicação da pena, devendo este também, analisar a gravidade da infração concretamente praticada.

O juiz ao aplicar a pena, necessita agir com ponderação, para que ao dosá-la, esta seja ponderável e proporcional a realidade do fato.

No campo penal – e, aqui, parece-nos possível estender a proporcionalidade a toda e qualquer atuação sancionatória do Estado – o Princípio em estudo se expressa pelo preceito da adequação da pena, vale dizer, a pena deve manter uma relação justa com a gravidade do ato e a culpa do autor; a pena aplicada não deve exceder a culpa do autor. O princípio da culpa, em suas conseqüências limitantes à pena, corresponde, nessa medida, à proibição de excesso.

A observância do Princípio da Proporcionalidade da Pena tem grande importância, haja vista que ao observá-lo estará protegendo os princípios constitucionais que garante à proteção individual; pois a imposição da pena atinge diretamente a liberdade de ir e vir do indivíduo.

Não se deve esquecer, que o Direito não protege somente o indivíduo, mas sim toda a sociedade. O legislador vai estabelecer parâmetros para aferição da proporcionalidade da pena, ante o fato real, visando o autor, e o bem da coletividade, evitando excessos na restrição dos direitos do condenado.

Mister se faz ao juiz, que no momento do julgamento, observe não só os fatos e suas conseqüências devendo ponderar e analisar o alcance da pena e sua função naquele momento. O juiz ao aplicar a pena deve agir com racionalidade; tomando cuidado para não cometer excessos, para que assim não ultrapasse a finalidade da pena. Agindo dessa forma estará dando conteúdo lógico entre fato, pena e sua finalidade.

As pessoas de modo geral, têm idéia que a pena deve ser uma resposta violenta à lesão praticada, ou uma vingança pessoal, porém, a pena deve ser essencialmente pública, rápida, necessária, proporcional ao crime.

Lopes *apud* Flach (2000) diz:

A proporcionalidade é de ser aferida a partir da análise global e contextualizada do comportamento, verificando, fundamentalmente, o grau de reprobabilidade incidental à conduta proibida. A ausência de tipicidade material da conduta, seja por adequação social do comportamento, seja por insignificância da lesão, acarreta, no campo dogmático, exclusão do próprio tipo legal, o que pressupõe unidade inafastável de tipificação proibitiva nos planos material e formal (...). Inevitável que o julgador controle a constitucionalidade das sanções previstas nas leis penais, eis que eventualmente a resposta prevista abstratamente pelo Estado pode se revelar injusta, desigual, iníqua.

5.5 Pena, Bem Jurídico e Direito Constitucional

É cediço que a primeira noção que se faz do Direito Penal é que ele é sancionador; afeta a liberdade do cidadão quando este pratica um ato reprovável pelo Estado Social e Democrático Direito em que vive. Toda vez que houver uma conduta negativa, ou seja, contrária a norma, haverá imposição de pena.

A principal diferença que o Direito Penal traz em relação aos outros ramos do direito, é a imposição de sanção penal como forma de retribuição pela prática de uma conduta delituosa.

A aplicação de pena sempre foi vista como uma forma de reeducação do indivíduo, para que este seja apto a viver em sociedade. Mas a realidade, é que essa visão não é, e nunca foi a verdadeira função da pena, pois a sua verdadeira função é a retribuição censurada de um ato contrário à lei, ou socialmente condenável.

É importante ressaltar que o crime deve ser ofensa real ou potencial a um bem jurídico, e que tal ofensa não basta para caracterização da infração penal. A estrutura jurídica do crime deve ser a somatória da ofensa ao bem jurídico e outras circunstâncias que também é importante para a sua concretização.

A pena, além de ter a função sancionadora e retributiva de ilícitos, também tem função de prevenção. Visa intimidar a prática de novos delitos, garantindo a proteção dos indivíduos que vivem em sociedade. Talvez essa seria a sua principal função.

A Constituição Federal deu proteção especial a alguns direitos, quais sejam: os direitos à liberdade, à vida, à propriedade, e outros. Mas na realidade, esses direitos são protegidos mais diretamente pelo Direito Penal, que visa proteger o bem jurídico constitucionalmente garantido.

A conclusão a que se pode chegar é a de que o Direito Constitucional, com o ordenamento maior do país, dará base para que o Direito Penal precise o bem jurídico e depois, aplique efetivamente a sanção penal.

Sabido que a única fonte criadora, da norma penal é o Estado, é preciso lembrar que a sua autonomia, enquanto ente, não pode prevalecer na situação da produção da norma penal. Deve ele (Estado) respeitar as regras constitucionais, em primeiro lugar, dando guarita aos princípios já informados.

A Constituição Federal dá esteio ao Direito Penal, haja vista que as normas constitucionais autorizam ou são autorizadas de normas infraconstitucionais. Na Constituição não se encontra norma penal prevendo condutas censuráveis, mas encontram normas que delimitam e determinam as disposições do Direito Penal.

Há de se ressaltar que a Constituição funciona também como um filtro do Direito Penal. Estabelecerá parâmetros no momento da aplicação da pena, pena essa que recairá sobre o sujeito que praticou o ato reprovável. No momento da aplicação da pena deverá ser observada a gravidade da violação dos valores constitucionais.

O conceito de bem jurídico na esfera penal é ligado a uma situação social para qual a norma estabelece sua tutela ou sua proteção.

Bem jurídico penalmente tutelado é aquele que a norma, mediante a ameaça de uma pena, objetiva tutelar diante de possíveis agressões.

Através da Constituição, chega-se à delimitação dos bens jurídicos penais. Assim, o Direito Penal deve ser visto como duplo comando: primeiro está relacionado com o bem jurídico; segundo com a consequência sancionatória – por isso há a necessidade da relação entre o bem jurídico e a sanção penal.

Conclui-se que a finalidade da pena é a retribuição do delito – como já foi falado antes – ou seja, para cada delito a uma pena que corresponde, pena esta que deverá observar os parâmetros constitucionais para ser criada e aplicada, uma vez que o Direito Penal é uma forma de intervenção do Estado na vida dos particulares.

6 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E OUTROS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

6.1 Princípio da Proporcionalidade na Constituição Brasileira

As constituições modernas contêm vários princípios que são específicos do Direito Penal, ou que são pelo menos pertinentes ao campo penal.

Os princípios que são pertinentes à matéria penal, traduzem no sentido de orientar o legislador penal para que esse elabore normas incriminadoras voltadas a proteção dos direitos transindividuais.

A Constituição Brasileira, não traz expressamente o Princípio da Proporcionalidade, assim como outros, como é o caso do Princípio da Intervenção Mínima. Por isso, surgem estes através de interpretações, na qual se apresentam, na maioria das vezes complexos.

Atualmente, o Direito Penal, não é mais visto como um conjunto de leis que regula o comportamento humano, mas sim, como um modificador da sociedade. Devido a isso, um dos fatores mais fortes da recepção do Princípio da Proporcionalidade em nosso sistema, tem a finalidade de se evitar o aumento exagerado das normas penais, com o fundamento de atualizar essas em relação aos problemas sociais.

O Princípio da Proporcionalidade busca o respeito aos bens e Direitos Fundamentais, e não a impunidade.

O Direito Penal deve ser visto como matéria subsidiária em relação aos outros ramos do direito. Deve-se apresentar como última hipótese para resolução dos problemas de punição. Somente, quando nenhum outro ramo do Direito puder solucionar o caso, é que se socorrerá ao Direito Penal. Porém, atualmente, vê-se que ocorre ao contrário.

Sobre o assunto (FLACH, 2000, p.365):

Assim, de um lado, se fixam os limites do poder punitivo do Estado, que tenta resguarda as prerrogativas individuais; de outro lado mostram-se propulsoras do Direito Penal para novas matérias, transformando-o num

instrumento de tutela de bens cujo resguardo se mostra indispensável para a consecução dos fins sociais do Estado.

O autor supra citado, afirma que nas Constituições brasileiras, os princípios penais têm se feito presentes.

A Constituição Federal – Como guardiã do Estado Democrático de Direito – tem como fundamento a proteção de princípios que não se encontram nela expressamente, assim como legislação penal.

6.2 Princípio da Proporcionalidade e o Princípio da Legalidade

O artigo 5º, XXXLV da Constituição Federal, trata do princípio da legalidade e explicita que: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Trata-se de uma rígida limitação do *ius puniendi* do Estado em confrontação com o *ius libertatis* do indivíduo.

O princípio da legalidade foi eleito pela Constituição Federal, como direito fundamental, assim é norma fundamental também no Direito Penal.

Nenhum fato pode ser considerado criminoso e nenhuma pena poderá ser imposta, sem que anteriormente esse fato tenha sido instituído pela lei como delitivo, bem como a respectiva pena.

O Princípio da Proporcionalidade não pode existir sem o Princípio da Legalidade, por este ser o suporte de sustentação da tentativa de se colocar nas mãos do legislador e dos juizes a adequação da norma escrita ao caso concreto, sem, porém, fugir dos limites de atuação.

6.3 Princípio da Proporcionalidade e Princípio da Intervenção Mínima

O Princípio da Intervenção Mínima, também não está expresso na Constituição Federal, e nem no Código Penal. Mas, este se faz um princípio indispensável, seja para o legislador, seja para o interprete, uma vez que é

compatível com os outros princípios do Direito Penal, entre eles o Princípio da Proporcionalidade.

Lopes *apud* Flach (2000) expõe:

Não se pode aplicar um recurso mais grave quando se obtém o mesmo resultado através de um mais suave: seria tão absurdo e reprovável criminalizar infrações contratuais civis quanto cominar ao homicídio tão-somente o pagamento de despesas funerárias.

A utilização do Direito Penal deve se dar quando não há outro ramo do Direito que possa resolver o problema, pois utilização desse quando era possível medidas mais suáveis não atende o anseio da população e perturba a paz jurídica, contrariando dessa forma o objetivo do Direito. Nessa linha de raciocínio, claro se faz a importância do Princípio da Proporcionalidade, como subsídio para uma perfeita aplicação do Princípio da Intervenção Mínima. Estão interligados.

Norberto Flach (2000, p. 368) explica que:

... só se legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um bem jurídico. Assim, se outras formas de prevenção se mostrarem insuficientes invocar-se-á o Direito Penal, mas isso somente quando a sanção penal for indispensável.

