

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Guilherme LOPES FELICIO¹
Luís Roberto GOMES²

RESUMO: O presente artigo aborda alguns aspectos do princípio da proporcionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. Inicialmente, a pesquisa bibliográfica busca as raízes históricas, a fim de mostrar pensadores gregos, doutrinadores ingleses e penalistas italianos que já preconizavam a sua utilização. Para alcançar as conclusões, se utilizou os métodos dedutivo e indutivo, partindo-se da definição do princípio, como valor fonte. Em seguida, trata-se da aplicação do princípio na Constituição Federal, sua estrutura e composição e finalmente a sua significativa importância no Direito Penal a que mais se deve tomar cautela hoje. Com isso, o que se objetiva é que as normas atendam sempre seus fins contribuindo para a dignidade do sistema positivo.

Palavras-chave: Princípio. Proporcionalidade. Constituição Federal. Direito Penal.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O Princípio da Proporcionalidade tem suas raízes cogitadas desde a antiguidade clássica da filosofia. Aristóteles já mencionava a proporcionalidade como elemento a ser observado dentro da definição de “Justiça”.

Em uma abordagem histórica, numa ordem cronológica que segue toda a doutrina, como J. J. Gomes Canotilho e Suzana de Toledo Barros, este princípio surge com a evolução dos Direitos Humanos. Na Inglaterra, no século XII, é com a

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail: gui_felicio@yahoo.com.br

² Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. e-mail:lrgomes@prsp.mpf.gov.br

mudança do Estado Absolutista ou Estado de Polícia para um Estado de Direito que assim se origina.

Observa-se que isso ocorreu em uma época eminentemente precisa. O Estado concentrava poderes ilimitados na sua atuação que necessitavam serem restringidos, neutralizados, para que os direitos e garantias individuais pudessem ser exercidos com mais liberdade e com um mínimo de dignidade.

Secundariamente, inibir o abuso injustificável do Poder Público é evitar futuramente um controle legislativo com base no excesso, para que seus efeitos não venham a atingir as normas jurídicas ou a própria matéria da Constituição.

Assim, *ab initio*, a natureza do sobredito princípio é de Direito Administrativo, uma vez que traz em seu bojo uma orientação para limitar o intervencionismo estatal, moderando o exercício do Poder de Polícia, para que visem respeito aos direitos dos cidadãos.

Nesse contexto, em um primeiro momento, a proporcionalidade foi prevista na Magna Carta de 1215, no artigo 25:

Art. 25. Um possuidor de bens livres não poderá ser condenado a penas pecuniárias por faltas leves, mas pelas graves e, não obstante isso, a multa guardará proporção com o delito, sem que, em nenhum caso, os prive dos meios de subsistência.

Montesquieu, por sua vez, aplicou a proporcionalidade dentro do Direito Penal, fazendo comparações entre os crimes e suas respectivas sanções. Isso ganhou força na obra "*Dos Delitos e das Penas*" de Cesare Beccaria, no qual, estabelece a harmonia e conseqüente equilíbrio que deveria persistir entre um delito e a pena que a este fosse prevista, assim como, a sua aplicação razoável e adequada de acordo com a gravidade do injusto.

A Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão de 1795 também estatuiu em seu artigo 12 que:

Art. 12. A lei não deve estabelecer outras penas que não as estritas e evidentemente necessárias.

Foi assim que se efetivou a adoção e aplicação do Princípio da Proporcionalidade na Europa. A Alemanha foi o primeiro país a desenvolver este pilar como um princípio geral do Direito e inserindo, posteriormente, no âmbito constitucional como forma de defesa dos direitos fundamentais.

O Tribunal Constitucional Federal Alemão começou a formular jurisprudências, proferindo decisões reconhecendo que o Estado não detinha força imperativa para restringir direitos e garantias fundamentais como bem entendesse. Aleatoriamente, criou-se, então, uma fórmula jurídica a ser sempre observada, no sentido de que se o legislador quisesse alcançar qualquer objetivo no ordenamento jurídico, o meio empregado deveria atender aos critérios da proporcionalidade, necessidade e moderação. A partir daí, essa medida foi fonte de inspiração e utilização para diversas Constituições.

É mister mencionar que alguns países deram importância ao princípio e o introduziram na sua Lei Maior, daí sua relevância mundial.

Segundo Luís Alberto Barroso, com o advento da Constituição Francesa de 1971, a proporcionalidade foi vista ao lado do Princípio da Legalidade ainda que implicitamente.

Na Suíça, na mesma ilustração alemã, manifesta a sua vontade de concretização dos direitos da comunidade.

Por sua vez, os espanhóis e italianos aplicaram a premissa com profundidade voltada ao Direito Administrativo.

Modernamente, a Constituição Portuguesa de 1976, igualmente sob forte influência alemã, adotou expressamente em seu artigo 18, parágrafo 2º, a inserção do princípio para criação de leis que restringem direitos individuais e forma de limitação das funções dos funcionários públicos.

Em uma época mais recente, a Constituição Federal promulgada em 1988 consagrou perfeitamente o Princípio da Proporcionalidade, porém, a sua localização encontra-se implícita. Não bastasse isso, a sua utilização dentro de um conteúdo geral não é muito fácil, cuja atenção que se requer é muito densa.

2 RELEVÂNCIA JURÍDICA

O termo “princípio” deriva do latim *principium principii*, que tem por definição como origem, fonte. É primado para a formação ou criação estrutural de um sistema.

Na esfera do Direito, um princípio se assimila a um dispositivo que dá a luz à uma norma jurídica, revestindo seu caráter de genialidade, sabedoria, cultura e igualdade. Insofismável que a sociedade é autora destes preceitos que julga para si como valiosos ou não. E isto advém de uma linha histórica, após experiências, testemunhos, conhecimentos.

Nas palavras de Roque Antônio Carrazza (2000, p. 29):

Princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.

Quando o teor de uma norma atende a um princípio de produtividade intensa, estará instalada a segurança jurídica. Este ponto de partida vai mais além: conclama para o almejado Estado Democrático de Direito.

Compreendida a essência de um princípio, cabe oportunamente explanar sobre a proporcionalidade.

Em senso comum, a proporcionalidade traz idéia de equidade, moderação, justa medida, harmonia, adequação. É um estado de equilíbrio entre os meios disponíveis para a concretização de determinado fim.

Dessume-se destes escólios conceituais o vislumbramento do Princípio da Proporcionalidade.

Conhecido também internacionalmente como proibição de excesso, o Princípio da Proporcionalidade sobrepesa uma razoabilidade. Regra precedente esta a servir de instrumento pelo legislador para que a elaboração da norma constitua um equilíbrio entre o meio empregado ao fim a que ela se destina.

Havendo esta compatibilidade, a sociedade estará protegida do abuso do Estado, da arbitrariedade excessiva do Poder Público, e poderá exercer livremente seus direitos fundamentais com dignidade humana já que seus bens jurídicos estão assegurados.

Desta maneira, a imensurável importância dogmática do Princípio da Proporcionalidade, se consubstancia em proteger os interesses da comunidade, evitando que eles sejam confrontados. Sua força reside na tutela de direitos e garantias fundamentais. Outrossim, impor obstáculos à discricionariedade legislativa é veicular o bom andamento da Constituição, dispensando eventuais que feridas que poderiam causar

É inquestionável que o Brasil é portador de uma belíssima Carta Constitucional, que foi escrita com base em princípios oriundos de estudos e vivências. Sendo assim, para entender realmente a louvada premissa, nada melhor que analisá-la como referência constitucional, que será estudado posteriormente.

3 SUBDIVISÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A doutrina, em geral (cite-se J.J. Gomes Canotilho, Raquel Denize Stumm, Suzana de Toledo Barros) explica que a composição do Princípio da Proporcionalidade se desdobra em 3 subprincípios: adequação ou idoneidade, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito.

3.1 Adequação ou Idoneidade

O nascer de uma norma é função atribuída ao legislador, como já visto. Os meios que ele seleciona para sua consecução devem ser adequados, aptos, de

acordo com o objetivo estabelecido. A medida utilizada pelo criador deve estar em conformidade com o interesse da norma, o resultado que ela pretende produzir.

Se não examinar a relação de causalidade, a norma se torna inválida, pois, o meio propiciado para o fim dirigido é inidôneo, incapaz de surtir os efeitos que nela se prometeram.

Meios inadequados traduzem incompatibilidade com o real significado da norma, o que levaria a uma ofensa constitucional se introduzidos nas suas diretrizes.

3.2 Necessidade ou exigibilidade

Outra máxima do comento é a necessidade, ou, para alguns autores, como Canotilho, a exigibilidade. Caracteriza-se pela indispensabilidade de se adotar uma medida restritiva de direito ao Direito de patamar menor militando a idéia de proteger a um interesse superior.

A norma jurídica deve se valer dos meios menos desvantajosos possíveis para alcançar seus determinados fins. Não é justo que um cidadão que teve seu Direito auferido detenha um prejuízo maior daquele que causou a lesão no seu manto.

Evidente que isso é muito claro no Direito Penal, afinal, é sabido que as sanções visam reprimir as condutas dos infratores. A pena é uma medida necessária, exigível, como resposta do Estado ao agente que atacou um dos bens jurídicos tutelados. Daí advém que a reprimenda há de desfavorecer muito mais ao infringente que o cidadão de direito violado.

Entretanto, para o sucesso da punição (que é finalidade de algumas normas) ou o escopo da própria norma, o legislador vai observar alguns resquícios:

a) a medida restritiva deve atingir a um contingente determinado de pessoas.

b) o caráter de tal medida deve conter proporcionalidade para não a torne abusiva ou imerecida.

O critério da necessidade sempre será enfatizado quando o legislador optar por um caminho que entender conveniente a que a norma deve trilhar. “Justificar” o rumo que a lei vai tomar é para provar à sociedade que seus Direitos, que são de carga mais pesada, sempre estarão à frente quando colidirem com injustiças e afrontamentos.

3.3 Proporcionalidade em Sentido Estrito

O sentido estrito da proporcionalidade carrega o maior destaque dentro de sua amplitude. Prende-se, aqui, juízo de valoração a ser feito entre o meio provocado e o fim apetezido. Já que há uma concordância jurídica em reduzir um Direito para dar margem de apreciação a outro significativamente mais fardado, requer do legislador a prudência ao avaliar o liame causa e efeito.

Nota-se “juízo de ponderação” que implica em tomar cautela, aplicar medida justa, sensatez, discernimento lógico, conspirando para a proibição de excesso.

Mais uma vez essa teia de valores tem a maior proeminência no Direito Penal na idealização das penas que devem estar ajustadas, proporcionais aos fatos delituosos. Ou seja, reclama uma ligação entre o desvalor da ação e do resultado, a conduta perpetrada e a cominação legal.

Adverte-se agora que razoabilidade que não se confunde com este elemento. Sua localização está fora da composição da Proporcionalidade, sendo apenas considerada um forte alicerce ao seu percurso.

Enquanto a proporcionalidade pressupõe adequação, necessidade e ponderação, a razoabilidade repousa na racionalidade, explorando do legislador o uso de sua razão para elaborar uma lei.

A Constituição Federal de 1988 está revestida do Princípio da Razoabilidade no sentido de precaução para seus dispositivos.

Ilumina com muito prestígio o pensamento de Victor Linares Quintana (1970, p. 31):

A exigência constitucional de que as leis devem ser razoáveis, ou seja, devem conter uma equivalência entre o fato antecedente da norma jurídica e o fato conseqüente da prestação ou sanção considerando as circunstâncias que motivaram o ato, os fins perseguidos com ele e o meio que como prestação ou sanção estabelece dito ato.

Pertinente a expressão “circunstâncias que motivaram o ato” que potencia a presença do uso racional do legislador. Não é ele um protótipo automático de composição de regras, mas um ser de dialética, noções. Certamente ele introduzirá no ordenamento as normas jurídicas que julga importantes, necessárias de serem realmente criadas. E são os motivos consistentes, os fatos importantes, a vivência e evolução da sociedade, a experiência, os conflitos, que vão despertar o seu interesse em agir.

Destaque-se que o universo das circunstâncias é magno, isto é, definitivamente há vários pretextos para se fundar uma norma, tudo isso para o bem-estar da comunidade.

Assim, finaliza aqui o compêndio do Princípio da Proporcionalidade em seu corpo e suas agregações. No mais, sua clareza se esmera mesmo dentro do ordenamento jurídico, principalmente, na Constituição e no Direito Penal que serão as matérias estudadas a seguir.

4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Apesar do princípio ora abordado haver germinado no âmbito do Direito Administrativo, na passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direito, os contemporâneos afirmam que é de sede constitucional, pelo fato ser motivo para proposição de uma constituição humana.

O que torna o corpo de uma Constituição sólida e régia são os princípios que a compõem. A sociedade respeita submissamente à Carta Suprema porque sabe dos valores que nela foram contidos e que seu suporte advém de regras e condutas verdadeiramente humanitárias.

Em conclusão disso, estudiosos do Direito Constitucional como Celso Antônio Bandeira de Mello, entendem que “desobedecer um princípio é mais grave que infringir uma norma qualquer”. A inobservância dele torna sua estrutura abalável, rompe com os conceitos éticos, atacando o mandamento imperativo a que nele deu reforço, aluindo todo o sistema mestre.

Portanto, em modo constitucional, desrespeitar um princípio é a forma de inconstitucionalidade de maior gravame, justamente por romper com a estatuída democracia do Direito.

A importância de um princípio não está só dentro do sistema positivo, serve como uma consulta para o Juiz na forma de resolução de conflito, solução de questões jurídicas. Consoante entendimento de Raquel Denize Stumm:

Os princípios justificam a aplicação do Direito em uma determinada questão. Para o Juiz, todo raciocínio deve obedecer, percorrer o caminho, a orientação que será dada pelo princípio. Idéia de Direito Justo.

Embora fazer parte da estrutura normativa, o Princípio da Proporcionalidade não foi adotado expressamente pela nossa Constituição Federal. Ele está previsto implicitamente em diversos dispositivos como no Art. 5º, XLII, XLIV, XLVI.

Devido à essa localização tácita, é possível extrair a atuação do Princípio em dois momentos importantes no objeto deste trabalho: a

- a) na inspiração para o legislador na elaboração da norma;
- b) norte para o magistrado e o Tribunal na interpretação e aplicação do Direito.

Na primeira, é correto afirmar que o uso da proporcionalidade se dá em uma fase abstrata, em um aspecto subjetivo, pois, o legislador apóia em sua mente para criar a norma mais cabal possível.

É cediço que o ponto inicial para escrever uma Constituição é levantar sua meta, sua intenção, o porquê que ela está sendo criada e aonde atingirão seus reflexos para o país disposto perante ela.

Subseqüente, traduzida a finalidade do Estado, o próximo passo é selecionar os Direitos propriamente ditos a ingressar no ordenamento. Para isso, o legislador buscará atentar aos fatos e motivos que o levaram a agir, assim como, a tangível necessidade deles serem positivados.

Desse modo, para granjear o fim encetado, o elaborador da norma se incumbirá de explorar os meios para essa consecução e empregar o que melhor convir.

É nesse momento que a prática da proporcionalidade é inaugurada. Esta é a fase abstrata, de caráter interno, pois, o Poder Legislativo fará parâmetros, uso racional, juízo de valor, definindo os limites, compatibilizando a relação meio e fim.

No mais, o interesse do controle legislativo deve ser ajustado à valoração que a sociedade exprime para evitar a distribuição de normas e dispositivos dispensavelmente descartáveis.

Ao lado desse juízo, a doutrina invoca outras conjeturas como a legalidade, a fundamentação teleológica (indispensável igualmente para o Juiz que aplica o Direito).

Por fim, é preciso “sempre” justificar a composição da norma e o meio de que ela foi servida. Toda vez que o Poder Público revestir a norma dos valores derivados da proporcionalidade, estará indiretamente plantando no seio da sociedade a confiança e a segurança. Uma nação que vive disso resguarda para si a justiça que procura ou que um dia precise chamá-la.

Diante dessa conclusão, aduz ainda que a proporcionalidade não se isola a esta finalidade. Lembre-se, ainda, que ela vem na idéia proibição de excesso de atos legislativos e controle de arbitrariedade de Poder Público.

Após este fecho, mais claro o estudo da segunda atuação da proporcionalidade – o uso pelo Juiz ou Tribunal na justaposição do Direito.

Aqui, considera-se muito a competência do magistrado. O Juiz que vai julgar ou aplicar a lei não pode fugir da norma que tem em mãos a que o constituinte se dedicou tanto para formulá-la.

A diferença é que, nessa etapa, a norma já existe no mundo jurídico. Agora, ela desprenderá de sua abstração positiva para trazer efeitos ao caso que o Juiz está trabalhando.

A utilização da proporcionalidade tem leito subjetivo também. O Judiciário vai manejar a lei de acordo com seus princípios, com sua ética, com o valor da sociedade, com os mecanismos de respeito e considerações a que ele fora ensinados e treinados, para assim, dar a solução ao litígio com a medida mais justa e adequada possível para que nunca venha a prejudicar excessivamente o lado a ser punido.

Essa atitude é em prol da sociedade. Reforce-se que o objetivo maior é defender os direitos e garantias fundamentais concedidos a todos, é surtir seus efeitos como prova que eles não estão garantidos na Constituição simbolicamente.

Para dar mais ensejo, a fundamentação do magistrado ou Tribunal de sua decisão é o carimbo de que a proporção foi verdadeiramente considerada. Todo julgamento ou sentença apresentará suas justificações para que o condenado tome conhecimento do que lhe foi determinado e os motivos. É um imperativo constitucional garantido aos acusados de que as decisões tenham suas razões devidamente demonstradas.

A título de finalização, este tirocínio de proporcionalidade na aplicação do Direito se dá mesmo no Direito Penal. E essa a matéria titular e fundada nesta premissa de maior cautela e observância. Mais a frente isso também será fixamente estudado.

Por todo exposto, a proporcionalidade traz, então, a concepção de Estado Democrático de Direito. Quer dizer, distribuir o bem-estar social, fazendo valer o conteúdo da Constituição.

No fecho, repita-se que a Lei Maior acolheu o Princípio em lume no seu corpo de maneira implícita, isto é, não o fez expressamente.

Faz menção o professor Luís Roberto Barroso (1999, p. 224)

O apego excessivo a certos dogmas da separação de Poderes impôs ao princípio da razoabilidade uma trajetória relativamente acanhada. Há uma renitente resistência ao controle judicial do mérito dos atos do Poder Público, aos quais se reserva um amplo espaço de atuação autônoma, discricionária, onde as decisões do órgão ou do agente público são insindicáveis quanto à sua conveniência e oportunidade.

Entrementes, essa adoção não foi repentina. A inspiração veio de uma longa linha histórica e, mais precisamente, modelada quase que idêntica ao “modus” alemão, até mesmo seus conceitos sobre proporcionalidade foram aproveitados.

O Tribunal Constitucional Alemão emprega o princípio da proibição de excesso sob o ponto de vista esquemático na fórmula “necessidade + adequação + proporcionalidade em sentido estrito” (é o figurino copiado no Brasil). Ao mesmo tempo, não faz qualquer diferença entre as expressões “proporcionalidade” e “proibição de excesso”.

A Lei Fundamental de 1949, a Constituição de Bonn, vem como o ponto inaugural para os primeiros fundamentos da Jurisprudência germânica. A famosa *Charta*, que apresenta um amplo elenco de direitos fundamentais serviu para parâmetro no primeiro julgado alemão.

Assim cita Paulo Bonavide (2001, p. 372):

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando 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 limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental.

Essa decisão foi proferida em 1971 num litígio sobre armazenamento de petróleo. Destaque-se que as palavras do Tribunal transparecem tudo que já foi dito de forma bem sucinta. Resta dizer que a partir desse primeiro exame alemão que nasceu a luz a hesitar a orla jurídica brasileira, seduzindo os Tribunais Pátrios a se manifestarem nesse mesmo sentido, sob as mesmas premissas.

Para comprovação, vale transcrever a primeira citação da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal:

O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e da indústria e com o direito de propriedade. É um poder 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 da 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 do texto, como também, e principalmente, o espírito do dispositivo invocado. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 18.331. Ministro Orozimbo Nonato, Brasília, 21 de setembro de 1951.)

Veja-se como foca a atenção ao princípio e seus alicerces categóricos no caso concreto para a satisfação da diretriz jurídica, consolidando o que prega a Constituição Democrática.

Mas não é só. O reconhecimento da proporcionalidade foi abrigado nos outros ramos do Direito.

Cite-se, por exemplo, o Direito Tributário, no Artigo 145, §1º da CF, onde ponderou-se que as alíquotas dos tributos devem ser proporcionais à condição econômica do contribuinte.

No processo penal, reza o art. 5º, inciso LIV da CF que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", demonstrando, cristalinamente, a plenitude da proporcionalidade.

Nos Direitos Sociais dentro do artigo 7º, incisos IV e V assegurou que o salário mínimo deverá atender às necessidades da população.

O próprio artigo 5º, que fixa direitos e garantias fundamentais, foi onde mais concentrou a abundância do nosso princípio. A transmigração foi realmente significativa nesse dispositivo, claro que, em maior parte, implicitamente.

À título de finalização, repousa a conclusão da Constituição Federal ser a titular, rainha, mãe do Primórdio da Proporcionalidade. Todavia, frise-se, que é o Direito Penal mais importante objeto de atuação do mencionado princípio.

Essa orla do Direito, como forte parcela do Estado, a *última ratio*, enfim, é o campo de maior concentração em que há um crescimento constante da observância-cautela, ou não, da proporcionalidade tanto na concepção dos delitos e suas respectivas sanções como na aplicação da pena.

Com isso, encerra-se aqui o estudo da Suprema Carta. No mais, abandona-se, agora, a visão estritamente constitucional da proporcionalidade para dar abertura e introdução ao capítulo da premissa dentro do Direito Penal. É nesse âmbito a real relevância de sua função, conforme será padecido e revigorado a seguir.

5 APLICAÇÃO NO DIREITO PENAL

Professor Luís Régis Prado qualifica o Direito Penal de forma minuciosa e atenciosa, sendo então um ramo do Direito Público, pois, é visto como aliado do Estado na forma de proteger os direitos da pessoa humana, tutelando seus bens jurídicos fundamentais, em defesa da sociedade contra delitos.

Tem característica de “exclusividade”, afinal, é o único que regula o convívio social, com capacidade de elaborar leis para as condutas do homem que devem ser reprimidas, tipificando-as, e cominando a elas suas sanções.

Daí extrai sua impessoalidade, de efeito “erga omnes”, abarcando e atingindo todas as pessoas, estando elas submissas a ele, indistintamente.

Considerado também uma ciência jurídica de cunho dogmático, que se concede de poderes revestidos de coerção para fazer cumprir as normas imperativas, proibitivas, e as penas aplicadas que impõe. Noutros dizeres, tem qualidade de “obrigatoriedade”.

Portanto, a curto modo, o Direito Penal é uma disciplina jurídica que regulamenta em forma de lei as ações humanas ilícitas, aplicando-lhe a elas como conseqüência uma pena. Mais precisamente, estamos referindo-se ao delito ou crime.

E toda vez que houver a prática de uma infração penal por um agente que é indiscutivelmente culpável, aparece para o Estado o direito de punir.

Entende-se que cada delito comporta um tipo penal em duas partes, onde pauta-se a sua estrutura em duas partes: o preceito primário e o preceito secundário.

Na primeira, é a redação do delito onde descreve os comportamentos humanos tidos como ilícitos. É a incriminação definida propriamente dita. Acrescente-se, ainda, que essas normas penais podem ser:

- a) “descritivas”, como um simples modelo de conhecimento de lei não gerando reflexo algum para um infrator (sem interesse para a pesquisa);
- b) “proibitivas”, no sentido de repulsa, não-permissão, desautorização;
- c) “mandamentais”, de caráter de exigência, obrigação de fazer, cumprir, o qual, estas duas últimas, o criminoso está sujeito de sofrer o preceito secundário.

Na segunda, é a abstração da pena referente ao delito. A sanção vem como resposta do Estado, uma repressão, castigo, ao agente que contrariou ou descumpriu a norma, que violou o Direito, que optou pela contramão à construção democrática societária, que rompeu com os valores, princípios e a moralidade que prega o Estado.

Sobre a definição de pena importa entender agora apenas isso. Ela ainda terá seu capítulo reservado para melhor ser avaliada.

Feito esse breve relato sobre Direito Criminal, o percurso direcionado agora é o Princípio da Proporcionalidade na sua dimensão.

O ora princípio emanado é legado da brilhante obra “*Dos Delitos e das Penas*” do italiano Cesare Bonasena, o marquês de Beccaria, que inovou o pensamento de diversos juristas contemporâneos ao ditar a forma da atuação do Direito Penal na Europa no século XVIII. Beccaria relacionou o tratamento severo que era dado aos delinqüentes e fez um paralelo entre os delitos para com suas penas, que, na maioria das vezes, não condiziam um ao outro, resultando numa desproporcionalidade intolerante.

Denomina-se tradicionalmente o Princípio da Proporcionalidade como um “princípio penal constitucional”, porque é oriundo da Constituição Federal, e que, embora pertencente à sua jurisdição, é subsidiariamente fonte para uso dentro da

matéria penal. Em tese, a proporcionalidade é um princípio penal, entretanto, derivado da orla constitucional.

O constituinte assim permitiu essa técnica de “empréstimo de seus princípios” por alguns motivos até que lógicos. Primeiro que como na parcela penal trata-se de criação de normas, elas deveriam seguir o mesmo critério-padrão (rito) da Constituição, de modo que ferindo um princípio, violaria a Maior Lei. Segundo que o legislador penal sempre poderá, sob uma análise prévia, tomar para si as premissas que sejam atinentes ao seu conteúdo, quer dizer, aquelas realmente importantes e interessantes para sua matéria, transparentemente significativas, capazes de causar mudanças, impactos.

Ora, e um dos princípios selecionados para o “*Jus Puniendi*” estatal foi o da Proporcionalidade. Passamos a compreender, então, o porquê ser o Direito Penal seu maior operador.

Em sede penal, o manejo deste princípio se dá em dois momentos:

a) para o legislador penal na formulação dos delitos com suas respectivas sanções (proporcionalidade abstrata);

b) para juízes e tribunais ao aplicar a pena cominada no caso concreto (proporcionalidade concreta).

Com a citação desde dois itens já se mensura tamanho manuseio que é este princípio em disciplina penal. Justamente porque a gigantesca parte dessa matéria se reside em colocar os delitos em lei e, quando cometidos por um agente, o Direito penal novamente vier a aparecer na forma de punição, representado em nome do Estado. Simplificando, a proporcionalidade está presente tanto na fase abstrata como na fase concreta. Então, e somente então, a observância do princípio da proporcionalidade é indispensável, pois, não há como fugir do Direito Penal pelo fato de estar preso à essência dessa matéria que resume quase todo seu conteúdo em tipificar crimes abstratamente e aplicar penas a quem violar tal modelo de conduta.

Mas o uso da “substância da proporção” nos dois momentos não é tão simples assim. Pelo contrário, são extremamente delicados e complexos em que exige diversos critérios para o legislador e o magistrado, tantos subjetivos como

objetivos, para cumprir as diretrizes do Direito Penal, sem equívocos, fazendo valer a razão de sua existência.

5.1 Proporcionalidade Abstrata

Como dito, o primeiro destinatário em utilizar a proporção vai para o legislador penal ao criar os crimes, o qual vai seguir longos passos e apoiar-se em juízos.

