

**AS TRÊS DIMENSÕES DA
PROPORCIONALIDADE NO DIREITO
PENAL**

SEBÁSTIAN BORGES DE ALBUQUERQUE MELLO

AS TRÊS DIMENSÕES DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL

Sebastião Borges de Albuquerque Mello¹

RESUMO

O presente artigo analisa as manifestações do princípio da proporcionalidade, relacionando-o com diversos princípios fundamentais do Direito Penal. Assim, relaciona-se necessidade com intervenção mínima, adequação com adequação social e a proporcionalidade em sentido estrito com a compatibilização harmônica e axiológica das penas dentro do sistema jurídico-penal.

Palavras-chave: Proporcionalidade. Direito penal. Intervenção mínima. Adequação social.

ABSTRACT

This article analyzes the manifestations of the principle of proportionality, relating it to several fundamental principles of criminal law. There is some features with minimal intervention, social adjustment and proportionality in the strict sense with the harmonic and axiological compatibility of punishments within the criminal legal system.

Keywords: Proportionality. Penal Law. Minimal intervention. Social adjustment.

¹ Advogado, Mestre e Doutor em Direito pela UFBA, Professor de Direito Penal da Graduação e Pós-Graduação (mestrado e doutorado) da UFBA, Professor de Direito Penal da Faculdade Baiana de Direito.

1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade inegavelmente se densifica no Direito Penal. Não se trata de princípio expresso no texto constitucional, mas não se pode deixar de reconhecer sua existência na ordem jurídica, seja como derivação do Estado de Direito, como prefere Roxin², ou, como sustenta Bandeira de Mello, da legalidade³, ou mesmo, segundo Guerra Filho, como princípio fundamental não derivado de qualquer outro⁴. Na Doutrina Penal, Queiroz considera que o referido princípio é o mais importante do Direito Penal, tendo em vista que tudo no Direito Penal é proporcionalidade, pois tudo o que se discute na esfera penal passa pelos juízos de necessidade, adequação, proporcionalidade, isto é, intervenção jurídico-penal⁵.

De fato, como a proporcionalidade, na linha de Alexy, é um mandado de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental, há inevitavelmente uma derivação penal de tal princípio, o qual irá representar, em maior ou menor medida, limitações à esfera de intervenção estatal na liberdade individual.

Não se pode, num Estado Democrático de Direito,

2 ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General. Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid: Thomsom-Civitas, 2003, p. 65

3 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 15ª Ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p. 101.

4 GUERRA FILHO, Willis Santiago, **Direitos Fundamentais, Processo e Princípio da Proporcionalidade**, in PEREIRA, in: GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.) **Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 199

5 QUEIROZ, PAULO, **Direito Penal – Parte Geral**, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2005, pp. 32-33.

prescindir do princípio da proporcionalidade aplicado à esfera penal. Isso porque o Direito Penal traz em si intrinsecamente um conflito entre liberdade e intervenção, pois, antes mesmo de limitar o poder punitivo estatal, ele é, na essência, um instrumento de vulneração dos Direitos Fundamentais. Na expressão de Zaffaroni e Batista, o Estado de Direito é uma barreira a represar um Estado de polícia que inevitavelmente sobrevive em seu interior⁶. Não é possível compreender a pena – instrumento distintivo e caracterizador do Direito Penal – sem pensá-la como uma violência do Estado contra o cidadão, e que essa violência, sem dúvida, conspurca, ou, na pior das hipóteses, relativiza os Direitos Fundamentais eleitos à categoria de princípios constitucionais.

O que justifica o Estado a interferir dessa maneira, privando e limitando a liberdade e a dignidade de seus membros? São inúmeros argumentos, podendo destacar-se a ideia de que a violência penal é legitimada diante da vulneração de bens jurídicos de dimensão constitucional, considerados essenciais para a convivência social pacífica, cuja tutela revela-se insuficiente pelos demais mecanismos de controle social⁷. Ferrajoli, por sua vez, vê a violência penal justificada por uma dupla finalidade preventiva, isto é, pelo impedimento do exercício arbitrário das próprias razões, tanto pelo ofensor, ao cometer o delito, como

6 ZAFFARONI, Eugenio Raul, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro, **Direito Penal Brasileiro- I, Teoria Geral do Direito penal**. