



A ATUAÇÃO DO LEGISLADOR NO ESTABELECIMENTO DAS SANÇÕES PENAIÀ LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Guilherme do Carmo Olivatti¹
Pedro Augusto de Souza Brambilla²

RESUMO: O objeto do presente estudo é analisar o sistema penal pátrio a partir do processo de criação da norma penal incriminadora, verificando se nessa etapa o princípio da proporcionalidade é realmente aplicado. Diante da expansão do Direito Penal, que por muitas vezes é influenciado pela mídia e pelo clamor social, acaba por gerar uma inflação legislativa, evidenciando o conceito de um Direito Penal do inimigo, olvidando seu caráter subsidiário, que se orienta pelo princípio da intervenção mínima. Sendo assim, busca-se materializar a proporcionalidade na criação, aplicação e execução da pena pelos legisladores e magistrados, a fim de que os objetivos constitucionais de um Estado democrático de Direito sejam alcançados.

Palavras chave: Sistema Penal Pátrio. Princípio da Proporcionalidade. Estado Democrático de Direito.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho, teve a finalidade de analisar a estrutura e aplicação do princípio da proporcionalidade, verificando a sua inobservância no Direito Penal, especialmente pelo Poder Legislativo, tendo em vista, que este envolve a restrição de um direito imprescindível para todo Estado Democrático de Direito, que é o direito de liberdade, não podendo, portanto, utilizar a sanção penal como instrumento arbitrário e degradante ao indivíduo.

Para o alcance dessa finalidade, em um primeiro momento abordou-se sobre a missão do Direito Penal, pois ele é o responsável por eleger os bens jurídicos essenciais para o convívio social, de modo que, se forem violados e, as demais áreas do Direito forem inidôneas para tutelá-los, deverá atuar utilizando-se

¹ Discente do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP. Endereço eletrônico: guicarmo2010@hotmail.com

² Docente do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP. Endereço eletrônico: pedroaugustobrambilla@gmail.com

da sanção penal como instrumento adequado com o escopo de retribuição e prevenção do mal causado.

No entanto, como já salientado, a resposta estatal através da pena é por muitas vezes voraz e intensa, necessitando que limites sejam impostos. Assim, a Constituição Federal e seus princípios, tais como o da proporcionalidade, vêm com a finalidade de orientar e determinar a atuação penal pelos legisladores e magistrados.

Nesse sentido, em um segundo momento tratou-se do princípio da proporcionalidade, discorrendo sobre sua natureza jurídica e disposições terminológicas, e expondo sobre seus subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

E por fim, dissertou-se sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade no legislativo, concedendo balizas para uma correta aplicação do referido princípio no campo penal.

Portanto, este trabalho visa proporcionar fundamentos para uma materialização do princípio da proporcionalidade, com o intuito de que as garantias individuais constitucionais sejam protegidas, e que em toda a sistemática penal as exigências de um Estado Democrático de Direito sejam concretizadas.

2. PREMISSAS ELEMENTARES BALIZADORAS

Neste tópico, será discutido de forma acurada, no entanto, sem esgotar o assunto, sobre o que vem a ser sanção penal, discorrendo sobre seus múltiplos conceitos e suas finalidades precípuas, a fim de embasar o presente trabalho, dando a este, estrutura metodológica e apoio lógico-argumentativo.

2.1. A Missão Do Direito Penal

O Direito Penal tem como função precípuas a proteção dos bens jurídicos imprescindíveis para o convívio e a sobrevivência da sociedade, ou, nas palavras de Luiz Regis Padro, “o pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos –

essências ao indivíduo e à comunidade.”³ Sendo assim, o direito penal cumpre sua missão através da cominação, aplicação e execução da pena.

A pena, nada mais é que a imposição de um resultado indesejável a um indivíduo infrator de uma norma penal, e nos dizeres de Rogério Greco, “a pena, portanto, é simplesmente o instrumento de coerção de que se vale o direito penal para a proteção dos bens, valores e interesses mais significativos da sociedade.”⁴ Fernando Capez, contribuindo para esta conceituação, também aduz a ideia de pena como sendo:

Sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade.⁵

Em suma, o Direito penal tem como finalidade a proteção dos bens jurídicos mais importantes e necessários para a manutenção da paz social, valendo-se, para tanto, de sanção penal. Assim pondera Cleber Masson: “A proteção de bens jurídicos é a missão precípua, que fundamenta e confere legitimidade ao Direito Penal.”⁶

A origem desta ideia, nasce com o jurista Birnbaum, sendo o primeiro estudioso a considerar o conceito de bem jurídico; no mesmo diapasão, Feuerbach discursava sobre a proteção de um direito subjetivo por meio do direito penal. Dessarte, Rogério Greco, explicita:

Esse raciocínio a respeito da finalidade protetiva de bens jurídicos atribuída ao Direito Penal teve início com Birnbaum, em 1834. Antes dele, Feuerbach afirmava que o Direito Penal tinha por fim proteger direitos subjetivos, pois o delito significava uma lesão de um direito subjetivo alheio. Portanto, desde Birnbaum a doutrina majoritária tem afirmado ser esta a finalidade do Direito Penal.⁷

³ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 7º Ed., Editora Revista do Tribunais, São Paulo, 2015. p. 47.

⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Vol. 1. 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017, p. 34.

⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Vol. 1. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 472.

⁶ MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120) – vol. 1** –13. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 8.

⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Vol. 1. 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017, p. 35.

Entretanto, não é qualquer bem jurídico merece ser penalmente protegido, mas somente aqueles de indispensável importância para a manutenção da paz social, ou seja, aqueles que sejam substâncias para a correta organização da vida em sociedade.

Nesse seguimento, o principal vetor para indicar quais são os bens jurídicos dignos de guarda penal é a Constituição federal, sendo ela responsável por fornecer ao direito penal quais são as garantias fundamentais do indivíduo e do Estado Democrático de direito as quais deve respeitar e proteger, trazendo balizas para um Direito Penal garantidor, liberal e mínimo.

Desta forma, discorre Janaína Conceição Paschoal:

A concepção da Constituição, enquanto limite do Direito Penal, permite que se faça uma reflexão integrada com a sociedade, quando da promulgação da norma constitucional (que deve refletir os valores que lhe são caros, em um dado momento), possibilitando, igualmente, que essa mesma reflexão integrada com a necessidade social seja realizada quando da eventual elaboração da norma penal.⁸

No cumprimento do dever de proteção dos bens jurídicos, o Direito penal se distingue dos demais ramos do direito, tendo como elemento individualizador e intrínseco: o uso de coerção penal.

O Direito Penal, como forma de controle social, só pode atuar de forma subsidiária, ou seja, somente se os demais ramos do direito não foram aptos e suficientes para solucionar o conflito instaurado. Sendo assim, o Estado não pode se valer de coerção penal em toda e qualquer situação, pois, se assim fosse, estaríamos diante de uma discricionariedade estatal, de um Estado violento e jacobino.

Nesse sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni, dispõe que:

O direito penal tem caráter diferenciador, o de procurar cumprir a função de promover à segurança jurídica mediante coerção penal, e esta, por sua vez, se distingue das restantes coerções jurídicas, porque aspira assumir caráter especificamente preventivo ou particularmente reparador.⁹

⁸ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 84.

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 99.

Assim sendo, a intervenção estatal, num Estado Democrático de Direito, através do direito penal, só se justifica quando fracassam as demais formas protetoras do bem jurídico previstas em outros ramos do Direito. Logo, toda a atuação penal deverá ser precedida de uma análise à luz do princípio da subsidiariedade, visto que as consequências de uma intervenção penal são demasiadamente severas, atacando as esferas de liberdade do indivíduo.

Em suma, estes são os nortes pelos quais o Direito Penal deve se pautar: estar embasado principiologicamente e estruturado nos ditames da Constituição federal. Diante de um cenário de hipertrofia penal, em que novos tipos penais são criados frequentemente, em que as penas são recrudescidas, e o princípio da proporcionalidade é flagrantemente desrespeitado; a busca pelo legislador e aplicador do Direito deve ser direcionada à propiciar limitações ao *jus puniendi* estatal, pautando suas escolhas por penas menos graves.

3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Neste tópico, discorrer-se-á epistemologicamente sobre o princípio da proporcionalidade, indagando sua natureza jurídica, haja vista o uso banalizado do termo no cotidiano forense, jurisprudencial e doutrinário. E por fim, abordar-se-á sobre as máximas que fundamentam o princípio da proporcionalidade, a fim de trazer as balizas necessárias para as fustigações centrais do presente trabalho.

3.1. Disposições Terminológicas – Regra, Princípio Ou Postulado Normativo?

Quando se trata sobre o princípio da proporcionalidade, apesar de ser um conceito amplamente utilizado no dia-a-dia forense e consolidado nos ditames jurisprudenciais, urge-se um embate doutrinário acerca da terminologia empregada no princípio da proporcionalidade, questionando se o chamado princípio da proporcionalidade, realmente possui a natureza jurídica de um princípio, ou se na verdade se trata de uma regra ou de um postulado normativo.

