

FALSO MATERIAL E FALSO IDEOLÓGICO: TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Isabele Vaz VOLTARELI¹

Mário COIMBRA²

RESUMO: O presente trabalho analisa e exemplifica os princípios constitucionais penais constitucionais e sua atuação sobre o poder legislativo e executivo quanto à elaboração e aplicação das leis e sanções penais. A pesquisa buscou focar principalmente no princípio da proporcionalidade, como sendo o princípio de maior importância no que tange a resposta estatal ao ato ilícito e como esta deve manter uma justa medida em relação à ofensa ao bem jurídico. Também procura demonstrar, como tal princípio é violado em relação ao tratamento jurídico-penal que se dá aos crimes de falso material e ideológico.

PALAVRAS CHAVE: Princípios constitucionais penais. Violação de princípios. Proporcionalidade. Falso material. Falso ideológico.

INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre aspectos relevantes sobre os princípios constitucionais penais, principalmente os elencados na Magna Carta de 1988, os quais norteiam o Direito Penal brasileiro.

Os princípios são, sem dúvida, norteadores para todas as operações do direito. E, em especial, para o Direito Penal, que surge como um mecanismo para regular a convivência em sociedade, para mantê-la regrada através da noção de justiça, os princípios valorativos e normativos são suma importância, pois atuam como uma forma de interpretação, limitação do poder do Estado e de sustentação para a dignidade do ser humano.

¹ Discente do 7º termo do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: isabele.voltareli@outlook.com

² Docente no Curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo. Doutor em Direito.

Busca-se compreender, através desse estudo, a aplicação de tais princípios em face do poder punitivo do Estado, desde o âmbito legislativo, de tipificação de condutas, até o âmbito jurídico, onde se efetiva o direito material.

Além disso, com foque principal nos princípios da exclusiva proteção de bens jurídicos e da proporcionalidade, tratou-se de demonstrar como a proteção e tratamento jurídico-penal para crimes que ferem um mesmo bem jurídico com a mesma gravidade, ou até com grau de violação maior, devem ser proporcionais em relação à sua ofensa e à resposta jurisdicional.

A recente pesquisa se justifica em razão da omissão legislativa, que não consegue acompanhar as mudanças sociais na mesma medida em que acontecem, e, por isso, acabam cometendo verdadeiras injustiças quanto à aplicação de penas relativas a certos crimes, que já não há mais justificação para tal magnitude de resposta.

O falso material e o falso ideológico, que serão estudados à luz do princípio da proporcionalidade, são um exemplo claro de tal omissão, haja vista que são tratados de formas diferentes e desproporcionais, em razão de uma questão histórica que já se encontra superada.

Trata-se de uma pesquisa jurídica-interpretativa e, para a sua demonstração, apoiamos-nos nos métodos de pesquisa exemplificativo, dedutivo e hipotético-dedutivo, baseando-se em entendimentos doutrinários e opiniões de operadores de direito.

1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

Antes de qualquer coisa, é imprescindível tratar sobre os princípios constitucionais penais, que dão base não somente a esse estudo, mas a qualquer estudo que se pretenda sério, em todas as áreas do direito.

O Direito Penal, como todos os outros ramos do Direito, se fundamenta em determinados princípios, como elementos essenciais e de direção, no sentido da

manutenção dos princípios garantistas, não só para o Estado e o Direito, mas, sobretudo para os indivíduos, destinatários finais da norma.

Esses princípios limitam o poder de punir do Estado, asseguram as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, constituindo parâmetros de interpretação e de aplicação da lei penal conforme a Constituição e as exigências próprias de cada Estado.

É evidente que a sociedade avança muito mais rapidamente e o direito em si não consegue acompanhá-la normativamente. A sociedade é quem molda o direito, pois é em razão dela que determinadas atitudes são repudiáveis e determinados bens jurídicos merecem proteção penal, e há uma incapacidade do Estado de lidar com essas mudanças sociais na mesma proporção que elas acontecem. Por isso é que o Direito vem sempre depois da atualidade histórica.

É em razão disso que muitos textos legais encontram-se “desatualizados”, mas interpretando-os em vista dos princípios constitucionais pode-se adequá-los à verdadeira situação sociológica e dessa forma melhor consolidar as garantias individuais e coletivas.

1.1 Conceito de princípio e sua importância

Etimologicamente, a palavra “princípio” vem do latim *“principium”*, que tem significação variada, e dá a ideia de origem, início, de primeira verdade, base para algo.

No sentido jurídico, o seu conceito, segundo Guilherme de Souza Nucci, indica uma ordenação, que se irradia e imanta os sistemas de normas, servindo de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo.³

³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 19.

Segundo Robert Alexy,⁴ princípios como normas jurídicas, são normas finalísticas e apontam para um Estado ideal de coisas a ser atingido, sem, contudo, indicar as condutas necessárias para atingi-lo.

Em uma análise histórica, verifica-se que em um primeiro momento, entendia-se que os princípios não tinham força normativa, não vinculavam e não podiam ser exigidos. A doutrina constitucionalista dizia que eram meras cartas de boas intenções, meras recomendações, algo para o legislador mostrar aquilo que desejava. Apenas o que valiam eram as regras.

Após a Segunda Guerra Mundial (1945), o mundo jurídico foi impactado, haja vista que as atitudes nazistas, embora ofensivas de vários princípios elementares, eram legitimadas por regras. A partir desse momento os princípios foram vistos com outros olhos e começou-se a conferir a eles força normativa.

Atualmente, há uma tendência de supervalorização de princípios em relação às regras, extremamente oposto ao primeiro momento.

Convém distinguir os princípios de natureza penal constitucional, os quais aqui serão tratados, dos princípios constitucionais gerais que versam a matéria penal.

Os primeiros integram o ordenamento penal positivo, são os princípios penais propriamente ditos, previstos na Constituição Federal.

Segundo Pallazo:

Em razão do próprio conteúdo, têm, ademais, características substancialmente constitucionais, enquanto se circunscrevem dentro dos limites do poder punitivo que situam a posição da pessoa humana no âmago do sistema penal; em seguida, vincam os termos essenciais da relação entre indivíduo e Estado no setor delicado do Direito Penal.⁵

Os de natureza geral se referem à matéria de relevância constitucional, estabelecendo, na maioria das vezes, suas diretrizes. Influenciam o direito penal

⁴ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

⁵ PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1989, p. 23.

moderno em seu caráter sancionatório, condicionam com prevalência o seu conteúdo e matéria disciplinada.

Tanto um, quanto o outro operam como fundamento e limite do exercício da atividade punitiva estatal.

1.2 Princípios constitucionais penais de forma geral

De forma geral, serão abordados indistintamente os princípios constitucionais penais, para posteriormente, aprofundar-se nos que são de suma importância para esse trabalho, quais sejam: os princípios da proporcionalidade e o da proteção exclusiva de bens jurídicos.

1.2.1 Princípio da legalidade

Este princípio tem base constitucional expressa disposta no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, e sua dicção é em sentido amplo, estipulando, basicamente, que a criação dos tipos incriminadores e de suas respectivas consequências jurídicas estão submetidas ao requisito de haver uma lei formal anterior.

Segundo a doutrina mais contemporânea, esse princípio se desdobra em três postulados.

O primeiro, da reserva legal, trata das fontes das normas penais incriminadoras. O segundo, da determinação taxativa, concerne à enunciação dessas normas. E o terceiro, da irretroatividade, trata da validade das disposições penais do tempo.

1.2.1.1 Reserva legal

Fruto do pensamento Iluminista, lastreia-se no ideário de Montesquieu e Rousseau, na obra “*Dei delitti e dele pene*”, de Beccaria. Este último enuncia em sua obra, que:

Apenas as leis podem fixar penas com relação aos delitos praticados; e essa autoridade não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade agrupada por um contrato social. Nenhum magistrado (que também faz parte da sociedade) pode, com justiça, infligir penas contra outro membro da mesma sociedade. Porém, uma pena aumentada além do limite estabelecido em leis é a pena justa mais a soma de outra; por conseguinte, não pode um magistrado, sob qualquer pretexto de zelo ou de bem público, acrescer a pena estabelecida a um delinquente comum.⁶

Esse princípio preconiza o ideal *nullum crime, nulla poena sine lege* (não há crime sem lei que o defina, nem pena sem cominação legal), expressão cunhada, tempos depois, por Feuerbach.

Confere ao cidadão a garantia de somente sofrer intervenção penal e ter a sua conduta classificada como crime se houver lei anterior que o defina, evidente garantia contra o absolutismo.

Segundo Luiz Luisi, este postulado é um patrimônio comum da legislação penal dos povos civilizados, estando, inclusive, presente nos textos legais internacionais mais importantes do nosso tempo.⁷

Desse princípio decorre a proibição do direito costumeiro e da analogia como fonte do direito penal.

1.2.1.2 Da determinação taxativa

⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Edição eletrônica: Ed.RidendoCastigat Mores, 1764, disponível em <www.jahr.org>, acesso em 24 de abril de 2017, p. 15.

⁷ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 21.

Este postulado traz a exigência de que as leis penais, especialmente as de caráter incriminatório, sejam claras, certas e precisas, para assim, o princípio da legalidade alcançar o seu objetivo, pois de nada adiantaria uma lei anterior se esta não fosse dotada de clareza e certeza necessária, indispensáveis para evitar interpretações e aplicações diferentes. Em decorrência, exige-se da norma incriminadora penal obediência ao que se convencionou chamar *tipicidade estrita*, que significa, de um lado, que a hipótese legal descrita no tipo deve ser, o quanto possível, precisa, clara e completa, e de outro, que o fato tenha perfeita adequação a essa hipótese. Do contrário, não estará configurado o crime, por falta de ajuste típico.

1.2.1.3 Da irretroatividade

O último postulado exige a atualidade da lei, impondo que ela só alcançará os fatos praticados depois de sua vigência, não incidindo, de regra geral, sobre os fatos anteriores.

Como ensina F. Mantovani:

A irretroatividade da lei penal, além de assegurar exigências racionais de certeza do direito dá ao cidadão a segurança, ante às mudanças de valorações do legislador, de não ser punido, ou de não ser punido mais severamente, por fatos que no momento de sua comissão, não eram apenados, ou o eram de forma mais branda.⁸ (tradução nossa)

1.2.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Com o advento da Constituição Federal de 1988, foi consolidado como princípio fundamental da República, no artigo 1º, inciso III, ecoando o que é proclamado na Declaração Universal dos Direitos do Homem; o que implica afirmar que o Estado brasileiro coloca o ser humano como o centro e o objetivo maior da

⁸ FERNANDO, Mantovani. **Dirittopenale, parte generale**, 4ª ed, Padova: CEDAM, 2001, p. 49.

finalidade estatal, que deve respeitar e promover-lhe a dignidade e, como decorrência, assegurar ao homem a liberdade e o bem estar.

Sob a vista desse princípio, portanto, pelo enfoque do Estado brasileiro o homem deixa de ser considerado apenas como um súdito ou mero objeto e passa a ser visto como pessoa, independentemente de qualquer ligação política ou jurídica.

O seu objetivo é o do respeito à vida e das pessoas que compõem o tecido social.

É um princípio de caráter prévio, predeterminado, a que corresponde um direito natural, que corresponde igualmente a todos os homens.

Conforme preconiza o professor Rizzato Nunes, a dignidade humana é um valor preenchido *a priori*, isto é, todo ser humano tem dignidade só pelo fato de já ser pessoa⁹, de forma que é lícito concluir que o respeito e a promoção da dignidade humana pela República Federativa do Brasil independem até da nacionalidade do indivíduo e, portanto, é extensível aos estrangeiros que estejam em nosso território ou sob nossa autoridade.

1.2.3 Princípio da Culpabilidade

Encontra-se previsto de maneira implícita na Constituição como sendo imprescindível a um Estado Democrático de direito.

Possui relação direta com o princípio da legalidade penal e reafirma o caráter inviolável do respeito da dignidade da pessoa humana.

Esse princípio também recebe a denominação de responsabilidade subjetiva, ou seja, significa que ninguém será penalmente punido se não houver agido dolosa ou culposamente, *nullum crimen sine culpa* (não há crime sem culpa).

⁹ NUNES, LuisAntonioRizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 25.

O próprio Código Penal, em seu artigo 18, estabelece que o crime pode ser doloso ou culposos, trazendo em seu artigo, que, salvo disposição legal, ninguém será punido por fato previsto como crime senão quando o pratica dolosamente. Assim, a regra é buscar a fundamentação e tipificação da conduta do agente no dolo. Excepcionalmente, quando a necessidade de especial proteção do bem jurídico o exige, pune-se a produção culposa de um resultado danoso a esse bem.

Do ponto de vista histórico, em todos os primórdios das civilizações antigas a responsabilidade era rigorosamente objetiva, bastava ter causado o evento danoso, não se questionava se era ou não querido pelo autor.

A partir da segunda década do século XIX, se procurou construir um Direito Penal com estribo na ideia da culpabilidade.

1.2.4 Princípio da Intervenção Mínima e da Fragmentariedade

Decorre da necessidade e utilização da intervenção penal, preconizando que o Direito Penal só deve atuar em defesa de bens jurídicos que sejam imprescindíveis à vida pacífica em sociedade e que não podem ser protegidos de forma menos gravosa. Estabelece, pois, uma ordem de preferência de instrumentos de proteção, deixando a tarefa protetiva do Direito Penal para as hipóteses extremas, em que outros ramos do Direito, de consequências menos severas, não se mostram suficientes.

Através dele impõem-se limites ao arbítrio judicial, também impõe a necessidade de limitar ou até eliminar o arbítrio do legislador no que tange à redação do conteúdo das normas penais incriminadoras.¹⁰

Nas legislações constitucionais penais contemporâneas não se encontra explicitado taxativamente, mas, segundo Everardo de Cunha Luna é um princípio imanente que por seus vínculos com outros postulados explícitos, e com os

¹⁰BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 53.

fundamentos do Estado de Direito se impõem ao legislador, e mesmo ao hermeneuta.¹¹

Segundo preconiza Luiz Regis Prado:

[...] É uma orientação político criminal restritiva do *jus puniendie* deriva da própria natureza do Direito Penal e da concepção material de Estado democrático de direito. O uso excessivo da sanção criminal (inflação penal) não garante uma maior proteção dos bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica negativa.¹²

Também recebe a denominação de *ultima ratio*, ou seja, a criminalização de uma conduta só se legitima em relação a bens jurídicos importantes, deve-se recorrer ao Direito Penal apenas e em caso de esgotamento de todos os meios extrapenais de controle social.

Nesse sentido, se outras medidas cíveis ou administrativas forem cabíveis e suficientes, não há por que aplicar o Direito Penal.

A razão desse princípio, conforme afirma Roxin, radica em que o castigo penal coloca em perigo a existência social do afetado, se o situa à margem da sociedade e, com isso, também produz um dano social.¹³

Pelo postulado da fragmentariedade ou essencialidade, nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas penalmente e nem todos os bens jurídicos devem ser por ele protegidos.¹⁴

A proteção dos bens jurídicos pelo Direito Penal não é absoluta e só devem ser defendidos penalmente aqueles bens considerados socialmente imprescindíveis e de sumo valor para a vida em sociedade. Ou seja, é uma tutela seletiva do bem jurídico.

¹¹ LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos de Direito Penal. Com observações à nova parte geral do Código Penal**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 30.

¹² PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 11ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 171.

¹³ ROXIN, Claus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. 1ª ed., São Paulo: Del Rey International, 2007, p. 23.

¹⁴ BITENCOURT, 2013, **op. cit.**, p. 55.

1.2.5 Princípio da humanidade:

O ideal trazido por esse princípio diz que o Direito Penal deve pautar-se pela benevolência, veda a criação, aplicação ou execução de pena ou outra medida punitiva que atente contra a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados, ou seja, consiste no reconhecimento do condenado como uma pessoa humana e, como tal, tem assegurado o respeito à sua dignidade, como já visto antes, porquanto este é um dos fundamentos da República.

Para Maria Garcia a dignidade da pessoa humana deve ser considerada como uma compreensão do ser humano na sua integridade física e psíquica, como autodeterminação consciente, garantida moral e juridicamente, sendo um bem superior aos demais e essencial a todos os outros direitos fundamentais.¹⁵

Esse princípio consubstancia uma diretriz garantidora de ordem material restritiva da lei penal como uma salvaguarda da dignidade pessoal da sociedade e principalmente dos condenados à pena privativa de liberdade.

Como seus consectários pode-se destacar a proibição de proscrição de penas cruéis e infames, tortura, maus-tratos e a obrigação estatal de dotar sua infraestrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e exclusão total da sociedade os condenados.¹⁶

Sua consagração se deu com o movimento iluminista, que dominou os séculos XVII e XVIII, que afirmavam a existência de direitos inerentes a condição humana e defendiam a elaboração jurídica do Estado como se tivesse origem em um contrato social, em que se obrigavam a respeitar e assegurar os direitos humanos. A partir desse movimento, o elenco dos direitos humanos passou a integrar as Constituições Federais.

Sua previsão em tratados e normas humanas é reiterada, como por exemplo, nos artigos III e V da Declaração dos Direitos do Homem (1948) em que

¹⁵ GARCIA, Maria. **Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana, a ética da responsabilidade**. São Paulo: RT, 2004, p. 211.

¹⁶ BITENCOURT, 2013, **op. cit**, p. 70.

dispõe que todo indivíduo tem direito a vida, liberdade e a segurança pessoal e ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante. Também é previsto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) e na Convenção contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984).

Em nossa Constituição Federal (1989) é consagrado em diversos dispositivos. No artigo 5º, inciso XLIX diz que é assegurado aos presos o respeito, à integridade física e moral, e no seu inciso L consagra o direito às presidiárias de ser assegurado as condições para que possam permanecer com seus filhos no período de alactamento. Onde aparece com mais relevância é, ainda no artigo 5º, no inciso LXVII, que proíbe a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, e penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis.

Por fim, também é disposto na Lei de Execução Penal, no seu artigo 1º que destaca o objetivo do cumprimento da pena como sendo a reintegração social do condenado.

1.2.6 Princípio da Pessoalidade ou Individualização da Pena

1.2.6.1 Pessoalidade

É o princípio pacífico das nações civilizadas, impede a punição por fato alheio, apenas o autor da infração penal pode ser apenado, a pena pode atingir somente a ele.

Não é uma de reparação econômica do dano causado pela infração penal e sim um castigo indispensável pela atuação ilegal.

Constitui decorrência lógica do princípio da culpabilidade, já que só o autor ou partícipe da infração penal é que tem, em relação a esta, responsabilidade dolosa ou culposa.

Não se pode ignorar, porém, que a pena pode sim causar danos e sofrimentos a terceiros, como é o caso da condenação de um pai, marido e chefe de família, que ao ser preso não pode mais prover a subsistência familiar. E é em razão disto que as legislações vêm tentando criar instituições aptas para prestar assistência a família do sentenciado e até mesmo à vítima, como é o caso previsto no inciso XVI do artigo 22 da Lei de Execução Penal, que incumbe ao serviço social orientar e amparar, quando necessário, a família do internado e da vítima.

1.2.6.2 Individualização

Este obriga o julgador a fixar a pena conforme a cominação legal em sua espécie e quantidade, adotando as penas de privação ou restrição de liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa ou suspensão e interdição de direitos (art. 5º, inciso XLVI, Constituição Federal).

O processo de individualização se desenvolve em três momentos sucessivos e complementares.

O primeiro é o legislativo, onde é fixado para cada tipo penal uma ou mais penas proporcionais à importância do bem jurídico lesionado e a gravidade da sua ofensa.

O segundo, judicial, é a fase onde o juiz irá fixar a pena aplicável e a quantificar entre o máximo e mínimo fixado, e determinar o seu modo de execução.

A última, denominada fase executória, é onde efetivamente será concretizada a individualização da pena. É aí que a sanção penal começa verdadeiramente atuar sobre o delinquente, que se mostrou insensível a ameaça contida na cominação.¹⁷

É relevante no tratamento penitenciário, pois nele a individualização deve observar os objetivos a serem alcançados com a aplicação da pena.

¹⁷ BRUNO, Anibal. **Direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 158.

Em síntese, a pena deve estar proporcionada ou adequada à magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a medida de segurança à periculosidade do agente, conforme lesiona, conforme lesiona Regis Prado.¹⁸

1.3 Princípios estruturantes do tema

Agora, após uma explanação geral sobre os princípios constitucionais penais, entraremos no estudo dos princípios que são de suma importância para o trabalho em questão.

É em cima desses dois princípios que se levantará a problemática do tratamento jurídico penal e da individualização das penas cominadas nos crimes de falsidade ideológica e material.

Primeiramente, trataremos do princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos e, em seguida, da proporcionalidade.

1.3.1 Princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos

Este define a função do Direito Penal, não se legitima a sua aplicação sem a sua observância.

A partir desse princípio se demarca os limites da intervenção penal, até porque, em um Estado democrático, só se pode interferir na liberdade dos cidadãos para proteger bens jurídicos.

Bens jurídicos são valores primordiais de uma determinada sociedade em dado momento histórico. A sociedade os elege, pela sua grande importância, para colocá-los sob a proteção do Direito, por isso recebem a denominação de *bens jurídicos*.

¹⁸PRADO, 2011, **ob. cit.**, p. 173.

O escopo imediato e primordial do Direito Penal reside na proteção dos bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à coletividade, sendo assim, não há delito sem que haja lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico determinado.

Também recebe a nomenclatura de princípio da ofensividade ou da lesividade, por conta da influência da doutrina italiana.

Sua operação se dá desde a elaboração e criação do tipo de injusto, fase legislativa, e na de aplicação da lei penal, fase judiciária.

O conceito de bem jurídico é valorado e relativo a determinado sistema social e dado momento histórico-cultural, e o legislador ordinário deve sempre ter em conta essas diretrizes e as contidas na Constituição, para que realmente sejam tutelados aqueles bens jurídicos mais relevantes.

Decorrem dessa teoria do bem jurídico dois limites relevantes: a) natureza indicativa: somente os bens existenciais mais importantes para os indivíduos e para a vida em sociedade merecem ser contemplados em uma norma penal como objetos de proteção; b) caráter negativo: a moral, a ética, a ideologia, não podem ser convertidos em objeto de tutela penal.

Por fim, as principais funções desempenhadas pelo bem jurídico penal são: a) função da garantia: é um conceito-limite na dimensão material da norma; b) função teleológica: critério de interpretação dos tipos penais; c) função individualizadora: critério de medida na pena no momento de sua fixação; d) função sistemática: elemento classificatório dos tipos da parte especial do Código Penal.¹⁹

Em conclusão, é um dos princípios constitucionais penais limitadores do *ius puniendi*, regendo a seleção dos bens jurídicos mais importantes e, assim, concedendo a eles a tutela penal.

1.3.2 Princípio da proporcionalidade

1.3.2.1 Origem

¹⁹BECCARIA, 1764, **ob. cit.**, p. 54 e ss.

Vem do latim *proportionalis*, de *proportio*, que significa proporção, correspondência, relação.

Sua origem histórica é antiga, mas passou a tomar corpo em especial com o Iluminismo, movimento intelectual que procurava eliminar, dentro do possível, toda e qualquer intervenção estatal desnecessária na vida dos indivíduos. As ideias trazidas pelo Iluminismo e pelo Direito Natural diminuíram o autoritarismo do Estado, o que assegurou um novo espaço na ordem social aos indivíduos, libertando-os das velhas e autoritárias relações medievais e na recusa de qualquer intervenção ou punição exagerada ou desnecessária.

Em especial, na obra de Cesare Beccaria, se afirmou como um verdadeiro pressuposto penal, para ele as penas previstas em lei devem ser proporcionais aos delitos e, de certo modo, ao dano causado à sociedade, o dano seria a verdadeira medida dos crimes. Vale destacar seu entendimento de que:

Não é apenas de interesse comum que não se pratiquem crimes, mas, também, que sejam mais raros na proporção do mal que causam à sociedade. Portanto, por via de consequência, mais fortes devem ser os obstáculos que afastem os homens dos crimes, na medida que se apresentam como contrários ao interesse público e na razão dos estímulos que para eles os induzam. Dessa forma, deve existir uma proporção entre os delitos e as penas.²⁰

Montesquieu, também o elenca como exigência da pena, referindo-se a esse princípio em suas “Cartas Persas”.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), em seu artigo VIII, estabelece expressamente que a lei só deve estabelecer penas estritamente e evidentemente necessárias.

Surgiu primeiramente no Direito Administrativo, para as atividades policiais e posteriormente se alastrou a todo o Direito Público, principalmente o penal.

²⁰BECCARIA, 1764, **ob. cit.**, p. 229.

Atualmente é uma consagração do constitucionalismo moderno e foi recepcionado pela nossa Constituição, especialmente em seu artigo 5º, incisos XLVI que traz a exigência da individualização da pena; XLVII que proíbe determinadas sanções penais; e incisos XLII, XLIII e XLIV que trazem a admissão da adoção de penas mais graves.

1.3.2.2 Conceito

Atua como meio de proteção do *status civitatis*, estabelece limites à atuação e intervenção estatal, sendo que ela só se justifica quando não ultrapassa à consecução do fim pretendido. É uma ideia de moderação e do conceito do justo no sentido de equilíbrio.

A proporcionalidade é uma máxima suprapositiva dotada de uma forma motriz autônoma e funda-se em valores internos que justificam por sua própria natureza sua importância no nosso sistema.²¹

Conforme leciona Luiz Roberto Barroso, “é um parâmetro de valorização dos atos do poder público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico a justiça”.²²

Não é somente um critério interpretativo, vai mais além, é um vínculo constitucional com capacidade de limitar os fins de um ato estatal e os meios eleitos para sua finalidade.

Este, não está satisfeito quando se apena de forma demasiada um delito de severa danosidade social, já que, em sua projeção positiva, tal princípio veda a proteção deficiente dos bens jurídicos mais relevantes.

Uma vez reconhecido que o Estado tem o dever de atuar na tutela dos bens jurídico de índole constitucional, firma-se na doutrina o entendimento de que a violação à proporcionalidade não ocorre apenas quando haja excesso na

²¹ NETTO, José Laurindo de Souza. **Processo Penal: Sistemas e Princípios**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 63.

²² BARROSO, Luiz Roberto. **Princípio da Proporcionalidade**. V. 336. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1996, p. 128.

intervenção estatal, mas igualmente, quando esta se mostre manifestamente deficiente.²³

Entre os delitos e as penas deve sempre existir duas medidas de justo equilíbrio, uma abstrata, na elaboração dos tipos penais na fase legislativa, e uma concreta, feita pelo juiz. Deve existir uma correlação entre a ofensa e a gravidade do fato ilícito e a pena cominada ou imposta.

Trata-se de uma concordância material entre a ação e reação, a pena deve ser adequada à intensidade ou magnitude da lesão ao bem jurídico.

Tal princípio desdobra-se em duas vertentes, uma positiva e outra negativa, conforme dispõe Lênio Streck:

O princípio da proporcionalidade apresenta uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrozoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (Abwägung) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir da proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteção determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.²⁴

Vê-se, portanto, que tanto pode haver ofensa a esse princípio por excesso de punição a uma ofensa de pouca potencialidade ofensiva quanto por deficiência na repressão à lesão de maior gravidade; numa palavra, o princípio impõe que o Estado não proteja demais e nem de menos o bem jurídico eleito.

1.3.2.3 Pressupostos e requisitos

²³ Cf. Marin Borowski. **La Estructura de los Derechos Fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003. Pp. 162-166; SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade** > o Direito Penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e deficiência. In *Revista Brasileira de Ciência Criminais*, v. 47, 2004, p. 60-122.

²⁴ STRECK, Lênio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. In *Revista da Ajuris*, ano XXXII, nº 97, março/2005, p.180.

O princípio conjuga-se com a união harmônica de três fatores essenciais: a) adequação teleológica; b) necessidade; c) proporcionalidade *stricto sensu*.

A exigência da adequação aponta para a necessidade de a medida restritiva ser apropriada à prossecução dos fins invocados pela lei, tem que haver conformidade com os fins.²⁵

A segunda exigência, pretende evitar que se exceda os limites indispensáveis e a adoção de medidas que, embora a princípio são adequadas, não são necessárias para se atingir a proteção visada pela Constituição Federal. O meio tem que ser o menos lesivo possível para a conservação legítima do fim pretendido.

A última exigência consiste na adoção de justa medida, estabelece que uma lei restritiva, mesmo que adequada e necessária, torna-se inconstitucional se adotar cargas coactivas de direitos, liberdades e garantias desmedidas, desproporcionais, excessivas em relação aos resultados que se procura obter.

Como requisitos intrínsecos, toda medida deve ser idônea para a finalidade perseguida, exigindo-se a substituição da medida mais gravosa por outra de menor gravidade, se ela tiver a mesma aptidão para alcançar o objetivo.

1.3.2.4 Violação do princípio da proporcionalidade

O legislador brasileiro, muitas vezes pela evolução sociológica e estagnação da lei penal, comete deslizes no cenário da proporcionalidade, ao cominar penas muito brandas ou excessivamente severas a determinados casos.²⁶

E não atende às exigências desse princípio uma proteção deficiente dos bens jurídicos.

²⁵ NETTO, 2006, **ob. cit.**, p. 66.

²⁶ NUCCI, 2013, **ob. cit.**, p. 97.

Decorrência lógica natural do princípio da proporcionalidade é que lesões de mesmo vulto contra um mesmo bem jurídico ou contra bens jurídicos diversos, mas de importância equivalente, devem ter resposta penal equivalente. A desproporção entre as sanções de tipos incriminadores diversos que tenham similar magnitude, contra o mesmo bem jurídico, não atende ao princípio ora comentado.