Os ataques mais graves aos bens jurídicos mais importantes, devem ser prevenidos pelo Direito Penal, para que assim motivem os infratores, através da pena, a agir conforme o direito. A intervenção se mostrará ilegítima quando o ataque ao bem jurídico não se revela com certo grau de gravidade, podendo ser resolvido por outro ramo do direito.

A relação existente entre o Princípio da Intervenção Mínima e o Princípio da Proporcionalidade, é em relação ao respeito ao postulado da liberdade. Somente em nome dessa liberdade e de forma excepcional, é que as restrições de direitos poderão ser toleradas. E essas restrições ou privações de direitos deverão estar proporcionado a gravidade do fato.

6.4 Princípio da Proporcionalidade e o Princípio da Lesividade

Para o Princípio da Lesividade, o Direito Penal deverá ser invocado quando o comportamento do indivíduo lesione o direito de outras pessoas. O simples comportamento imoral, escandaloso, não coaduna com o Princípio da Lesividade, não dando ensejo à aplicação do direito penal.

As aspirações, desejos, idéias, convicções; enfim, sentimentos internos do homem não constitui o fundamento do Direito Penal. Os atos preparatórios de um crime, cuja execução não seja iniciada, não são punidos. Para que haja a tutela penal, mister se faz, que a atitude interna esteja ligada com uma conduta externa, e que esta tenha se iniciada; e mais, que atinja direitos de outras pessoas. O indivíduo responde pelo que faz, e não pelo que é interiormente.

A violação do Princípio da Proporcionalidade, aplicando penas que atingem o bem jurídico de forma desproporcional, automaticamente fere o Princípio da Lesividade, haja vista que esse último, visa exatamente a aplicação de pena na mesma proporção e valor do bem jurídico lesado.

6.5 Princípio da Proporcionalidade e o Princípio da Individualização da Pena

Individualizar a pena significa particularizar, adaptar a pena ao condenado. Visa, como parâmetro para a imposição e fixação da pena, ao homem que violou a norma, levando em conta as suas particularidades, suas peculiaridades, suas características próprias, sua individualidade.

Tal princípio vem insculpido no artigo 5º, XLVI, da nossa Constituição Federal, nos seguintes termos: “*a lei regulará a individualização da pena*”.

É famosa a frase atribuída a Nelson Hungria *apud* Flach, oferecendo a explicação para o processo da individualização da pena; “retribuir o mal concreto do crime com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso”.

A individualização da pena se faz em três etapas: cominação, aplicação e execução. Ou, na linguagem de Luiz Luisi (1991), três são os seus momentos: legislativo, judicial e o executório ou administrativo. No primeiro momento, a “lei fixa para cada tipo penal uma ou mais penas proporcionais à importância do bem tutelado e à gravidade da ofensa”; (LUIZI, 1991, p.37) o segundo, é o momento da individualização judiciária da pena, onde o juiz considerando os fatores previstos na lei, irá fixar “qual das penas é aplicável, se previstas alternativamente, e acertar o seu quantitativo entre o máximo e o mínimo fixados para o tipo realizado, e inclusive determinar o modo de sua execução”; no último momento, dá-se a execução da pena, que começa verdadeiramente a atuar sobre o infrator que se mostrou despreocupado à ameaça contida na Constituição.

O Princípio da Individualização da Pena, materialmente, significa que a sanção deve corresponder às características do fato, do agente e da vítima, sendo que nada impede seja esta uma pessoa jurídica de direito público a qual também pode revestir-se de peculiaridades, como a escassez de recursos. A intensidade e a natureza do ânimo do agente são fatores que também devem ser levados em linha de conta na fixação da pena. Além disso, veja-se que co-réus devem receber tratamento diferenciado na fixação de suas reprimendas, tendo em vista os antecedentes e a participação de cada um no crime, aplicando-se as regras de individualização da pena. Note-se que a repercussão social do fato é outro elemento importante, até na operacionalização do princípio isonômico, na fixação da sanção, sob pena de equiparação de situações desiguais.

O Direito Constitucional, neste campo, há de servir de importante referência ao intérprete, ainda que se mostre fundamental não confundir as distintas esferas de responsabilidade e de pretensão punitiva.

O sistemático e racional combate à criminalidade, passa sem dúvida, pela seleção de comportamentos merecedores do rigor da legislação. Sem essa atividade de filtro, pode-se dizer, tudo é passível de cair na *vala comum*, desmoralizando-se a eficácia da lei penal.

O Princípio ora em comento, está intimamente ligado ao Princípio da Proporcionalidade antes exposto, pois que tanto no campo da cominação, da aplicação ou mesmo da execução da pena, “a graduação da sanção penal se faz tendo como parâmetro a relevância do bem jurídico tutelado e a gravidade da

ofensa contra ele dirigida e deve ser fixada, pois, tanto na espécie e no quantitativo que lhes sejam proporcionais” (LUISI, 1991, p. 40).

7 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O CRIME DE RECEPÇÃO QUALIFICADA

7.1 Tipicidade subjetiva no crime de receptação

Nas linhas a seguir, tentará o presente trabalho, demonstrar, ou determinar qual o elemento subjetivo exigível do agente para sua responsabilização pela chamada receptação qualificada. Reclama-se dolo direto, dolo eventual ou simples culpa? Qual será a interpretação a ser dada à expressão “*deve saber*” empregada pelo legislador?

O saber, no delito de receptação, implica o conhecimento pleno e absoluto por parte do agente da procedência criminosa da coisa por ele obtida. Assim, a doutrina, apreciando as diversas normas incriminadoras que empregam elementos subjetivos do tipo, é tranqüila no sentido de que a elementar “sabe” é indicativa de dolo direto.

Quanto à expressão “*deve saber*”, existem duas posições: 1ª) trata-se de dolo eventual, (CELSO DELMANTO¹, PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, LUIZ REGIS PRADO², CEZAR ROBERTO BITENCOURT); 2ª) significa culpa (NELSON HUNGRIA³, MAGALHÃES NORONHA, HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, JOSÉ FREDERICO MARQUES, WILLIAM WANDERLEY JORGE), todos, porém, comentando a expressão “*deve saber*”, contida no artigo 130, “caput”, do Código Penal. Especificamente sobre o crime de receptação, o festejado Nelson Hungria (1958, p. 306) seguido por quase todos os

¹ DELMANTO, ao comentar a expressão “*deve saber*”, contida no art. 130, do CP, afirma que “*a locução verbal empregada parece indicar tratar-se de culpa. É essa a opinião de toda a doutrina e era a que indicávamos. Todavia, como os casos de culpa devem ser expressos (CP, art. 18, II, parágrafo único) e o princípio da reserva legal (CP, art. 1º) não podem ser desrespeitados, parece-nos seguro apontar o dolo eventual e não a culpa*” (DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*, 3ª ed., Renovar, p. 225).

² Luiz Regis Prado, assevera que o *deve saber*, empregado na receptação qualificada, não expressa certeza sobre a realidade, e sim, um juízo de dúvida a respeito da origem criminosa da *res*. O agente, porém, mesmo diante de tal circunstância, prefere continuar a sua conduta tendente à produção do resultado e entre o renunciar à conduta e o risco de com ela concretizar o tipo, prefere essa atitude em detrimento daquela. Isso quer dizer que o agente opera com dolo eventual. Para tal autor, a *inovatio legis* teve por escopo permitir a incriminação ainda quando o agente atue com dolo eventual. (Op. Cit., p. 604-605).

³ HUNGRIA, comentando, também, o art. 130, do CP, pondera que “*o agente não tem a consciência de produzir o perigo, mas a simples possibilidade dessa consciência: não sabe achar-se atacado de moléstia venérea, mas devia sabê-lo em face das circunstâncias, e omite, imprudente ou negligentemente, a averiguação, que se impunha, do próprio estado*”. (Comentários ao Código Penal. v. V, p. 362).

doutrinadores da ciência penal, já deixou assente que “é preciso que haja certeza da proveniência criminosa da coisa. Se o agente procede na dúvida, o que se apresenta é a receptação culposa. Esta será reconhecida ainda quando o agente proceda com dolo eventual”.

Damásio (1999, p.613, 614) diz que as expressões “sabe” e “deve saber” são, na verdade, elementos subjetivos do tipo, distintos do dolo e da culpa. E assim explica o conceituado doutrinador:

Dolo é a vontade de concretizar os elementos objetivos do tipo, inserindo-se no plano da volição. Na receptação, corresponde à vontade de adquirir, receber, etc. o objeto material. Algumas vezes, entretanto, para haver crime, o legislador acrescenta no tipo um especial estado anímico do autor: que *saiba* ou *deva saber*, referindo-se ao conhecimento pleno ou parcial da situação de fato (certeza e incerteza). Esses elementos típicos não estão situados no plano da vontade, pertencendo ao intelecto. Nada têm a ver, pois, com o dolo, seja direto ou eventual, ou com a culpa.

Sob o aspecto da exigência de dolo, culpa e elemento subjetivo do tipo, o crime de receptação, antes da Lei n. 9.426, de 24 de dezembro de 1996, de acordo com a nossa posição, era classificado em três formas:

1ª) dolosa, acrescida do elementos subjetivo do tipo ‘sabe’, que a doutrina introduzia no dolo direto (*caput* do art. 180). O receptor sabia que a coisa era produto de crime;

2ª) dolosa, com o elemento subjetivo do tipo ‘deve saber’, que os doutrinadores ligavam ao dolo eventual (ou à culpa). Incluía na receptação culposa (§ 1º da antiga redação do art. 180), de acordo com a jurisprudência prevalente, tendo em vista que inexistia descrição de figura com a elementar ‘deve saber’. O receptor ‘devia saber’ que o objeto material advinha de crime. Agia na dúvida, não tendo certeza de que a coisa tinha origem delituosa;

3ª) culposa (antigo § 1º): o agente adquiria ou recebia a coisa que, diante de certas circunstâncias, ‘devia presumir-se’ (critério normativo), e não ‘devia presumir’, o que conduziria a um critério psicológico, subjetivo, mais condizente com o dolo.

Os três casos eram e são, para nós, bem distintos. No primeiro (‘sabe’), há plena certeza da origem delituosa da coisa. Nessa hipótese, diz a jurisprudência, ‘entende-se não uma vaga noção que oscila entre a suspeita e a certeza, mas, sim, a plena certeza da origem ilícita das coisas receptadas. A suspeita e a dúvida não bastam’ (Silva Franco, Julgados do TACrimSP, 81:541).

No segundo (‘deve saber’), a origem ilícita do objeto material passa pela mente do sujeito, porém subsistem dúvida, incerteza, insegurança. Para nós, o ‘deve saber’ é interpretado em sentido estrito, como convém ao processo de adequação típica, não envolvendo pleno conhecimento e sim probabilidade. Ele *deve saber* quer dizer ‘é provável que ele saiba’, mas não conduz à crença de seu conhecimento, como na elementar ‘sabe’. A consciência de a coisa ser produto de crime sai do plano do dever, obrigação, para revestir-se de característica hipotética: em face

das circunstâncias, ele devia ter pleno conhecimento da proveniência ilícita do objeto material, mas não se sabe com certeza se tinha ou não.

No terceiro, na forma culposa, a ilicitude da proveniência da coisa não passa pela mente do receptor. Ele, entretanto, a adquire, recebe ou oculta sem o devido dever de diligência.

Nesse contexto, em face das inovações na descrição do crime de receptação introduzidas pela Lei n. 9.426/96, entendemos que: 1) o 'sabe' do *caput* indica conhecimento pleno da origem ilícita da coisa; 2) o 'deve saber' (§ 1º) indica incerteza: o receptor não 'sabe', não tem certeza de que o objeto material é produto de crime, agindo na dúvida. Para ele, pouco importa que a coisa tenha ou não origem ilícita. É por isso que a doutrina liga a expressão ao dolo eventual; 3) a cláusula 'coisa que deve presumir-se obtida por meio criminoso' (atual § 3º), contém modalidade culposa. Os três casos, tratando de elementos do tipo (os dois primeiros, subjetivos; o terceiro, normativo), apresentam uma graduação da censurabilidade da conduta (escala normativa), partindo da forma típica mais grave ('sabe'), passando pela intermediária ('deve saber') e descendo à menos reprovável (culpa). Nas duas primeiras hipóteses, quando o legislador reúne em tipo único o 'sabe' e o 'deve saber', o juiz considera, para fixar a pena concreta, ter o sujeito agido com conhecimento pleno ou parcial da situação de fato ou jurídica ('sabendo') ou ('devendo saber') ou com simples culpa.

A posição esposada por Damásio, é criticada por parte da doutrina que diz que o autor está equivocado, no que toca ao real sentido da expressão deve saber. De fato, tal locução indica o saber efetivo, a certeza, o total conhecimento, e não se confunde com outra parecida, dever de saber, esta, sim, indicativa de probabilidade. Concluem sua explanação sobre o tema, afirmando que a expressão *deve saber*, empregada no § 1º, do art. 180, do CP, tanto indica o dolo direto como o eventual.

Mas, não se pode concordar com essa parte da doutrina, até mesmo por sua impropriedade. Não há dúvida, que se o agente sabe da origem ilícita da coisa, age com dolo direto. Agora, se ele devia saber de sua procedência criminosa, evidentemente que não pode ter agido com o mesmo elemento subjetivo, ou seja, o dolo direto. Quando muito, com o eventual (para a maioria da doutrina) ou mesmo com culpa (para alguns).

Admitamos, para finalizar, que o dispositivo enfocado pune a título de *dolo eventual*, o comerciante ou industrial (ainda que clandestino ou que exerça suas atividades em residência), mas com caráter de habitualidade ou de continuidade, já que não se concebe o exercício de tais atividades num ato isolado.

7.2 A proporcionalidade em relação a pena no crime de Receptação Qualificada

Enfrentado o conceito e o alcance da expressão “deve saber” contida no § 1º, do art. 180, questão relevante e decorrente da mesma, é saber qual a pena a ser aplicada ao agente que infringe a norma em comento.

O § 1º, do art. 180, do Código Penal, com redação da Lei nova, descrevendo crime próprio, pune o comerciante ou industrial que comete receptação empregando a expressão “que deve saber ser produto de crime”. Como o *caput* prevê o conhecimento pleno (“coisa que deve saber ser produto de crime”), que a doutrina e a jurisprudência conectam ao dolo direto, e o § 3º descreve a forma culposa, o § 1º só pode tratar de crime doloso com o chamado conhecimento parcial da origem ilícita da coisa (dúvida, insegurança, incerteza) que a doutrina liga ao dolo eventual (ou à culpa). Se o § 1º definisse modalidade culposa, a figura típica nele contida, não teria sentido em face do § 3º, que enuncia o crime culposos.

De acordo com a Lei nova, se o comerciante *devia saber* que a coisa era produto de crime, a pena é de três a oito anos de reclusão (§ 1º). E se sabia, isto é, se tinha pleno conhecimento? O fato não se encontra *especificamente* descrito no *caput* e nem no § 1º.

Damásio (1999, p. 615 – 620), novamente traz ao debate que, a esse respeito, haverá no mínimo seis orientações, às quais tece suas críticas e comentários:

1ª) Se o comerciante ou industrial, presentes as elementares do tipo, *sabia* que o objeto material era produto de crime, responde por receptação dolosa própria (*caput* do art. 180), levando-se em conta que o § 1º só prevê o *devia saber*. Se *sabia*, o fato é atípico diante do § 1º que exige o elemento subjetivo do tipo *deve saber* (princípio da legalidade ou de reserva legal). Se não sabia, embora devendo saber, aplica-se o § 1º.

Comentários: Essa orientação não pode ser aceita. Se o comerciante *sabia*, a pena é de um a quatro anos de reclusão; se *devia saber*, de três a oito anos. O fato menos grave é apenado mais severamente.

2ª) O fato é absolutamente atípico, uma vez que o crime próprio de receptação de comerciante ou industrial se encontra descrito no § 1º, que não prevê o elemento subjetivo do tipo ‘sabe’. Assim, o fato não se enquadra no *caput* e nem no § 1º.

Comentários: Essa posição carece de fundamento. A afirmação de que a conduta, consciente o comerciante ou industrial da origem ilícita do objeto material, é absolutamente atípica, despreza o processo de atipicidade relativa: é atípica em face do § 1º (delito próprio). Porém, a incriminação subsiste diante da redação prevista no *caput* (crime comum). A ausência da elementar desloca a adequação típica para outra figura.

3ª) O fato se ajusta ao § 1º, que abrange o 'sabe' (dolo direto para a doutrina) e o 'deve saber' (dolo indireto eventual): se a lei pune o fato menos grave com o mínimo de três anos de reclusão ('deve saber') não seria crível que o de maior gravidade ('sabe') fosse atípico ou punido com pena menor (um ano de reclusão). O "deve saber" não pode ser entendido como indicativo somente de dolo eventual, de dúvida ou incerteza, significando que a origem criminosa do objeto material ingressou na esfera de consciência do receptor, abrangendo o conhecimento pleno ('sabe') e o parcial (dúvida, desconfiança).

Comentários: Este posicionamento despreza o princípio da tipicidade, uma vez que não distingue o 'sabe' do 'deve saber'. O 'deve saber' para essa orientação, inclui o 'sabe', o que é de todo impropriedade, uma vez que constitui tradição de nossa doutrina, como vimos, ligar o 'deve saber' ao dolo eventual, ou à culpa, categorias psicológico-normativas de censurabilidade menor.

4ª) O tipo do § 1º deve ser totalmente desconsiderado porque ofende o princípio constitucional da proporcionalidade: se aplicado, "sabendo" o comerciante ou industrial que a coisa origina-se de crime (delito mais grave), a pena é de um a quatro anos de reclusão (*caput* do art. 180); 'devendo saber' (infração de menor gravidade), de três a oito anos (§ 1º). De modo que, consciente da origem delitosa do objeto material, responde por receptação dolosa própria (*caput* do art. 180); se *devia saber*, aplica-se a forma culposa (§ 3º), conforma pacífica jurisprudência anterior à lei.

Comentários: Essa orientação somente peca porque desconsidera totalmente o § 1º.

5ª) Concorda com a posição anterior, desconsiderando, contudo, somente o preceito secundário do § 1º do art. 180, permanecendo a definição do crime próprio do comerciante (preceito primário). Se *sabia*, aplica-se o *caput*, se *devia saber*, ajusta-se o fato ao § 1º, com a pena do *caput*, cortando-se o excesso. A diferenciação pessoal e subjetiva é desconsiderada pelo juiz na fixação da pena concreta.

Comentários: Preferimos essa orientação, para nós a menos pior: o preceito secundário do § 1º deve ser desconsiderado, uma vez que ofende os princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização legal da pena. Realmente, nos termos das novas redações, literalmente interpretadas, se o comerciante *devia saber* da proveniência ilícita do objeto material, a pena é de reclusão, de três a oito anos (§ 1º); se *sabia*, só pode subsistir o *caput*, reclusão de um a quatro anos. A imposição de pena maior ao fato de menor gravidade é inconstitucional, desrespeitando os princípios da harmonia e da proporcionalidade.

A CF, no art. 5º, XLII e XLIV, determina que a prática do racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático, constituem crimes inafiançáveis e de pretensão punitiva e executória imprescritível, impondo-se reclusão. São também inafiançáveis e insuscetíveis de

indulgência soberana a tortura, o tráfico ilícito de drogas, o terrorismo e os crimes hediondos (XLIII). No art. 227, § 4º, a Carta Magna impõe o dever de a lei punir severamente o abuso, a violência e a exploração da criança e do adolescente. Arrolando as proibidas (XLVII), apresenta uma relação de penas criminais permitidas, das mais graves às mais leves (LXVI), determinando sua individualização legislativa, judicial e executória (XLVI). E no art. 98, I, prevê a criação dos Juizados Especiais Criminais, permitindo a transação penal nos casos de infrações penais de menor potencial ofensivo. Vigora, pois, como princípio expresso, o da Individualização da Resposta Penal, determinando uma graduação de severidade da pena em face da prática do crime.