Segundo o estudo feito por Humberto Ávila, embasado na teoria do neoconstitucionalista Robert Alexy, o uso termo “princípio da proporcionalidade”, não é tão incontroverso quanto parece, encontrando embate com o conceito de regra

jurídica.¹⁰ Alexy, ao tratar sobre o tema, diferencia as regras dos princípios, não por meio de um critério como generalidade ou especialidade, mas sim através de um critério qualitativo e pragmático.

Consoante seus ensinamentos, tanto os princípios como regras são normas, ou seja, possuem um dever de observância. No entanto, as regras são cabais – ou são obedecidas, ou são desobedecidas –, já os princípios somente norteiam e informam as situações jurídicas, e nem sempre são completamente realizados, haja vista sua maior abstração em relação às regras.

Segundos as lições de Robert Alexy:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.¹¹

As regras expressam deveres definitivos, aplicando-se através da subsunção do fato à norma, já os princípios, só tomam forma definitiva e pragmática quando colidem com outros princípios. No mesmo giro, Humberto Ávila, ao expor que:

Diante do exposto, pode-se definir os princípios como normas imediatamente finalísticas, para cuja concretização estabelecem com menor determinação qual o comportamento devido. e por isso dependem mais intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida.

As regras podem ser definidas como normas mediamente finalísticas. para cuja concretização estabelecem com maior determinação qual o comportamento devido. e por isso dependem menos intensamente da sua

¹⁰ Cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. "A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade." RDA 215 (1999), especialmente pp. 154-158 e 168-175.

¹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais. Teoria & Direito Público. Tradução: Virgílio Afonso da Silva.** 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 90-91.

relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida.¹²

Assim, o problema terminológico levantado, diz respeito à impossibilidade – no tocante aos ditames da teoria de Robert Alexy – de enquadrar o princípio da proporcionalidade na categoria de princípio, tendo em vista que o mesmo é aplicado por meio de subsunção, sendo aplicado de forma constante, sem variações.¹³ Nas lições de Humberto Ávila:

Não sendo um princípio do modo como a teoria geral do direito analisa hoje a questão, então pergunta-se: em que consiste o dever de proporcionalidade? ALEXY, sem o enquadrar noutra categoria, o exclui, com razão, do âmbito dos princípios, já que não entra em conflito com outras normas-princípios, não é concretizado em vários graus ou aplicado mediante criação de regras de prevalência diante do caso concreto, e em virtude das quais ganharia, em alguns casos, a prevalência.¹⁴

Sendo assim, Alexy enquadra o princípio da proporcionalidade em outra categoria, classificando-o como regra, pois em sua aplicação, juntamente com suas sub-regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), a forma mais adequada é a subsunção. Entretanto, não se pode olvidar o uso habitual e pacificado do termo “princípio da proporcionalidade” no cotidiano forense. Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva, orienta que:

Não é possível, todavia, fechar os olhos diante da prática jurídica brasileira. Quando se fala em princípio da proporcionalidade, o termo "princípio" pretende conferir a importância devida ao conceito, isto é, à exigência de proporcionalidade. 13 Em vista disso, e em vista da própria plurivocidade do termo "princípio", não há como esperar que tal termo seja usado somente como contraposto a regra jurídica. Não há como querer, por exemplo, que expressões como "princípio da anterioridade" ou "princípio da legalidade" sejam abandonadas, pois, quando se trata de palavras de forte carga semântica, como é o caso do termo "princípio", qualquer tentativa de uniformidade terminológica está fadada ao insucesso. Mais importante do que a ingênua ambição de querer uniformizar a utilização do termo "princípio" é deixar claro que ele, na expressão "princípio da proporcionalidade", não tem o mesmo significado de "princípio" na distinção entre regras e princípios, na acepção da teoria de Robert Alexy.¹⁵

¹² ÁVILA, Humberto Bergmann. "A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade." RDA 215 (1999), p. 167.

¹³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais. Teoria & Direito Público. Tradução: Virgílio Afonso da Silva.** 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 117, nota de rodapé 84.

¹⁴ ÁVILA, **op. cit.**, p. 169.

¹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável.** Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50, p. 4.

Outro impasse terminológico, é o uso da expressão *proibição do excesso* para referir-se ao princípio da proporcionalidade. Embora estes conceitos guardem sinonímia, estando imprescindivelmente ligados, ganhando relevância com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, atualmente, vem se entendendo que o princípio da proporcionalidade não visa tão somente evitar os abusos estatais e obstar a sua represália contra o cidadão, mas também, e de forma oposta, vedar a proteção ineficiente, ou seja, a *proibição de insuficiência*, na qual o Estado não pode se omitir diante de algumas situações em que deve se valer de sua soberania e força para combater injustiças.¹⁶

Por fim, outra disposição terminológica, é a proposta pelo professor Humberto Bergmann Ávila, na qual enquadra a proporcionalidade como postulado normativo. De acordo com ele, postulados normativos são normas metódicas, de natureza secundária, ou metanormas, que servem de estrutura para aplicação e interpretação de outras normas (princípios e regras), mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios.¹⁷

No tocante ao postulado da proporcionalidade, Humberto Ávila, concede uma maior especificidade conceitual, constituindo-o como um postulado normativo aplicativo, “decorrente do caráter principal das normas e da função distributiva do Direito, cuja aplicação, porém, depende do imbricamento entre bens jurídicos e da existência de uma relação meio/fim intersubjetivamente controlável.”¹⁸ Ademais, estabelece a necessidade de que haja uma relação meio/fim como *conditio sine qua non* para a existência do referido postulado, pois, caso não houver tal relação devidamente estruturada, “cai o exame da proporcionalidade, pela falta de pontos de referência, no vazio”¹⁹

Elucidando o assunto, o ilustre professor, dispõe que:

Superou-se o âmbito das normas para adentrar o terreno das metanormas. Esses deveres situam-se num segundo grau e estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras. Como tais, eles permitem verificar os casos em que há violação às normas cuja aplicação estruturam. Só elipticamente é que se pode afirmar que são violados os postulados da razoabilidade, da proporcionalidade ou da eficiência, por exemplo. A rigor,

¹⁶ Cf. SILVA, **op. cit.**, p. 4-5.

¹⁷ Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4º edição, revista, 3º tiragem, 2005, Editora Malheiros, p. 130.

¹⁸ Cf. ÁVILA, **op. cit.**, p. 113.

¹⁹ Cf. ÁVILA, **loc. cit.**

violadas são as normas – princípios e regras – que deixaram de ser devidamente aplicadas. [...]. Essas considerações levam ao entendimento de que os postulados normativos situam-se num plano distinto daquele das normas cuja aplicação estruturam. A violação deles consiste na não-interpretação de acordo com sua estruturação. São, por isso, metanormas, ou normas de segundo grau.²⁰

Assim sendo, a proporcionalidade ganha o título de postulado, haja vista que a sua funcionalidade vai além de uma mera análise de proporção, mas sim, de proteção aos direitos fundamentais mediante o procedimento de exames pré-ordenados que se aplicam em uma relação de causalidade, meio/fim, entre bens jurídicos contrapostos.

O postulado da proporcionalidade não se confunde com a ideia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).²¹

Enfim, independentemente da terminologia utilizada, o essencial é saber que a proporcionalidade transcende uma mera análise subjetiva sobre uma realidade fática em que se julga excessos ou omissões, contudo, parte um complexo estrutural e pragmático-jurídico arranjado, que por muitas vezes é olvidado pela jurisprudência e pela doutrina.

3.2. As Máximas do Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, em sua estrutura, é regido por 3 (três) máximas/sub-princípios/sub-regras, *adequação*, *necessidade*, e *proporcionalidade em sentido estrito*. Esta subdivisão possui uma ordem pré-definida de aplicação, não podendo a *necessidade* preceder a *adequação*, e a *proporcionalidade em sentido estrito* preceder a *necessidade*; a ordem de aplicação deve ser obrigatoriamente obedecida, seguindo a sequência supradita.

²⁰ ÁVILA, ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4º edição, revista, 3º tiragem, 2005, Editora Malheiros, p. 88.

²¹ ÁVILA, **op. cit.**, p. 112-113.

Além disso, outra característica presente, é a da subsidiariedade, ou seja, não necessariamente as 3 (três) sub-regras serão aplicadas, basta que uma seja violada para a norma ser considerada desproporcional e prescindir a análise das demais, isto é, caso a norma seja inadequada, dispensa-se a averiguação da necessidade e, no mesmo raciocínio, caso a norma seja considerada adequada, mas desnecessária, não precisará examinar a proporcionalidade em sentido estrito, esta que será apurada somente em ultima ratio. Desse modo, é fundamental analisar cada sub-regra individualmente, discorrendo sobre suas particularidades e relevância jurídica.

3.2.1. Adequação

Na observância dessas três máximas, busca-se analisar a relação entre os meios empregados e os fins almejados, valorando-os. Sendo assim, para que a norma seja considerada adequada, o meio utilizado deve ser apto para alcançar o resultado pretendido²², ou menos, fomentá-lo.²³ Assim, um meio somente será considerado inadequado, se ele nem ao menos conseguir fomentar a realização fim pretendido. Contribuindo com o argumento, Virgílio Afonso da Silva explica que:

Adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado. Há uma grande diferença entre ambos os conceitos, que fica clara na definição de Martin Borowski, segundo a qual uma medida estatal é adequada quando o seu emprego faz com que "o objetivo legítimo pretendido seja alcançado ou pelo menos fomentado." Dessa forma, uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido.²⁴

²² GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 126.