A primeira idéia de se elaborar um delito começa por uma avaliação sobre “necessidade humana”. É cediço que o Poder Público busca, em auge, tutelar os interesses da sociedade e garantir os direitos de cada indivíduo. Para atingir isso, ele regula todo o convívio social a fim de evitar eventuais conflitos no próprio ciclo comunitário e desvirtuamentos das pessoas que devem submeter-se a uma ordem jurídica. Todo esse conjunto é o pressuposto para o Estado de Direito tão almejado.

Dentro dessa tonalidade, o legislador, na sua primeira função, hei de verificar na coexistência social quais os bens que ela julga para si como mais importantes, sem os quais tornaria impossível a vivência harmônica coletiva, que se enquadram dentro dos valores e princípios que a acompanharam no seu desenvolvimento até os dias de hoje. Após essa averiguação de bens, pela característica de relevância para a sociedade, ainda que coletivamente ou individualmente, o legislador penal, para assegurá-los em mãos do Estado, perquire um ato denominado “tutela”. Logisticamente, um bem sob tutela é considerado singularmente pelo Direito como “bem jurídico”. São exemplos: vida, patrimônio, honra...

Em vista disso, a primeira participação da instância penal é de atender a necessidade humana, a de tutelar os bens relevantes. Essa é a noção de bem jurídico.

O segundo passo para o legislador é elencar todas as hipóteses possíveis e maneiras que um sujeito pode atacar esses bens jurídicos. Estamos diante de comportamentos humanos negativos, posto que, tratam de condutas

perpetradas por um transgressor ou mais em que resulte numa lesão ou perigo de lesão a um bem penalmente tutelado.

Destarte, todas as ações que ferem o Direito são tidas como ilícitas ou ilegais. Se existe qualquer ruptura, o legislador penal se obriga a regulamentá-la em lei, incriminando-as. São considerados como “tipos penais”. Resumidamente, quando uma ação humana (conduta) ilícita (viola a diretriz do Direito) estiver tipificada (descrita em lei penal) reconhecemos como “tipo penal incriminador”, ou “crime”, ou “delito”.

Contudo, há uma ressalva quanto à tipificação de delitos. Um comportamento não adentra na lei como crime por mera escolha do legislador, há um balanceamento sobre essa virtude.

Rechaça isso Fernando Capez (2006, p.20):

Quando o custo for maior que a vantagem, o tipo será inconstitucional, porque contrário ao Estado democrático de Direito. Em outras palavras, a criação de tipos penais incriminadores deve ser uma atividade compensatória para os membros da coletividade.

Se a transformação da conduta em infração penal não levar vantagem à sociedade, está ferindo o princípio da proporcionalidade, devendo ser expurgada do ordenamento jurídico por vício de inconstitucionalidade.

Comente-se quanto a isso que a tipificação penal das ações do homem requer uma vantagem diante de uma relação custo-benefício.

O custo por parte da sociedade se refere ao perigo ou ataque aos seus direitos. O benefício é o instrumento seguro que o Estado dá para que seus direitos estejam garantidos e que, se violados, a parte atingida possa, de alguma forma, receber a justiça devida desse prejuízo. A vantagem referida a que se atribui está no interesse penal em dar essa tutela à comunidade através da atividade de elaboração de tipos penais incriminadores.

A contrário *sensu*, não há o que falar em tipos penais se o sacrifício da sociedade resultar num saldo maior que o benefício. Quer dizer, o custo “sempre” há de perder para o benefício, devendo ser favorável e vantajoso para o todo social, o qual o ilícito em tempo nenhum pode compensar.

Nessa superfície (sobre bens jurídicos e tipos penais), cumpre grifar que os bens jurídicos não estão em idênticos patamares. Há uma hierarquia entre eles, cujo valor maior é dado àquele que têm mais importância para o cidadão. Assim, indiscutivelmente, por exemplo, que a vida, sob a ótica penal, é o mais precioso bem, reunindo méritos para receber a primeira medalha de proteção.

Por todo exposto, após a verificação da necessidade humana em definir comportamentos em lei como delitos, tutelar bens e posteriormente avalia-los seu grau de hierarquia, o legislador, finalmente dará início ao pensamento da constituição de uma pena para determinado bem. É nessa fase que os primórdios da proporcionalidade começam a aparecer. Ora, quanto mais valioso o bem jurídico, provavelmente ele será composto de penas maiores para quem o violar.

Ademais, reporte fixar que não basta isso como justificção para a pena ser mais grave. É preciso também averiguar até que ponto um bem jurídico poderia ser corrompido, isto é, a magnitude da gravidade da lesão. Então, o legislador ao cominar uma pena abstrata analisará a maior ameaça ou afetação ou possível que poderia um ou outro bem sofrer.

Atente-se que todos esses elementos colhidos para a formulação de uma pena para um delito foram puramente objetivos (valor do bem, grau de gravidade, lesão máxima). Caminhando um passo à frente, o elaborador penal, com todos esses dados em posse unificará com mais um critério que o Estado lhe permitiu utilizar: o juízo subjetivo.

Nesse novo capítulo, invocamos a astúcia, perspicácia, sagacidade do legislador. É desafiar o tino legislativo, que agora navega dentro de sua sensibilidade jurídica e seus juízos de valor para dar redação à pena, de modo que agrade a sociedade, atendendo e satisfazendo seus interesses, provando que realmente protegidos estão seus direitos por presente a mais salutar justiça.

É nessa corrente que embarca o Princípio da Proporcionalidade. Sua monta é libertar à lei uma pena justa.