Do contexto, extrai-se a regra da Proporcionalidade: para os crimes mais graves, penas e conseqüências severas; para as infrações penais de menor potencial ofensivo, respostas mais brandas. E esse princípio conduz a outro, o da Harmonia Legislativa: na descrição das infrações penais e na cominação das sanções, o legislador deve guardar o sentido da concordância, da conformidade e da igualdade. Concebida como expressão de poder, observa Juarez Tavares (1992, p. 84): “a pena deve guardar uma relação proporcional com o dano produzido pelo delito, devendo o legislador imprimir congruência nas cominações”. Como diz Heleno Cláudio Fragoso (1975, p.17, 18) “o legislador é obrigado a manter a lógica interna do sistema que ele estabelece na cominação das penas”. Devem, pois, ser respeitadas a “harmonia valorativa e a racionalidade, obedecidos parâmetros limitadores que refletem a unidade de sentido da ordem jurídica”. (STUMM, 1995, p. 72)

Considera-se, na individualização legislativa ou legal da pena, princípio expresso na Carta Magna, especialmente o desvalor da ação e não do resultado. O homicídio doloso é apenado mais severamente do que o culposos, não por causa do resultado, que é o mesmo nos dois delitos, mas em face do desvalor da ação: a conduta dolosa é mais censurável do que a culposa. Eleva-se a vontade como elemento norteador da cominação quantitativa das sanções penais. E não só a vontade, como também eventuais elementos subjetivos do tipo. Assim, no delito de rapto (CP, art. 219), é cominada pena maior do que a imposta ao seqüestro (art. 148), em face da presença do elemento subjetivo do tipo “para fim libidinoso”, que não se insere no terreno do dolo. Leva-se em conta a gravidade

objetiva do fato, razão pela qual o estupro é delito hediondo, considerado de extrema gravidade e sujeitando o autor a acentuadas conseqüências, enquanto a importunação ofensiva ao pudor configura simples contravenção, ensejando sanções alternativas e composição penal. E essa censurabilidade do sujeito ativo do crime é considerada não somente na fase da imposição concreta da pena. O legislador, na elaboração da descrição do delito, leva em conta, muitas vezes, a qualidade do autor, como são as hipóteses de causas de aumento de pena e circunstâncias agravantes relacionadas com as funções, profissão, atividade etc. (ex.: ser médico, funcionário público etc.). A elaboração da norma penal incriminadora não pode subtrair-se à obediência aos preceitos constitucionais. Cumpra, pois, à Lei 9.426/96 ter como parâmetro o Princípio da Proporcionalidade entre o fato cometido e a gravidade da resposta penal, pois é nesse momento, o da individualização legislativa da pena (CF, art. 5º, XLVI), que a proporcionalidade apresenta fundamentalmente a sua eficácia.

A legislação penal brasileira tem empregado as elementares "sabe" (ou "sabendo") e "deve saber" (ou "devendo saber") em várias disposições: no Código Penal, nos arts. 130, *caput*; 138; 174; 245; 316, § 1º; 324; 334, § 1º, *c e d*; 339 e 340; na Lei de Imprensa, no art. 20, § 1º; no Código de Defesa do Consumidor, nos arts. 67, 68 e 73; na Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária (art. 1º, IV, da Lei n. 8.137, de 27-12-1990), e assim por diante. Qual é a conduta mais censurável: de quem *sabe* ou de quem *deve saber*? Inegavelmente, de quem sabe, uma vez que tem conhecimento perfeito da situação de fato. Na receptação, tem plena consciência do elemento normativo (produto) "de crime". Já quem deve saber não tem certeza a respeito da situação típica. Tanto que, para alguns, age com culpa. Na receptação, é incerto, duvidoso o seu conhecimento a respeito da origem delituosa do objeto material, ou o adquire, como entende parte da doutrina, com falta de cuidado. Em face disso, quando a norma insere as duas expressões em tipo unitário, como ocorre no art. 130, *caput*, do Código Penal, embora a pena abstrata seja a mesma, compete ao juiz, em face do desvalor da ação, fixá-la concretamente considerando ter o sujeito agido "conhecendo" ("sabendo") a situação de fato ou "devendo conhecê-la" ("devendo saber"). Se, em crimes conexos cometidos em concurso, um réu "sabia" e o outro "devia saber", a pena concreta do primeiro deve ser maior do que a do segundo.

Se a pena, abstrata ou concreta, de quem "sabe" é mais censurável do que a o sujeito que "devia saber", sendo comum no sistema da legislação penal brasileira descrever as duas situações subjetivas no mesmo tipo, não podia a Lei n. 9.426/96, ferindo o Princípio da Proporcionalidade, inserir o "devia saber", de menor censurabilidade, em figura autônoma (§ 1º), com pena de três a oito anos de reclusão, subsistindo o "sabia", de menor reprovabilidade, no *caput*, com pena de um a quatro anos. A proporcionalidade, que indica equilíbrio, foi ferida. Se a lei nova, fugindo do sistema, desvinculou o "deve saber" do "sabe", colocando-os em dois tipos autônomos, a pena abstrata do "deve saber" não podia ser mais grave do que a do "sabe", em obediência ao Princípio da Harmonia na Cominação das Penas, devendo impor em abstrato quantidades diferentes para situações psicológicas diversas, em função da maior ou menor censurabilidade da conduta subjetiva.

A situação mostra-se mais absurda para quem entende que a expressão "deve saber" indica culpa. Estaria o legislador cominando pena de três a oito anos de reclusão no caso de crime culposo e de um a quatro anos na hipótese dolosa.

Dir-se-á que o tipo do § 1º é próprio do comerciante ou industrial: por isso a pena é maior. Sim, desde que a disposição contivesse a cláusula "sabe". Se o fato de menor gravidade subjetiva, em face da redução da censurabilidade da conduta, é apenado mais severamente do que o de maior reprovabilidade, cumpre ao intérprete cortar o excesso ("teoria da proibição do excesso" ou da "redução teleológica"). Como vimos, o sistema criminal, sob o comando dos princípios constitucionais da Legalidade e da Proporcionalidade, impõe harmonia na dosimetria abstrata e concreta da pena. E, como diz Raquel Denize Stumm (1995, p. 71) "uma lei infraconstitucional que contradiga um princípio constitucional é inválida", cabendo ao exegeta e ao aplicador da lei, na lição de Silva Franco (1994, p. 274) "tanto quanto e precedentemente ao legislador, obviar o absurdo, afastar o paradoxo".

O juiz, ensina Raúl Cervini (1995, p. 114), "deve prescindir da pena ou impô-la abaixo do limite legal quando ela se mostra manifestamente excessiva". Cabe-lhe – prossegue – "aplicar pena inferior à estabelecida para determinado delito, se do contexto geral do corpo normativo, resultar o entendimento

inequívoco de que a mesma conduta é castigada em outro lugar com uma penalidade menor”.

Após as considerações acima e, em face das incongruências legislativas, afrontosas de vários princípios constitucionais, o citado doutrinador sugere o seguinte:

O preceito secundário do § 1º do art. 180, seja desconsiderado, permanecendo, entretanto, a figura do crime próprio (preceito primário) de modo que: 1º) se o comerciante sabia da origem criminosa do objeto material, aplica-se o *caput* do art. 180 (preceitos primário e secundário); 2º) se devia saber, o fato se enquadra no § 1º (preceito primário), com a pena do *caput* (preceito secundário). Não nos socorremos da forma culposa, uma vez que o ‘deve saber’ está descrito e contém conduta subjetiva mais grave do que a simples inobservância do cuidado objetivo necessário. Corta-se o excesso (de três a oito anos de reclusão). Reduzida a pena à cominação mais grave subsistente (de um a quatro anos de reclusão). A pena abstrata é a mesma nos dois casos. Na individualização concreta, entretanto, o juiz deve considerar a diferença subjetiva, como faz nas hipóteses dos artigos 130, 174, 334 etc., do Código Penal, e a qualificação especial do sujeito ativo (comerciante ou industrial). Aguarda-se que o legislador, para compor a harmonia típica, altere a redação do § 1º, inserindo a cláusula ‘que sabe ou deve saber’.

Enquanto isso não ocorre, cumpre-nos a missão a que se refere Raquel Stumm (1995, p. 71) “o intérprete exerce a função de esclarecedor do conteúdo da lei em conformidade com a Constituição”.

A posição de Damásio (2000), que já foi referendada por alguns julgados, sofre críticas de diversos autores, para os quais o legislador tanto quis punir o comerciante ou industrial que “devia saber” que a coisa era de procedência criminosa, como aquele que “sabia” dessa qualidade do objeto material. Nesse sentido, Luiz Regis Prado (1999, p. 604, 605) após tentar por um ponto final na discussão sobre o alcance da expressão “deve saber”, afirmando que “*a inovatio legis teve por escopo permitir a incriminação ainda quando o agente atue com dolo eventual*”, preleciona :

Discute-se, também, se na hipótese de o agente atuar com dolo direto deve responder pela norma em estudo, já que o legislador utilizou-se tão-somente da expressão *deve saber*. A péssima redação da norma, aliada à interpretação literal, leva, de fato, ao entendimento preconizado por alguns de que a norma incriminadora não abrange a conduta de quem age com dolo direto. No entanto, a intenção do legislador foi de que não apenas o dolo direto como também o dolo eventual, implicarão no reconhecimento do crime de receptação. No caso, o legislador disse

menos do que queria expressar e deve-se buscar o espírito normativo, ampliando-se o alcance da expressão utilizada no tipo, aplicando-se, por conseguinte, a interpretação extensiva.

Cássio Juvenal Faria (1997, p. 43, 44) comentando expressamente o posicionamento e as sugestões de Damásio, assim pondera:

... o § 1º, nada obstante a aparente omissão e, mesmo assim, sem qualquer ofensa ao princípio da tipicidade, abrange não apenas o 'deve saber' (dolo eventual), mas, também, e com mais razão, o 'sabe' (dolo direto).

Isto porque o nosso sistema penal não repele, mas, ao contrário, admite, desde observados certos princípios, a chamada **interpretação extensiva** da norma penal incriminadora. Ela será possível, sem afronta ao princípio da tipicidade, quando, sucessivamente:

a) – em um primeiro passo, o princípio da razoabilidade, contrapondo-se à omissão apenas aparente, autorizar a asserção de que, no caso, **lex minus dixit quam voluit**, ou seja, 'texto legal não expressa a sua vontade em toda a extensão desejada', devendo o intérprete ampliar o alcance das palavras da lei 'para que a letra corresponda à vontade do texto' (Damásio, Direito Penal, 1º vol., 8ª ed., Saraiva, pág. 36);

b) – em segundo passo, esta asserção puder ser demonstrada por uma argumentação indutiva **a fortiori** (com maior razão).

Se o comerciante, apenas 'devendo saber' da origem criminosa do objeto material (agindo assim com dolo eventual), faz a sua aquisição, responde pela forma qualificada. E se ele sabe dessa origem, agindo com dolo direto? Ora, se o dolo direto é mais grave do que o eventual, na escala normativa de graduação da censurabilidade da conduta, o comerciante, que adquire o objeto material sabendo de sua origem criminosa, só pode responder, até com mais razão **a fortiori**, pela forma qualificada, impondo-se-lhe, sem qualquer afronta ao princípio da tipicidade, a pena mínima de três anos de reclusão.

Para finalizar, resta lembrar que a esta conclusão, ligada ao problema da tipicidade, não se pode contrapor o princípio **in dubio pro reo**, porque este, como instituto Processual, só tem aplicação 'no campo da apreciação das provas de um crime atribuído a alguém' (FREDERICO MARQUES), e não em matéria de interpretação da lei penal.

Bem por isso que GRISPIGNI, também citado por DAMÁSIO, em edição anterior, conclui que 'entre os vários significados da lei não se deve escolher o mais favorável ao réu, mas sim buscar a vontade do texto, que pode coincidir' (como no caso do § 1º do art. 180 do Código Penal), "com o significado mais rigoroso" (Op. Cit., pág. 37).

Também tecendo comentários, Luís Dias Fernandes *apud* Damásio, pondera:

... o § 1º é independente do *caput* do artigo em questão: o primeiro aplica-se ao agente que pratica o crime no exercício da atividade

comercial ou industrial, pouco importando se efetivamente saiba (dolo direto) ou assuma o risco (dolo eventual) de a coisa ser produto de crime; o *caput* tem aplicação ao sujeito que pratica o crime fora da atividade empresarial, exigindo-se que efetivamente saiba que a *res* é produto de crime.

Para boa parte da doutrina, a questão deve ser resolvida aplicando os princípios atinentes ao concurso aparente de normas penais. Observa-se que o tipo do § 1º contém todos os elementos descritivos expressos no *caput*, 1ª parte, do Código Penal e mais um, o exercício da atividade comercial ou industrial pelo agente. Ora, disso se conclui que aquele tipo é especial em relação a este, aplicando-se à hipótese, de conseguinte, o Princípio da Especialidade, pelo qual *lex specialis derogat legi generali*.

A esse respeito, Fernando de Almeida Pedroso (1996, p. 610), escreve:

Há relação de especialidade entre tipos legais delitivos sempre que um deles, comparado com outro, contiver os mesmos elementos descritivos e circunstanciais essenciais, com a adição, porém, de outros caracteres, chamados elementos especializantes.

Assim, sob o pálio do Princípio da Especialidade, sempre que o agente adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar coisa que deve saber ser produto de crime, estando no exercício da atividade comercial ou industrial, seu comportamento incidirá no § 1º e não no *caput* do dispositivo em epígrafe que terá aplicação somente quando o sujeito praticar aquelas fora da atividade mercantil.

O que será decisivo, portanto, na exegese da norma referida, é a qualidade de comerciante ou industrial do agente. Esta foi justamente a circunstância que levou o legislador a majorar sensivelmente a pena na hipótese do § 1º, tratando com mais rigor os indivíduos que se organizam solidamente para a prática das condutas epigrafadas no dispositivo, valendo-se das facilidades do exercício da mercancia, do que aquele que eventualmente adquire *res* originariamente de crime, consoante, também entendeu o Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Não se pode perder de vista que no Estado de Direito Democrático, as leis que restringem direitos fundamentais, ainda que por autorização contida na

própria Lei Maior, devem atender ao princípio da proporcionalidade ou da justa medida. Canotilho (2000) expõe o pensamento de que uma lei restritiva, mesmo sendo adequada e necessária, poderá ser inconstitucional. Isto ocorrerá, quando adotadas cargas coativas de direitos, liberdades e garantias desmedidas, desajustadas, excessivas ou desproporcionadas em relação aos resultados obtidos.

O Princípio da Proporcionalidade, reconhecido expressa ou implicitamente nos modernos sistemas constitucionais, constitui, entre nós, decorrência de várias cláusulas pelas quais a Constituição confere especial proteção aos direitos fundamentais (v.g., o art. 60, § 4º, IV, da CF) e complementa o Princípio da Reserva Legal (art. 5º, II), convertendo-se no Princípio da Reserva Legal Proporcional.

Suzana de Toledo Barros (2000, p. 94), com singular maestria, leciona que:

não ficou ao livre critério do legislador ordinário estabelecer as restrições que entende cabíveis, quando autorizado a impor limites aos direitos fundamentais. Se assim fosse, as garantias formuladas em defesa desses direitos seriam todas ilusórias e despidas de qualquer sentido.

Não se desconhecem as razões que levaram o legislador a alterar o artigo 180, do Código Penal, delineadas, aliás, na exposição de motivos do anteprojeto encaminhado ao Legislativo pelo Ministério da Justiça; porém, não se pode perder de vista que o legislador não pode editar normas ao arrepio de princípios fundamentais, caminhando na contramão da história, majorando penas e criando tipos penais que mais servem a grupos econômicos (tais como as grandes montadoras⁴), do que à própria sociedade.

Pelo que se conseguiu expor no presente trabalho, bem se vê que o legislador brasileiro é pródigo em editar leis confusas, lesionadoras de princípios fundamentais, cabendo aos seus intérpretes e aplicadores, a difícil missão de

⁴ A ilação se justifica, porque a mesma Lei n. 9.426/96, alterou dispositivos do Código Penal, notadamente para majorar penas e criar tipos penais todos relacionados a veículos automotores (vide arts. 155, § 5º; 157, § 2º, IV; 180, §§ 1º e 2º e 311), punindo severamente o agente que após a subtração transporte o veículo para outro Estado ou para o exterior ou aquele que adultere ou remarque chassi do veículo, dificultando sua recuperação (mais pelas seguradoras que pelas vítimas).

decifrar a “vontade” do legislador, dando interpretação extensiva, apenas para encobrir os absurdos legais.

8 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O CRIME DE TRÂNSITO

8.1 Conflito Aparente de Normas Penais nos Delitos de Trânsito

A necessidade de um novo Código de Trânsito era inquestionável, uma vez que o anterior (Lei nº 5.108/66) envelheceu rapidamente.

Diferenciou-se do anterior, pois criou um sistema punitivo especial, conhecido por repressões específicas às infrações penais de trânsito. Pode-se citar a título de exemplo a suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor, agora eleito como categoria de pena principal, aplicável de forma isolada ou cumulativa e com prazo de duração de dois meses a cinco anos (arts. 292 e 293).

Mas muitas críticas foram feitas em relação ao novo Código de Trânsito, muitas delas com verdadeiras razões de ser.

Primeiramente será abordado o conflito aparente de normas penais existente entre o Código de Trânsito e o Código Penal.

Ocorre o conflito aparente de normas penais, quando o mesmo fato se amolda a duas ou mais normas incriminadoras. A mesma conduta parece se encaixar em diversas normas penais, ou melhor, há uma unidade de fato e uma pluralidade de normas que, descreve aquela conduta como criminosa.

Deve-se observar que não há conflito de normas se houver um conflito de leis no tempo, que se resolve pelo Princípio da Continuidade, ou seja, a lei posterior revoga a anterior, obedecendo em Direito Penal, o Princípio da Extra-Atividade da lei benéfica.

No conflito aparente de normas, a questão é apenas de subsunção do fato ao tipo, sendo as normas contemporâneas. Diz-se que o conflito é aparente, porque este pode ser resolvido através de certos princípios (Princípio da Especialidade, Subsidiariedade, e da Consunção), que permitem estabelecer entre as normas uma relação de hierarquia, e conseqüentemente a prevalência de uma sobre a outra.

O conflito aparente de normas incriminadoras poderá ocorrer dentro do Código de Trânsito, e entre esse e o Código Penal.

A primeira hipótese, que é entre normas incriminadoras dentro do próprio Código de Trânsito, o problema pode ser resolvido de forma genérica, através da aplicação do Princípio da Consunção, pois sempre haverá relação conjuntiva entre o crime de dano (arts. 302 e 303) e os crimes de perigo (arts. 304, 306, 308 309 e 311), os quais, diante da ocorrência de dano efetivo à vida ou à incolumidade de uma pessoa, ou de pessoas determinadas, serão absorvidos por aqueles, perdendo, no caso concreto, a sua autonomia típica, mas podendo ensejar, eventualmente, uma causa específica de aumento de pena. Como exemplo disso, pode ser citado o fato do agente causador de morte culposa na direção de veículo automotor não possuir permissão para dirigir ou carteira de habilitação (inciso III, do art. 302).

A segunda hipótese questionada é o conflito entre normas incriminadoras previstas no Código de Trânsito e no Código Penal (arts. 302 e 303 do CTB - 121, §3º, e 129, §6º, do CP; art. 312 do CTB – art. 347 do CP).

O Princípio da Especialidade deve ser aplicado para resolver tais questões. Através da comparação das definições abstratas contidas nas normas em aparente conflito, poderão ser identificados os elementos especializantes, e conseqüentemente, a prevalência da norma especial de trânsito, sobre a norma geral, do Código Penal.

Cássio Juvenal Faria (1998, p. 10) faz algumas considerações sobre os elementos especializantes dos crimes de homicídio culposo e lesão corporais culposa. Explica que, se o agente na direção de veículo automotor matar alguém culposamente, a sua ação se amolda a dois tipos incriminadores: art. 121, §3º, do CP e art. 302, do CTB. Igualmente, se o agente, na direção de veículo automotor, culposamente ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem, a sua conduta se submete em dois tipos: art. 129, §6º, do CP e art. 303, do CTB. Tal empasse pode ser solucionado pelo Princípio da Especialidade, prevalecendo a norma constante do CTB, que é a mais gravosa, uma vez que na hipótese de homicídio culposo, a pena é de dois a quatro anos, sendo que no Código Penal a pena para o mesmo delito é de um a três de detenção. Isto ocorre, devido a

identificação, na comparação das definições abstratas, de um elemento especializante, que é o agente estar na direção de veículo automotor.

Continua explicando o autor supra citado, que duas questões decorrem da identificação do elemento especializante ora comentado, que configura, tecnicamente um elemento modal.

A primeira: o que é veículo automotor?

O artigo 4º do CTB explicita que: “os conceitos e definições estabelecidos para os efeitos deste Código são constantes do Anexo I”.

Nesse Anexo I se encontra a definição de veículo automotor, que integra as normas incriminadoras:

Todo veículo a motor de propulsão que circule por seus próprios meios, e que serve normalmente para o transporte viário de pessoas e coisas, ou para a tração viária de veículos utilizados para o transporte de pessoas e coisas. O termo compreende os veículos conectados a uma linha elétrica e que não circulam sobre trilhos (ônibus elétrico).

Portanto, são veículos automotores o automóvel, o caminhão, a caminhonete, ônibus ou microônibus, ônibus elétrico, motocicleta, etc.

Trator, conforme o CTB atual, é: “veículo automotor construído para realizar trabalho agrícola, de construção e pavimentação e tracionar outros veículos e equipamentos”.

Assim, se uma pessoa dirigindo um trator de rodas, destinado para uso agrícola, vier a matar alguém culposamente, o crime terá sido cometido na direção de veículo automotor, e por consequência, responderá conforme a norma especial do CTB.

A Segunda questão será: O delito culposo praticado na direção de veículo automotor, precisa ter ocorrido no trânsito, em via terrestre aberta à circulação, enfim, em via pública para ser regido pelo CTB?

Esta questão pode ser subdividida em várias outras, que envolva crime culposo praticado por condutor de veículo nos mais variados locais, como por exemplo: no pátio interno de uma indústria, em estrada (via rural não pavimentada), em rua de condomínio fechado, etc.

Em relação às hipóteses citadas, há mais de um posicionamento, parecendo mais correto aquele que diz haverá a incidência da norma especial, ainda que o delito culposo não seja praticado em via pública.

8.2 Homicídio Culposo no Código de Trânsito

O legislador ao criar o tipo especial de homicídio culposo (art. 302, do CTB), cometeu um equívoco grave e desnecessário. Grave, por ter cindido o homicídio negligente em duas figuras típicas distintas, retirando uma delas do seu instituto natural, que é o Código Penal. Por se tratar de um crime que sempre existiu, e que é universalmente punitivo, sua sede normativa, sem sombra de dúvidas, deve ser a do capítulo dos crimes contra a vida da lei repressiva unificada. Contraria os princípios mais elementares da técnica jurídica, tratar o crime de homicídio fora do Código Penal.

O legislador também não foi feliz, na redação do novo tipo, ao descrever que: “praticar homicídio culposo...”. Conforme a boa técnica jurídica, não se utiliza o *nomen iuris* da conduta que se pretende incriminar. Apesar do aplicador da lei conhecer o sentido semântico e jurídico-penal de homicídio culposo, não é suficiente, porque a lei destina-se a todos os cidadãos e o Princípio da Legalidade exige a descrição clara, objetiva e precisa do tipo penal, o que não ocorre no caso em tela.

Com a nova norma incriminadora, criou-se uma situação estranha, pois continuamos com o homicídio culposo, correspondente a qualquer conduta causadora da morte de uma pessoa por imprudência, negligência e imperícia, e com o homicídio culposo de trânsito, sempre que praticado na direção de um veículo automotor. A primeira figura está no artigo 121, § 3º, do CP, que com a criação do novo tipo penal no CTB, passou a ter a denominação de homicídio culposo simples. A segunda figura, por sua vez, é denominada homicídio culposo de trânsito, qualificada pela circunstância de ser praticado no volante de um veículo automotor.

A partir da entrada em vigor do CTB, passamos a conviver com uma conduta delituosa sob dupla face, uma vez que é constituída do mesmo tipo

objetivo, possui o mesmo objeto jurídico e material, mas que tem previsão expressa em dois institutos distintos. Uma face se encontra no Código Penal, sob a denominação de homicídio culposo comum, que se mantém como tipo de execução aberta, ou seja, infração que pode ser realizada por qualquer forma. A outra, é a do homicídio culposo no trânsito, que tem uma carga punitiva mais grave. É considerada uma infração de forma fechada, pois só haverá essa infração se for praticada na direção de veículo automotor. Por tal razão foi falado acima, que o legislador cometeu um erro grave e desnecessário, isto porque o sistema passou a operar com duas medidas punitivas diferentes para um mesmo tipo de conduta culposa.

O que fica difícil entender é a dicotomia criada pelo Código de Trânsito, pois agora o sistema brasileiro opera com dois pesos e duas medidas para punir o mesmo tipo de infração.

Para o Direito Penal atual, se alguém causar a morte involuntária de uma pessoa, mediante grave imperícia, negligência ou imprudência, como por exemplo, se omitir no devido cuidado na manutenção de uma cerca elétrica instalada para cercar um sítio, o crime será necessariamente de homicídio culposo simples. Por mais intensa que tenha sido a culpa, seja qual for a circunstância desfavorável que torne o crime mais grave e reprovável, a pena mínima será de um ano, e a máxima de três anos de detenção.

Porém, basta uma leve distração ao volante causadora de um homicídio, para que seja punido com uma pena mínima de dois anos e máxima de quatro anos de detenção. Há, como se nota, uma desproporcionalidade injustificada e desnecessária entre o crime culposo previsto no Código Penal, e o previsto no Código de Trânsito.

Estamos diante de uma impropriedade jurídico-penal, que fere o Princípio da Proporcionalidade, porque não é sensato partir da presunção jurídica de que o homicídio culposo de trânsito é necessariamente mais grave do que qualquer outro que não tenha sido praticado na direção de um veículo automotor. O aumento da carga punitiva apenas para o homicídio culposo de trânsito criou uma grande desproporção no sistema. Inúmeros casos concretos, a penalidade mais severa não estará sendo aplicada aos autores da infração mais grave.

Na realidade, ao descrever o crime de homicídio culposo de trânsito e fixar-lhe pena mais severa, o legislador criou uma figura do homicídio culposo qualificado, que se caracteriza pela circunstância objetiva de ser causado na direção de veículo automotor, circunstância esta que transforma uma qualificadora específica do tipo penal em exame.

Verdadeiramente, tal infração continua sendo um tipo aberto, assim com o as demais infrações culposas, porém, integrada por um elemento normativo, que é o conceito de veículo automotor.

Todo homicídio praticado culposamente na direção de um caminhão, ônibus, trator, motocicleta, enfim veículo que se encaixe no conceito de veículo automotor, será um homicídio culposo qualificado e o seu autor estará sujeito as infrações mais graves, previstas no art. 302, do CTB.

Mas, por mais graves que sejam as infrações praticadas através de condutas culposas na direção de aviões, navios, bicicletas, serão considerados homicídio culposo simples, previstos no Código Penal.

O crime de homicídio previsto no CTB, não se limitou a aumentar a quantidade mínima e máxima da pena detentiva. Cumulou junto dessa, pena de suspensão ou proibição de obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, com duração de cinco meses a cinco anos.

Não há dúvidas que a partir da entrada em vigor do CTB, o causador de homicídio doloso no trânsito será duplamente punido. Receberá uma pena, privativa de liberdade (detenção), e outra restritiva de direitos (que será a suspensão ou proibição de obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor).

Rui Stoco comentando o CTB (1997, p.9) faz menção a desproporção no que concerne a lesão corporal. Tanto recebe a pena mínima de seis meses aquele que praticou lesão corporal culposa de natureza gravíssima, quanto aquele que omitiu socorro ou simplesmente afastou-se do local do acidente para fugir a responsabilidade.

Entende o referido autor, e com razão, que se equipara condutas dolosas de maior potencial ofensivo, com outras, de pequeno ou nenhum poder ofensivo ou lesante, como, de um lado, a conduta de veículo automotor sob efeito de álcool

ou outra substância e a participação, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística. A jurisprudência de nossos Tribunais Superiores já havia classificado como conduta dolosa e, a violação da suspensão ou proibição temporária para dirigir e não entrega, no prazo estabelecido, da carteira de habilitação, para essa últimas condutas.

O Código de Trânsito Brasileiro previa o perdão judicial, podendo o julgador até deixar de aplicar a pena, nas hipóteses de homicídio culposo e lesão corporal culposa, se as conseqüências da infração atingissem, exclusivamente, o cônjuge, companheiro, ascendente, descendente, irmão ou afim em linha reta. Porém tal dispositivo foi vetado.

Ocorre que no parágrafo 5º do artigo 121 do Código Penal contém disposição semelhante, com o mesmo objetivo, surgindo assim a indagação se esse dispositivo do Código Penal aplica-se ao homicídio culposo ou a lesão corporal culposa decorrente de acidente de trânsito. Infelizmente a resposta é negativa.

Estamos diante de uma injusta ou desajuste legal, na medida que o ordenamento jurídico passa a estabelecer critérios diversos para situações idênticas.

8.3 Inconstitucionalidade dos artigos 302 e 303 do Código de trânsito Brasileiro

O artigo 302 do CTB prevê o crime de homicídio culposo praticado na direção de veículo automotor cuja pena em abstrato é de dois a quatro anos de detenção.

O mesmo tipo penal, previsto também no Código Penal, artigo 121, parágrafo 3º, tem pena de um a três anos de detenção.

O aumento de pena no primeiro é de um terço à metade, enquanto que no segundo é de apenas de um terço. Verifica-se assim a exacerbação da pena no homicídio culposo praticado na direção de veículo automotor, em relação ao mesmo delito praticado em outras circunstâncias.

Isso nos parece inconstitucional, pois o que impede considerar é a maior ou menor gravidade na conduta erigida à condição de crime e não nas circunstâncias em que este foi praticado ou os meios utilizados.

A existência de causas especiais de aumento ou diminuição de pena, circunstâncias atenuantes ou qualificadoras, de natureza objetiva ou subjetiva, está prevista na legislação penal justamente para buscar a correta individualização da pena que melhor se coaduna ao réu.

Nada justifica que para a mesma figura penal a pena-base seja diversa. Tal ofende o Princípio constitucional da Isonomia e, principalmente da Proporcionalidade, uma vez que, trata-se o mesmo comportamento com pesos e medidas diferentes.