Sendo assim, o tratamento jurídico penal diverso para os crimes de falso material e falso ideológico se demonstra como uma proteção deficiente, ao menos para uma das formas de ataque ao bem jurídico fé pública e, portanto, é uma ofensa direta a tal princípio.

Não existe, a rigor, nem quanto à gravidade do fato, nem quanto à intensidade da ofensa à fé pública, diferença entre a falsidade material e a falsidade ideológica, que justifique o tratamento desigual conferido pelo legislador penal.

Conforme já demonstrado a resposta punitiva estatal deve ser proporcional à lesão e gravidade ao bem jurídico pela ação delitiva.

Não se justifica e tampouco é justo um tratamento jurídico penal diferente para crimes que ferem da mesma forma o mesmo bem jurídico, a fé pública. Ou ainda, analisando mais profundamente, o crime de falsidade ideológica, atualmente, diante dos novos recursos tecnológicos, fere de forma até mais gravosa tal bem jurídico e é punido, mesmo assim, de forma mais branda que o falso material.

CONCLUSÃO

No decorrer da presente pesquisa, buscou-se demonstrar os princípios constitucionais penais e como se relacionam com a etapa legislativa e a aplicação do direito.

Tais princípios são limitadores do poder estatal, haja vista que o Direito Penal se legitima apenas enquanto produzido e aplicado para defender os

interesses e bem jurídicos extremamente relevantes para uma determinada sociedade.

Para um tratamento jurídico-penal legítimo somente aquele que infringiu e praticou uma conduta ilegal deverá responder por sua culpa ou dolo, e somente se houver uma lei formal anterior, com penas que respeitem sua humanidade e dignidade da pessoa humana, compatíveis com a infringência ao bem jurídico tutelado.

A proporcionalidade mostra-se como um princípio constitucional de suma importância, haja vista que impede que entre os delitos e as penas falte justo equilíbrio, além de assegurar que infrações penais de gravidade similar recebam resposta penal similar.

É a partir de sua interpretação que se chega à conclusão de que crimes que ferem o bem jurídico de forma demasiada devem ser punidos mais severamente, e, a contrário senso, aqueles que atingem o bem jurídico de forma mais leve, devem ser punidos mais brandamente. E, ainda, que crimes de magnitude equivalente não podem receber tratamentos muito diferentes.

É em razão disso, que nas cominações penais e tratamentos jurídico-penais envolvendo os crimes de falso material e falso ideológico, ocorre uma afronta direta a tal princípio. Os crimes de falso ideológico agridem o bem jurídico fé pública com a mesma magnitude, ou, ainda, de forma mais grave, que os crimes de falso material, porém, são punidos de forma mais branda.

Chega-se à conclusão, então, que em um sistema em que os princípios constitucionais são normas jurídicas de tão suma importância, que regem todo o direito, não pode prosperar uma ofensa tão direta ao princípio da proporcionalidade. Impõe-se ao legislador que, para adequar a legislação penal pertinente aos ditames constitucionais, proceda à urgente correção dessa flagrante distorção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luiz Roberto. **Princípio da Proporcionalidade**. V. 336. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1996.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Edição eletrônica: Ed. RidendoCastigat Mores, 1764, disponível em <www.jahr.org>, acesso em 24 de abril de 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOROWSKI, Marin. **La Estructura de los Derechos Fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003. Pp. 162-166; SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade > o Direito Penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso deficiência**. In Revista Brasileira de Ciência Criminais, v. 47, 2004.

BRUNO, Anibal. **Direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense.

FERNADO, Mantovani. **Dirittopenale, parte generale**, 4º ed, Padova: CEDAM, 2001.

GARCIA, Maria. **Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana, a ética da responsabilidade**. São Paulo: RT, 2004.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos de Direito Penal. Com observações à nova parte geral do Código Penal**. São Paulo: Saraiva, 1985.

NETTO, José Laurindo de Souza. **Processo Penal: Sistemas e Princípios**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUNES, LuisAntonioRizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

PALAZZO, Francesco. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Trad. Géron Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1989.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ROXIN, Claus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. 1ª ed., São Paulo: Del Rey International, 2007.

STRECK. Lênio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. In Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 97, março/2005.