Dessa maneira, sobre o Princípio da Proporcionalidade aborda-se:

a) a pena é legítima, então, quando o legislador a que apoiou de seus elementos internos, subjetivos, os exerceu dentro dos limites jurídicos concedidos pelo "*jus puniendi*" do Estado.

b) a sanção igualmente é apreciada quando for proporcional a lesão do bem jurídico. Notadamente, haja relação entre a sanção cominada em abstrato com a intensidade do bem jurídico representado no delito.

c) é compensatório para a sociedade se a gravidade da pena se ajusta à maléfica que reveste o delito.

Concluindo, com fulcro nesse princípio, “penas devem ser proporcionais aos delitos”. O encargo da sanção é de estar adequado ao delito a que ela jungirá. A pena, como resposta estatal punitiva, se incumbe de ser apta e justa para o proibido, o ilícito, enfim, o crime. Evidentemente, delitos graves requerem sanções severas. Da mesma forma que delitos menos ofensivos carecem de sanções mais brandas.

Infere-se que a intervenção da proporção para instituir uma nova lei penal é chamada de “proporcionalidade abstrata”, que traduz a cópula entre os delitos e suas penas que devem ser razoáveis. O legislador apenas vai compor, em abstrato, as penas hábeis à severidade dos delitos.

A proporcionalidade abstrata tramita por diversos procedimentos para chegar a um ponto final. E a planície em que ela paira é tão somente na lei, e para ali ficar. Em nenhum instante ela está em um campo real, ou num caso concreto. Ela prevalece num domínio virtual, desvinculada da realidade material, em que apenas provocada, despertada, ela passará a atuar no plano concreto. Por enquanto, ela apenas dorme no texto da norma.

É vital a proporcionalidade no mundo abstrato, pois, dali pra frente os juízes tomarão como base o que estiver na lei. Se futuramente, percebe uma falha da lei, automaticamente as decisões seguirão o mesmo destino.

No que tange ao Brasil, vem ocorrendo com muita freqüência no nascer de uma lei algum defeito da razoabilidade entre delitos e penas. Pela rispidez em exibir um novo crime para a sociedade, o legislador às vezes afrouxa desatento em verificar se há proporcionalidade com a pena, se o delito condiz com o Código Penal, se amolda aos princípios da cultura de sua nação, se faz *jus* como solução.

Nem sempre incriminar condutas é evitar que elas ocorram. Para essa prevenção, a título de um mínimo de efetividade, requer de início a colaboração do legislador para com o Direito Penal. É observar todas as regras já ditas: dar vida a

um delito requere selecionar com muita cautela os fatos dignos de criminalização, observar com tino aos valores sociais para que não se confronte, também o impacto causado pelo dano da ofensa aos bens e qual a sanção conveniente e adequada.

Se isso não for espreitado, defrontamos com resultados paradoxos ao caráter do Direito Penal: penas disparates, desproporcionais, que de tão exaltadas excessivamente tornam supérfluas. E estas, terminativamente, devem ser desprezadas pelo próprio Direito Penal por um ser *contra-senso*, à sua finalidade.

5.2 Proporcionalidade Concreta

O segundo destinatário do princípio da proibição de excesso se endereça ao magistrado ou tribunal.

Designa-se “proporcionalidade concreta” em que consiste “fazer um juízo de ponderação para impor uma pena a um delito praticado”. Nessa marcha, a apreciação da proporção se usa para o caso concreto e não mais a lei.

Insiste-se que a lei já existe, o delito está descrito no tipo penal e carrega consigo um preceito secundário (pena). Analiticamente, o Estado já tem pronto seu livro penal e alerta a todos que quem praticar uma conduta nele contida sofrerá uma sanção como punição. Como visto, aquele que praticar uma ação típica, ilícita e culpável (delito) estará sujeito a uma pena nele enquadrada. A proporcionalidade abstrata ocorreu nesse caminho, onde foi tarefa incumbida ao legislador de definir uma pena razoável para cada delito na lei.

Na proporcionalidade concreta não há atos legislativos. O encargo agora é do juiz ou tribunal. Suas participações encetam no momento em que há a prática de uma infração penal, ou seja, no pé em que um agente comete um fato em que o Direito Penal considera crime.

Diante do fato, o dever do Juiz é agarrar-se à pena cominada em abstrato, retirá-la do plano da lei e trazer para a situação real, para o caso concreto.

Suponhamos que um sujeito cometa o crime de homicídio simples cuja pena é reclusão de seis a vinte anos. O Juiz, diante desse fato, imputará a sanção ao infrator dentro dos limites legais, respeitando o mínimo de seis anos e o grau máximo de vinte anos.

O Princípio da Proporcionalidade se instala nesse entrecho, traduzindo-se por na fixação da pena, na aplicação do “*quantum*” ao agente. Curse pela segunda vez que o Juiz utiliza o Princípio da Proporcionalidade por todo o percurso da aplicação da pena.

A questão é qual o procedimento que o Juiz seguirá para impor a sanção justa. Novamente há critérios objetivos e subjetivos em que se ele apóia.

O primeiro deles é uma análise genérica da gravidade do delito. É verificar qual o grau de dano que a ação impiedosa causou ao bem jurídico tutelado. Claro que quanto maior a catástrofe da conduta, maior será a pena. A sanção, de exórdio, acompanhará a severidade do crime.

Trata-se de juízo objetivo, pois, o exame é sobre o desvalor da ação. A sanção terá como base inicial o impacto que a ação causou no bem, que refletiu tanto em um resultado gravoso ou menos danoso.

Um outro critério é o grau de culpa do criminoso. Um delito perpetrado revestido de culpa tem pena bem mais branda do que aquele envenenado por dolo, intenção.

Observe-se que a pena até agora envolveu apenas o nível de reprovabilidade da conduta do delituoso, em que a sua fundamentação toma pro base uma relação com o a gravidade do delito e também com o autor.

O último critério é absolutamente subjetivo, onde após reunidos esses elementos o Juiz fará um raciocínio da valor interno para fixar a pena mais justa e adequada possível para o caso concreto.

Importa mais ainda o Princípio da Proporcionalidade dentro da mente do Juiz. É do seu espírito e inteligência a que extrairá a pena razoável ao agente criminoso. No intuito do julgador, o cuidado deverá ser amplamente maior, afinal, como é subjetivo, seja qual decisão que ele acatar dependerá somente dele. Havendo um defeito nessa resolução, poderá repercutir na vida daquele que

aguarda a sentença do magistrado. Nota-se que é de extrema responsabilidade do Juiz ou Tribunal buscar em seu âmago a pena perfeita. Tudo isso é ato de acolher o Princípio da Proporcionalidade.

Por conseqüência, se a sanção imposta se ajusta ao delito realizado pelo sujeito, concluímos que ela é proporcional, apta, adequada, razoável. O magistrado acertou nos parâmetros que buscou e empregou a Justiça.

De igual modo, discorrendo acerca de um desequilíbrio acentuado entre a pena fixada e o crime perpetrado, evidentemente há uma façanha desproporcional em que uso da razão do Princípio da Proporcionalidade foi mal avaliada ou talvez nem observado.

A desproporcionalidade da sanção imposta pode ser sobejamente alta ou desregradamente baixa. Na primeira, a pena foi muito superior à gravidade do delito, ao desvalor da ação. Na segunda, a pena foi um irrisório vexatório do réu com a Justiça em que obteve vitória maior com sua ilicitude.

Frise, nestas aurículas, que o sacrifício jamais pode ultrapassar o benefício tanto para a sociedade quanto para o criminoso. A sociedade não pode ter prejuízo acentuado com o ato que sofreu e nem aquele corrompido pelo crime deve pagar por mais do que ele fez.

Em suma, o Juiz ou Tribunal que atender aos parâmetros da proporcionalidade está satisfazendo os interesses da sociedade e da lei. Uma que compensará de volta a todos que tiveram seus bens lesionados ou em perigo de lesão. A outra é pôr em prática a Justiça, dando real punição a quem desalinhar da matriz democrática.

Acentua-se, ainda, que ferir o princípio da proporcionalidade traz demasiadas repercussões. Sentenciar uma sanção penal a alguém pode causar mudanças na vida dele. Por exemplo, como se trata de liberdade humana, na maioria dos casos, uma pessoa que permanece presa por muito tempo por equívoco judiciário é motivo para piorar seu estado mental, de não ressocializar-se depois de cumprido seu fardo, ou continuar no submundo do crime.

Portanto, é profundamente fatal toda a cautela judiciária ao fixar um “*quantum*” de uma pena, exatamente porque o que está submisso a ele, aguardando ansiosamente sua decisão, é uma vida.

Assinale-se, em conclusão, o quão visível é robusto o princípio da proporcionalidade. É tão extenso que se presencia num momento abstrato e concreto ocupando toda a volatilidade do Direito Penal. Significa asseverar que aonde quer que ande o Direito Penal ele está portado do Princípio da Proporcionalidade como um verdadeiro substrato a que nunca se desvincula, o qual, toda vez que agir deverá obrigatoriamente estribar-se nele.

São esses os argumentos e fundamentos que confirma com firmeza que o Direito Penal é o maior operador do Princípio da Proporcionalidade.

6 CONCLUSÃO

Destarte, o *dossiê* do Princípio da Proporcionalidade é muito evolutivo nesse percorrer da história antiga até o ordenamento jurídico brasileiro. Atente-se que sua natureza nada está interligada ao que ele é hoje.

Mais importante é seu perfil que é tão necessário para a Constituição Federal, por assim aceitá-lo. Começando por esse ponto, observa-se que o notório princípio foi distribuído para outros ramos de direitos que se vale para criar suas normas e conseqüentemente aplicá-las. Maior prova é o Direito Penal, matéria esta que a doutrina ao definir os “Princípios do Direito Penal” elenca a proporcionalidade como parte deste a ser utilizado obrigatoriamente nas normas penais.

Sublinhe-se que um grande problema de algumas leis penais no Brasil é a distração do mencionado princípio. Os compromissos assumidos pelo legislador e pelos juízes são de inteira responsabilidade nos dois tempos, respectivamente, a de criar uma pena legal e aplicá-la. E se um deles desrespeitar seus atributos estará ferindo a proporcionalidade e irreversivelmente comprometerá terceiros. Dessa forma, ambos (juiz e legislador) devem cooperar entre si, trabalhando em conjunto primoroso, magistral.

Infelizmente, isso não sobrevém ou sobrevém insatisfatoriamente em algumas leis penais. E, certamente, a luz a se guiar para a extinção da

marginalização, do globo criminal, é, *a priori*, instruir com magnificência e esplendor, a Obra do Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS. Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direito fundamental**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO. Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BONAVIDE. Paulo. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 18.331**. Ministro Orozimbo Nonato, Brasília, 21 de setembro de 1951.

CANOTILHO. J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, Almedina, 1998.

CAPEZ. Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral – Volume 1**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARRAZZA. Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2000.

FRANCO. Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES. Luís Flávio. **Norma e Bem Jurídico no Direito Penal - Série As Ciências Criminais no Século XXI – Volume 5**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MELLO. Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

PRADO. Luís Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro - Volume 1 – Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

QUINTANA. Victor Linares. **Derecho Constitucional e Instituciones Políticas: Teoría Empírica de las Instituciones Políticas**. Buenos Aires: Almedina, 1970.

STUMM. Raquel Denize. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.