Há de se ressaltar ainda que o CTB fez algo fenomenal ao prever o tipo penal culposos de lesão corporal, e se silenciar no que diz respeito à modalidade dolosa. Devido a essa omissão legislativa tem-se o seguinte entendimento: Se o agente, por exemplo, dirigindo o seu veículo vier a atropelar alguém, e ficar constatado que aquele agiu por imprudência ou negligência, responderá por um crime apenado de seis meses a dois anos de reclusão. Se o mesmo infrator, entretanto, agir dolosamente a pena será aquela prevista no artigo 129, *caput*, do Código Penal, que é de três meses a um ano de detenção. Conclui-se que a desproporção entre os dois institutos é tão grande que aquele que pretende praticar as lesões sofrerá uma pena menor do que aquele que não sequer previu o resultado. Portanto se você atropelar uma pessoa sem querer, é melhor dizer que foi querendo, pois se sua penalidade será menor.

Tal entendimento, entretanto, não poderá prevalecer frente aos dispositivos constitucionais do Princípio da Legalidade, da Dignidade Humana, da Proporcionalidade e da Igualdade. Há violação da Constituição Federal, que é lei maior no ordenamento brasileiro. Além disto existe a incompatibilidade com as discriminantes putativas, instituto jurídico do Código Penal.

Por maior que seja a liberdade do legislador em criar leis, é vedada a criação de penas desproporcionais, isto porque são penas desumanas, injustas, eis que evidenciam um efetivo desvalor de condutas. Assim sendo, como podemos aceitar que a pessoa que age de forma negligente ou imprudente

apresenta uma conduta mais reprovável do que aquele que atua dolosamente? Não se pode aceitar que a idéia de desvalor do resultado lesão corporal culposa seja muito maior (pelo simples fato de o agente estar dirigindo um veículo), do que aquele que, por exemplo, fazendo uso de porrete, pratica lesões corporais dolosas.

Tal discriminação, salvo melhor juízo é inaceitável. Não pode o legislador diferenciar com tamanha severidade, a falta de dever de cuidado do sujeito que dirige um automóvel em relação àquele que deixa a arma ao alcance de um menor. O crime culposos possui em seu tipo, a falta de dever de cuidado objetivo, dever este exigido pelo ordenamento jurídico, que é, em suma, a razão de punir das condutas. O fato de a conduta ser praticada ou não no trânsito, pode ou não acarretar uma variação de reprovabilidade na ausência do dever de cuidado. O pai, por exemplo, que deixa a arma ao alcance de seu filho, pode ser tão negligente (ou mais, ou menos) quanto a de um motorista.

Neste sentido, podemos concluir, que o artigo 303 do Código de Trânsito Brasileiro é inconstitucional porque: fere o Princípio da Dignidade Humana (CF, art. 1º, III), eis que a pena culposa é maior que a do crime doloso; pela mesma razão, fere o Princípio da Legalidade (CF, art. 5º, XXXIX), eis que trata desproporcionalmente condutas humanas. Fere o Princípio da Legalidade quando não respeita a proporcionalidade entre a pena em abstrato e a culpabilidade. Fere o princípio da igualdade (CF, art. 5º, *caput*), eis que cria discriminações sem nenhum fundamento sério, lógico ou jurídico.

8.4 Em faces das circunstâncias atenuantes, pode o juiz fixar a pena aquém do mínimo legal abstrato?

Depois de fazer comentário ao crime de trânsito, mister se faz tecer algumas linhas sobre o tema acima.

Há discussão em relação ao fato de poder o juiz, em face das circunstâncias atenuantes genéricas, fixar a pena aquém do mínimo legal abstrato. Sobre o assunto há duas posições doutrinárias.

O primeiro posicionamento é no sentido de que quando fixada no grau mais baixo na primeira fase, as circunstâncias atenuantes não podem trazer a pena aquém do mínimo abstrato previsto.

A posição contrária, diz que a atenuante pode baixar a pena aquém do mínimo legal. Para eles, na sistemática da reforma penal de 1984, se afastada a incidência da atenuante, não estaria sendo atendido o princípio da sua aplicação obrigatória, que está no artigo 65, *caput*, do Código Penal. Dizem ainda que como o artigo 68, *caput*, do mesmo estatuto explicita que “pena base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59”, e este contém o rol das circunstâncias judiciais e determina sua fixação dentro dos limites previstos, as atenuantes levadas em conta na segunda fase, não se submetem a essa restrição. Afirmam que isso não ocorreria antes da reforma do Código Penal de 1940, uma vez que as circunstâncias atenuantes eram levadas em consideração na fixação da pena-base. Explicam que hoje a pena-base decorre da apreciação das circunstâncias judiciais, artigo 68, *caput*, 1ª parte. A diminuição da pena em face das atenuantes não está limitada pela fronteira mínima abstrata, haja vista que deve ser estabelecida dentro dos parâmetros de quantidade legal, e o artigo 59, II, do Código Penal refere-se somente a ela.

O ilustre professor Damásio (1998, p. 03) não concorda com esse segundo posicionamento, e explica que:

Não é correta a afirmação de que antes da reforma penal de 1984 as circunstâncias atenuantes genéricas eram consideradas na fixação da pena-base. Na verdade, como historia **Paulo José da Costa Júnior**, ‘a lei era omissa, permitindo duas interpretações’ (pó. e loc. cit.). Para **Nelson Hungria**, apoiado pelo STF, ‘as circunstâncias atenuantes deviam ser levadas em conta na segunda fase, após a fixação da pena-base (critério bifásico). Na prática, os juízes nunca seguiram nenhuma das orientações, não obstante a insistência do STF em anular sentenças condenatórias sem fundamentação na dosagem da pena. Não há, pois, histórico para se afirmar que, ao contrário do que antes ocorria, com o advento da reforma penal de 1984 as atenuantes podem abaixar a pena aquém do mínimo abstrato em face do disposto no art. 59, II, do estatuto criminal.

Prossegue, explicando que:

As atenuantes não se confundem com as causas de diminuição da pena. As chamadas circunstâncias atenuantes genéricas, salvo a concernente

à idade, que produz efeito além do terreno da cominação penal, atuam exclusivamente no campo da individualização judiciária 'concreta' da pena. Não refletem na cominação abstrata. Assim, v.g., não influem no prazo prescricional da pretensão punitiva (salvo a menoridade e a idade senil), na pena a ser considerada para efeito de enquadramento do fato na competência dos Juizados Especiais Criminais, na suspensão condicional do processo, na concessão da fiança etc. Em face delas, no terreno da aplicação concreta da sanção, já dizia **Pedro Vergara** que '*o juiz é livre de deduzir a pena*', tendo '*liberdade de fazer variá-la*'... Realmente, diante de uma atenuante, o CP não determina o *quantum* da redução. '*A lei não fixa*', afirmava **Heleno Cláudio Fragoso** '*o quantum dessa diminuição, que é por completo, ao poder discricionário do juiz*' (op. E loc. cit.). Já as causas de diminuição não funcionam só na fase de fixação 'concreta' da pena, atuando também na cominação 'abstrata', tendo influência na consideração da suspensão condicional do processo, da prescrição da pretensão punitiva, da transação penal, etc... Quando se trata de aplicar uma causa de diminuição de pena observa **Pedro Vergara**, o '*arbitrio do Juiz é coartado pelo critério da fixidez*', uma vez que '*terá que cingir-se, obrigatoriamente, á quantidade fixa ou aos limites extremos da quantidade de diminuição que a norma autoriza*'. Daí porque – concluía – '*as atenuantes comuns só permitem que o juiz reduza a pena até o mínimo; ao contrário, - na aplicação das causas de diminuição, - a pena pode exceder esse limite extremo*' (op. Cit., ps. 41 e 42). Realmente, as causas de diminuição, ... afetam o quantum abstrato da cominação... Por isso, podem elevar ou diminuir a pena além ou aquém do limite legal. Já as atenuantes, não atuam na cominação abstrata, não podem extrapolar os limites legais, sob risco de inconstitucionalidade, uma vez que os princípios da individualização e da pena determinada, nos termos da Constituição Federal (art.5º, XXXIX e XLVI), encontram limitação na legislação ordinária... Efetivamente, nos termos do art. 53 do CP, '*as penas privativas de liberdade têm seus limites estabelecidos na sanção correspondente a cada tipo legal de crime*'. ... a cominação abstrata inferior do preceito secundário da norma penal incriminadora reflete '*a reprovação estabelecida no tipo legal*' ... de modo que, na ausência de causa de redução, não pode ser ultrapassado o patamar estabelecido. Estar-se-ia ferindo também o princípio da legalidade das penas (CF, art. 5º, XXXIX).

Poder-se-ia, diante do art. 59, II, do CP, extrair o princípio de que o Juiz, tratando-se de circunstâncias atenuantes, não está adstrito aos limites legais, podendo reduzir a pena aquém do mínimo legal, tendo em vista que o estatuto criminal não prevê a quantidade da redução?

Cremos que não.

A permitir-se que as circunstâncias atenuantes reduzam a pena a limites inferiores ao mínimo legal, de admitir-se também, por coerência, que as agravantes a elevem a acima do limite máximo abstrato, o que consistiria '*golpe mortal*' ao princípio da legalidade das penas (**Alberto Silva Franco et al.**, op. E loc. cit.). Com efeito, a entender-se que o juiz, diante de atenuantes, não estaria adstrito aos limites legais, o mesmo sucederia em face de circunstâncias agravantes. E, como em relação a estas o código não fixa a quantidade da exacerbação da pena, estaríamos a ela conferindo valor maior do que o emprestado às causas de aumento, que têm limites. Em face disso, diante de agravantes, o juiz, *ad absurdum*, poderia elevar abusivamente a pena além do *quantum* máximo abstrato.

E por fim exemplifica o ilustre autor:

Suponha-se um crime de estupro, em que a pena varia de seis a dez anos de reclusão (CP, art. 213), com inúmeras circunstâncias agravantes genéricas. Imagine que o autor seja casado, incidindo uma causa de aumento de um quarto da pena (CP, art. 226, III). A admitir-se a tese em debate, quanto à causa de aumento da pena o juiz estaria cingindo a um quarto; no tocante às agravantes, não teria limite. Poderia impor, ainda *ad absurdum*, qualquer pena acima do máximo abstrato, superior à resultante do aumento de um quarto (doze anos e seis meses). O argumento também se aplica as causa de diminuição. Em face delas, como para a tese contestada não há limites legais, o julgador poderia aproximar-se da 'pena zero'. A adoção desse posicionamento, adverte **Paulo José da Costa Júnior**, *'equivalaria a trocar a certeza do Direito pelo arbítrio judicial'* (op. cit., p. 352).

Heloisa Estellita Salomão (1998, p. 10) sobre o assunto em análise, explicita que há dois posicionamento. Diz que o entendimento majoritário, caminha no sentido de que as circunstâncias atenuantes e agravantes estariam restritas aos limites máximo e mínimo das penas cominadas nos tipos legais do crime, ocorrendo ao contrário das causas de aumento e diminuição, às quais os limites não se imporiam. Um dos fundamentos dessa corrente é de que as causas de aumento e diminuição envolvem questões de maior relevância fático-jurídico; outro, é o combate ao arbítrio do julgador já que as circunstâncias atenuantes e agravantes não possuem limites estabelecidos em lei para incidência sobre a pena-base.

Um outro entendimento, explica, é o oposto ao já citado. Admitem que as circunstâncias atenuantes e agravantes não encontraram obstáculo no limite mínimo cominado pelo legislador. O Principal Fundamento dessa, é a consagração constitucional do princípio da individualização das penas (art. 5º, XLVI, CF).

Cita a autora como exemplo:

A 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp. nº 83/104/PE, voltou a admitir a redução da pena abaixo do mínimo cominado em virtude de circunstâncias atenuantes.

Em seu voto, o i. relator, min. **Vicente Leal**, afastando a pleiteada compensação entre a causa de aumento e circunstância atenuante, deixou assentado que, *'todavia, no somatório final, após o percurso das três fases, é possível que o acréscimo decorrente de uma majorante seja anulado por uma atenuante'*.

Trata-se de crime de estelionato praticado contra pessoa de direito público (art. 171, § 3º, CP) mas cujo o dano fora ressarcido (art. 65, inc. III, letra “b”, do CP).

Concluindo pela efetiva prática do delito naquelas circunstâncias, passou o i. Ministro à dosimetria da pena assim o fazendo:

*‘Isto posto, conheço parcialmente o recurso especial e nesta extensão dou-lhe provimento para, modificando o acórdão, fixar a pena nos termos seguintes: 1 (um) ano de reclusão, relativo à pena-base, **reduzida de 1/6 (dois meses), em razão de circunstâncias atenuantes previstas no art. 65, III, b e aumentada um terço (três meses e dez dias) tornando-se definitiva em 1 (um) ano, 1 (um) mês e 10 (dez) dias**’.*

(RT 747/636, grifo nosso)

Como se vê, tendo em vista a pena-base fixada no mínimo legal (art.171, *caput*, do CP: “Pena – reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa”), a redução de um sexto operada em virtude de circunstâncias atenuantes, implicou na redução da pena em *quantum* abaixo do mínimo”.

9 CONCLUSÕES

Os princípios são as vigas mestras, a base de sustentação de todo o sistema jurídico e, se difere das regras, pelo seu maior grau de abstração e inferior grau de aplicabilidade, mas em contra partida o sistema como um todo, visto que concretizam os valores destes, não os pode ignorar ou editar normas de forma a afrontá-los.

Os princípios implícitos (como o da Proporcionalidade) são tão importantes quanto os explícitos e constituem, como estes, verdadeiras normas jurídicas (normas-princípios), até porque não há uma hierarquia entre princípios e, ainda, a aplicação de um não exclui a aplicação de outro. Por isso, desconhecê-los é tão grave quanto desconsiderar quaisquer outros princípios.

Disso, deflui que o Princípio da Proporcionalidade em nosso sistema constitucional, decorre de várias cláusulas pelas quais a Constituição confere especial proteção (como o art. 60, § 4º, IV, da CF – tratando como cláusulas pétreas os direitos fundamentais) e complementa o Princípio da Reserva Legal (art. 5º, II), convertendo-se no Princípio da Reserva Legal Proporcional.

O legislador ordinário deve estreita obediência aos princípios reconhecidos expressa ou implicitamente no sistema constitucional vigente, não ficando ao seu livre critério estabelecer as restrições que entende cabíveis, mormente quando autorizado a impor limites aos direitos fundamentais, pois se isso fosse possível, “as garantias formuladas em defesa desses direitos seriam todas ilusórias e despidas de qualquer sentido”.

No tocante ao delito de receptação, de se reconhecer a validade de punir mais severamente o agente que se organiza sólida (ou clandestinamente), ainda que em sua residência, para tal prática, valendo-se das facilidades do exercício da mercancia e sendo um incentivador das subtrações – muitas delas com a morte da vítima –, do que aquele que apenas numa eventualidade adquire coisa proveniente de crime.

O artigo 180, § 1º, do Código Penal, descreve um delito autônomo, próprio (somente pode ser cometido por comerciante ou industrial), punido a título de dolo

e não por culpa; é material, instantâneo ou permanente (na forma de ocultar, ter em depósito e expor à venda).

Pune-se a receptação qualificada (§ 1º), a título de dolo eventual, traduzindo tal exegese na expressão "deve saber", em contraposição ao dolo direto, expresso no *caput* do mesmo dispositivo, ao punir o agente que "sabe" que a coisa é de origem criminosa. No *caput*, conforme pacífico entendimento doutrinário, jamais se poderá punir o receptador que agir com dolo eventual. O tipo exige que ele "saiba" que a coisa provém de crime.

Por ferir o Princípio da Proporcionalidade, não se pode punir o agente que age com dolo eventual, mais severamente que aquele que obrou com dolo direto, pois se a pena, abstrata ou concreta, de quem "sabe" é mais censurável do que a do sujeito que "devia saber", sendo comum no sistema legislativo penal brasileiro descrever as duas situações subjetivas no mesmo tipo, não podia a Lei nº 9.426, de 1996, inserir o "devia saber", de menor censurabilidade, no crime autônomo de receptação qualificada (§ 1º), cominando-lhe pena de três a oito anos de reclusão, subsistindo o "sabia", de maior reprovabilidade, no *caput*, com pena de um a quatro anos.

O preceito sancionatório do § 1º, do art. 180 do Código Penal, não pode ser aplicado, por lesar o Princípio constitucional da Proporcionalidade, devendo, por isso, o preceito primário da referida regra penal ter, por comando sancionatório, a pena cominada para o *caput* do mesmo artigo. Com isso se restabelecerá o princípio violado pela norma em comento, tarefa atribuída ao juiz – garantidor de todos os princípios fundamentais, entre eles o da individualização da pena, a quem cabe – na citada lição de RAÚL CERVINI, *“prescindir da pena ou impô-la abaixo do limite legal quando ela se mostra manifestamente excessiva, podendo aplicar pena inferior à estabelecida para determinado delito se do contexto geral do corpo normativo resultar o entendimento inequívoco de que a mesma conduta é castigada em outro lugar com uma penalidade menor”*.

Compete ao legislador – afeito às reformas pontuais – compor a harmonia típica dos crimes de receptação, alterando a redação do § 1º, do art. 180, inserindo a cláusula *“que sabe ou deve saber”*, como fez em diversos outros dispositivos, como, v.g.: artigos 130, *caput*, 174, 245, 316, § 1º, todos do Código Penal; 1º, IV, da Lei 8.137/90; 67, 68 e 73, da Lei 8.078/90.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal** Parte Geral. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1999.

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988)**. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1989.

BECCARIA, Cesare Bonesana. (Trad. Flório de Angelis). **Dos Delitos e das Penas**. Bauru: Edipro, 1993.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal** Parte Especial. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Comentários ao Código Penal** Parte Especial. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CERVINI, Raúl. **Os Processos de Discriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 3. ed. São Paulo: Edição Renovar, 1991.

FERRI, Enrico. (Trad. Paolo Capitanio). **Princípios de Direito Criminal**. Campinas: Bookseller Editora, 1996.

FARIA, Cássio Juvenal. **Conflitos Aparentes de Normas Penais nos Delitos de Trânsito – Homicídio Culposo e Lesão Corporal Culposa**. Boletim nº 70-setembro/1998.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal** Parte Especial. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FRANCO, Alberto Silva et al. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

FLACH, Norberto. **Princípios Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 200.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1959. t. I e II.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, v. V, 1958.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal Parte Especial**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Código Penal Anotado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

JORGE, William Wanderley. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, v. I e II, 1989.

_____. **O Juiz Pode em Face das Circunstâncias Atenuantes Genéricas, Fixar a Pena Aquém do Mínimo Legal Abstrato?** Boletim IBCECRIM - ano 6-nº 73- dezembro/1998.

JUNIOR, Paulo José da Costa. **Comentários ao Código Penal Parte Especial**. São Paulo: Saraiva, v.2, 1999.

KREBS, Pedro. **Inconstitucionalidade e Ilegalidade do Artigo 303 da Lei nº 9503/97 “Código de Trânsito Brasileiro”**. Boletim IBCCRIM nº 70- setembro/1998.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro et al. **Direito Penal e Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Princípio da insignificância no Direito Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Bookseller Editora, v. I a IV, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. **Código Penal Interpretado**. São Paulo: Atlas, 1999.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, v. 1 e 2, 1993.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Eficácia e Processo de Conhecimento**. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito Ritter dos Reis, ano II, v.2, ago-dez./1999.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Direito Penal**. São Paulo: Leud, 1996.

PENTEADO, Jaques de Camargo. **10 Anos da Constituição e a Justiça Penal**. Coodenador. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

PIERANGELI, José Henrique. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro** Partes Geral e Especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

REVISTA DA ASSOCIAÇÃO PAULISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ano I. São Paulo, n. 6 e 8, 1997.

REVISTA SÍNTESE DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. Porto Alegre, n. 1 a 7, 2001.

REAL, João José. **O CTB e o Homicídio Culposo de Trânsito – Duas Penas e Duas Medidas**. Boletim IBCCRIM nº 65-abril/1998.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

SANDIN, Émerson Edilom. **O Devido Processo Legal na Administração Pública com enfoques previdenciários**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SALOMÃO, Heloisa Estellita. **A Atenuante pode Ultrapassar o Limite Mínimo da Pena Cominada**. Boletim IBCCRIM, 1998.

STOCO, Rui. **Código de Trânsito Brasileiro: Disposições Penais e suas Incongruências**. Boletim IBCCRIM nº 61-dezembro/1997.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade: no direito constitucional brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. **Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal.** Madrid Espanha: Editorial Colex, 1990.

TAVARES, Juarez. **Critérios de Seleção de Crimes e Cominação de Penas. Revista do IBCCRIM.** São Paulo: Revista do Tribunais, 1992.