²³ Com base nos parâmetros de decisão do Tribunal Constitucional Alemão, Virgílio Afonso da Silva afirma: "A causa do problema está na tradução imprecisa da decisão. A sentença em alemão seria melhor compreendida se se traduzisse o verbo fördern, usado na decisão, por fomentar, e não por alcançar, como faz Gilmar Ferreira Mendes, porque, de fato, o verbo fördern não pode ser traduzido por alcançar. Fördern significa fomentar, promover. Adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado' (ob. cit.).

²⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50, p. 14-15.

A adequação guarda uma relação muito semelhante ao princípio da razoabilidade, pois ambos têm o escopo de avaliar a relação de compatibilidade entre meios e fins.²⁵ Destarte, a finalidade do subprincípio da adequação é verificar a se o meio é viável e praticável, e se em alguma medida ele promove o fim visado.

3.2.2. Necessidade

A máxima da necessidade traz a seguinte implicação, para que uma medida seja considerada necessária é inexorável que o objetivo pretendido seja alcançado com maior eficácia que as outras medidas em cotejo e, de forma até mesmo tautológica, é preciso que as outras medidas em comparação não sejam promovidas com a mesma intensidade que a medida empregada, somente assim, esta corresponderá à máxima da necessidade. Sendo assim, uma medida será considerada desnecessária caso seja manifestamente inadequada quando comparada com outra.

Novamente, e com a mesma maestria, Virgílio Afonso da Silva, aduz:

Suponha-se que, para promover o objetivo O, o Estado adote a medida M1, que limita o direito fundamental D. Se houver uma medida M2 que, tanto quanto M1, seja adequada para promover com igual eficiência o objetivo O, mas limite o direito fundamental D em menor intensidade, então a medida M1, utilizada pelo Estado, não é necessária. A diferença entre o exame da necessidade e o da adequação é clara: o exame da necessidade é um exame imprescindivelmente comparativo, enquanto que o da adequação é um exame absoluto.²⁶

O exame da necessidade é extremamente importante para avaliar as medidas que o Estado se vale na satisfação das necessidades públicas, respaldando-se nas exigências do princípio da eficiência advindo do direito administrativo (vide art. 37, da CF), na qual o Estado deve buscar a consecução dos seus objetivos aproveitando de forma consciente os recursos disponíveis.

Sendo assim, as medidas adotadas pelo Estado devem passar pelo exame da necessidade, a fim de verificar se o fim pretendido pode ser alcançado por

²⁵ CAMARGO, Manuela Oliveira. **Proporcionalidade e Razoabilidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Os casos de conflitos entre da Ordem Econômica**. p. 21. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/241_Manuela%20Oliveira%20Camargo.pdf. Acesso: 19/05/2020.

²⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50, p. 17.

outro meio de mesma eficácia e que restrinja os direitos em menor proporção. Em se tratando de restrição de direitos em prol da garantia de outro, o Estado deve guardar um tremendo zelo para que o direito lesado seja o mínimo possível.

3.2.3. Proporcionalidade em sentido estrito

Após passado pelos exames da adequação e da necessidade, sobrevém o exame da proporcionalidade em sentido estrito, na qual implica uma análise axiológica, auferindo se a restrição de um direito fundamental em prol de outro realmente é justificável. Assim, se a norma que está restringindo um direito fundamental, embora seja adequada e necessária, não for suficiente para legitimar a restrição feita, será considerada desproporcional em razão da violação da proporcionalidade em sentido estrito, e nos dizeres do exímio constitucionalista:

Ainda que uma medida que limite um direito fundamental seja adequada e necessária para promover um outro direito fundamental, isso não significa, por si só, que ela deve ser considerada como proporcional. Necessário é ainda um terceiro exame, o exame da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.²⁷

Em seguida, Virgílio Afonso da Silva, sustenta que:

Para que uma medida seja reprovada no teste da proporcionalidade em sentido estrito, não é necessário que ela implique a não-realização de um direito fundamental. Também não é necessário que a medida atinja o chamado núcleo essencial de algum direito fundamental. Para que ela seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. É possível, por exemplo, que essa restrição seja pequena, bem distante de implicar a não-realização de algum direito ou de atingir o seu núcleo essencial. Se a importância da realização do direito fundamental, no qual a limitação se baseia, não for suficiente para justificá-la, será ela desproporcional.²⁸

Dessa maneira, é possível concluir que a proporcionalidade em sentido estrito valer-se-á de uma análise fática, indagando acerca da idoneidade da medida

²⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50, p. 19.

²⁸ SILVA, **op. cit.**, p. 20.

proposta, ao verificar se ela possui elementos que de fato justifiquem sua atuação, e consequente restrição de um determinado direito fundamental.

4. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA FASE DE CRIAÇÃO DA NORMA PENAL

Após todos os apontamentos, em que se analisou a função protetiva dos bens jurídicos por meio do Direito Penal, e também as nuances terminológicas, conceituais e pragmáticas do princípio da proporcionalidade, chega-se ao ponto culminante do presente trabalho, em que se questiona: o princípio da proporcionalidade realmente é utilizado como critério pelo legislador no momento da criação da lei penal?

O legislador, na tripartição dos poderes, atua como representantes do povo, devendo, através da criação de leis, atender aos anseios e necessidades da sociedade.²⁹ Na esfera penal, fica patente a importância da função legiferante, haja vista que o legislador será responsável pela seleção dos bens jurídicos que são dignos de tutela penal e, portanto, caso violados, uma pena pré-definida – com os limites mínimos e máximos fixados – poderá ser aplicada ao infrator, esta que só poderá ser cominada por meio de uma lei prévia incriminadora, conforme dispõe o princípio da legalidade.

Várias são as análises prévias que o legislador obrigatoriamente deve fazê-las, uma delas é de suma importância, de exigência imperativa, *conditio sine qua non* para existência de qualquer norma, que é a análise de conformidade com a Constituição. Como já abordado anteriormente, a Constituição norteia todos os ramos do Direito, e não é indiferente com a seara penal, devendo ser tomada não somente como um limite ao Direito Penal, e sim, como fundamento.³⁰

²⁹ No entanto há ressalvas a serem feitas, nesse sentido, Paulo Nader, elucide que: “Quando se diz que o legislador deve respeitar a vontade social, não se quer declarar que o povo detenha fórmulas jurídicas mais convenientes e sim que ao se preparar um texto legislativo devem-se eleger valores e buscar soluções compatíveis com as pretensões dominantes. A sociedade possui problemas heterogêneos que ameaçam a sua estabilidade e nem sempre possui a consciência das fórmulas mais adequadas de resolvê-los, pois compete ao poder a pesquisa das diversas soluções e escolha daquela que se antecipa como instrumentalmente capaz e sem o risco de tornar vulneráveis outros interesses sociais.” NADER, Paulo, *Filosofia do Direito*, 25. ed. rev. e atual – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 54.

³⁰ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. cit., p. 115

Nesse diapasão, a Constituição impõe limites ao Direito Penal, sejam eles positivos, informando quais são os bens jurídicos que merecem guarida penal e portanto de necessária tipificação caso violados forem, e também, de limite negativo, ao ditar quais tipos de pena o Direito Penal não pode se valer para concretizar sua função retributiva e preventiva.

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;³¹

Segundo as lições de Virgínia de Oliveira Rosa Dobrianskyj:

A Constituição Federal brasileira de 1988, ao autorizar a lei que restringe direitos, liberdades e garantias, de forma que permita ao legislador a realização de uma tarefa de concordância prática justificada pela defesa de outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos, impõe uma clara vinculação ao exercício dos poderes discricionários do legislador.³²

Outro Norte que a Constituição traz ao Direito Penal, é o da observância à dignidade da pessoa humana, que de acordo com o professor Rizzato Nunes “é um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina a todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais.”³³ Logo, é salutar que o Direito Penal em seus atos de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas não olvide o ser humano enquanto um ser de direitos, dotado de dignidade e valor.

³¹ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, Acesso: 20/05/2020.

³² DOBRIANSKYJ, Virgínia de Oliveira Rosa. **O Princípio da Proporcionalidade como Critério de Aplicação de Pena**, p. 81. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp099257.pdf>. Acesso em: 20/05/2020.

³³ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2002, p. 51.

Cabe também destacar alguns princípios que devem passar pela análise do legislador, v.g., o princípio da adequação social, que preza por punir somente os delitos que não sejam aceitados socialmente, ou seja, delitos que causem qualquer objeção social, funcionando desta forma “como causa supralegal de exclusão da tipicidade, pela ausência da tipicidade material, não pode ser considerado criminoso o comportamento humano que, embora tipificado em lei, não afronta o sentimento social de Justiça.”³⁴

Em sentido semelhante, vem o princípio da lesividade que preceitua a inexistência de crime a uma conduta que sequer gerou perigo de lesão ao bem jurídico. Nos dizeres de Francesco:

Em nível legislativo, o princípio da lesividade (ou ofensividade), enquanto dotado de natureza constitucional, deve impedir o legislador de configurar tipos penais que já hajam sido construídos, *in abstracto*, como fatores indiferentes e preexistentes à norma. Do ponto de vista, pois, do valor e dos interesses sociais, já foram consagrados como inofensivos. Em nível jurisdicional-aplicativo, a integral atuação do princípio da lesividade deve comportar, para o juiz, o dever de excluir a subsistência do crime quando o fato, no mais, em tudo se apresenta na conformidade do tipo, mas, ainda assim, concretamente é inofensivo ao bem jurídico específico tutelado pela norma.³⁵

O princípio da intervenção mínima, como já discorrido anteriormente, clama ao legislador por “moderação no momento de eleger as condutas dignas de proteção penal, abstendo-se de incriminar qualquer comportamento. Somente deverão ser castigados aqueles que não puderem ser contidos por outros ramos do Direito.”³⁶

Todavia, apesar de todas as balizas que são prescritas ao legislador, as distorções à proporcionalidade ainda persistem. Legisladores influenciados pela forte mídia, acabam por criar novos tipos penais ou agravar os já existentes, acarretando o que se denomina de expansionismo do Direito Penal. O momento histórico também é um tenaz influenciador na política criminal.

Dessa forma, o legislador na criação das leis penais deve estar revestido de racionalidade, tendo como base critérios objetivos e principiológicos, realizando um prognóstico, com vistas a apurar a eficácia empírica da norma.

³⁴ MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120) – vol. 1** – 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 41.

³⁵ PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989. p. 80.

³⁶ MASSON, **loc. cit.**

Uma de suas primeiras tarefas é a de atribuir valor devido às lesões ocasionadas a determinado bem jurídico, sopesando cada tipo de transgressão, valores estes que são expressos através das normas.

Segundo as lições de Paulo Nader:

O poder elaborador planeja esquemas normativos capazes de manter íntegro o edifício social e, para tanto, mediante reflexão e juízos de valor, impregna a nova realidade jurídica com o sentido do justo. Ainda quando falho o critério da fonte, haverá normas consagrando valores, embora negativamente. Além de realizar valores, o Direito dispõe sobre valores, isto porque, ao disciplinar as relações de convivência, procura exercer a proteção dos bens que possuem significado para o ser racional. A vida, a liberdade, o patrimônio são valores relevantes para o homem, já que essenciais à sua vida. Eles são valores exponenciais e alvo da maior atenção do homem. Em cada norma jurídica vislumbramos dupla incidência valorativa: o valor humano e o jurídico. A norma refere-se a algo que o homem estima e o faz consagrando valores jurídicos, como a justiça e segurança.³⁷

Apesar de todo o exposto, ao analisar o código penal verifica-se uma série de distorções ao princípio da proporcionalidade. Quando colocado os tipos penais em cotejo, fica nítido que o legislador não adotou nenhum critério racional e proporcional no estabelecimento das sanções penais e fixação de seus limites máximos e mínimos, vis-à-vis as dissonâncias apresentadas.

No direito penal brasileiro é flagrante o desrespeito à recomendação do princípio da proporcionalidade. Pode-se verificar a grande aleatoriedade com que são formulados os preceitos secundários das normas incriminadoras, sem qualquer preocupação em limitar, mediante a utilização de algum critério, a razão entre o tempo mínimo de pena privativa de liberdade e seu limite máximo.³⁸

É incontestável que os bens jurídicos não estão em pé de igualdade, pois, há bens que possuem uma relevância maior dentro da sociedade e, portanto, maior proteção penal, v.g., não se pode dizer que a vida tem o mesmo valor jurídico penal que a honra, de modo que é manifestamente desproporcional atribuir a pena do crime homicídio simples a mesma quantidade que a pena imposta ao crime de injúria.

À vista disso, valendo-se o legislador da gravidade do delito e da importância do bem jurídico como critérios, ainda que não fosse sua intenção

³⁷ NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 25. ed. rev. e atual – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 54.

³⁸ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 167.

original, salta aos olhos as cominações dissonantes quando postos em cotejo os tipos penais, sendo claras as incongruências na quantidade de pena prevista para cada delito, como por exemplo: crime de lesão corporal grave (art. 129, §1º do CP – Pena – reclusão, de um a cinco anos) e furto qualificado (art. 155 do CP – Pena – reclusão 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa).³⁹ Logo, se alguém ferir outrem gravemente, de modo que cause debilidade permanente de membro, sentido ou função, terá os limites de sua pena maiores do que alguém que invade uma casa – sem causar qualquer lesão física ou ameaça – com emprego de chave falsa, ou em um concurso de pessoas.

Na mesma linha argumentativa, o mesmo episódio ocorre com os crimes de estelionato (art. 171 do CP – Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa) e receptação qualificada (art. 180, §1º do CP – Pena – reclusão, de três a oito anos, e multa) quando comparados com o crime de lesão corporal grave.⁴⁰ O que transparece, é que o legislador quis punir mais severamente crimes contra o patrimônio do que crimes contra a vida, manifestando-se uma situação complementemente aberrante e incompatível com a realidade jurídica garantista-constitucional.

Outra teratologia jurídica é observada na cominação penal atribuída ao tráfico de pessoas (art. 149-A do CP – Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa); como um crime de tamanha gravidade, tão abominável e repulsivo, que viola de forma pungente todas as esferas de dignidade da pessoa humana ter limites penais tão baixos? Onde estão os critérios de justiça e proporcionalidade aplicados pelo legislador?

Dessarte, constata-se o desrespeito da proporcionalidade por parte do legislador brasileiro. Sendo assim, é necessário que o mesmo reveja seus parâmetros, e no momento de criação de uma norma penal, voltar-se para os preceitos constitucionais, realizar uma análise principiológica, e principalmente, no momento de aplicação do princípio da proporcionalidade, questionar-se: A sanção penal realmente é adequada, de modo que seja apta a alcançar o fim a que se destina (proteção do bem jurídico), ou ao menos promovê-lo? Em outras palavras, a pena cominada, realmente, é capaz de promover a proteção ao bem jurídico? Caso for adequada, em conformidade com o princípio da subsidiariedade, existem outros

³⁹ BRASIL. **Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, Acesso: 22/05/2020.

⁴⁰ BRASIL. **Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, Acesso: 22/05/2020.

meios alternativos capazes lograr o fim com a mesma intensidade e menor lesividade ao direito fundamental? E por fim, caso for adequada e necessária, a restrição ao Direito de liberdade traz mais vantagens ou desvantagens quando posto confronto promoção da finalidade pública de tutelar penalmente determinado bem jurídico?

Nas palavras de Paulo Nader, a sanção jurídica, “é um dos meios adotados pelo legislador para que o Direito Positivo alcance maior índice de efetividade”⁴¹, sendo indispensável para a manutenção da paz social, “dispondo de seu mecanismo coercitivo para preservar o equilíbrio na sociedade”⁴². Porém, não se pode utilizá-la de forma imprudente, de modo que viole um dos direitos mais sagrados do ser humano, que é a liberdade. É preciso que o legislador reveja seus critérios, e não olvide a proporcionalidade, como sendo um princípio indispensável para a justiça na seara penal.

5. CONCLUSÃO

O Direito Penal, a cada dia que passa tem se expandido com a criminalização de diversas condutas, formando legisladores ávidos a criar normas penais, e magistrados inflexíveis na cominação da pena, acreditando que a resposta para refrear a violência encontra-se na própria violência legitimada pelo Estado.

Sendo assim, os princípios e balizas constitucionais acabam sendo olvidados, e as exigências de um Direito Penal mínimo preteridas. O Direito Penal ganha novos contornos, sendo utilizado como resposta do Estado a toda e qualquer infração, e a sua aplicação enquanto *ultima ratio* omitida.

Diante disso, é imperioso que os legisladores e magistrados observem os ditames Constitucionais, e através deles, norteiam suas atividades, em especial o princípio da proporcionalidade, que, independentemente de sua categoria (princípio, regra ou postulado), deve ser aplicado.

Conclui-se, portanto, que o princípio da proporcionalidade tem relevo constitucional, não sendo um mero *topos*, ou estrutura de retórica, a sua aplicação é imprescindível para conceder unidade ao sistema penal e mantê-lo coeso. As máximas da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em

⁴¹ NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 25. ed. rev. e atual – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 93.

⁴² NADER, **op. cit.**, p. 55.

sentido estrito) são salutares para garantir a criação e aplicação de normais penas mais justas e adequadas, devendo estas serem relidas à luz do que dispõe a Constituição Federal que privilegie a dignidade da pessoa humana.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. *Teoria & Direito Público*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ÁVILA, Humberto Bergmann. "A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade." RDA 215 (1999).

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª edição, revista, 3ª tiragem, 2005, Editora Malheiros.

BRASIL. Código Penal. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, Acesso: 22/05/2020.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, Acesso: 20/05/2020.

CAMARGO, Manuela Oliveira. **Proporcionalidade e Razoabilidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Os casos de conflito entre princípios da Ordem Econômica**. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/241_Manuela%20Oliveira%20Camargo.pdf. Acesso: 19/05/2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral. Vol. 1**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

DOBRIANSKYJ, Virgínia de Oliveira Rosa. **O Princípio da Proporcionalidade como Critério de Aplicação de Pena**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp099257.pdf>. Acesso em: 17/04/2020.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral. Vol. 1**. 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120) – vol. 1** –13. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 25. ed. rev. e atual – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 7º Ed., Editora Revista do Tribunais, São Paulo, 2015.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.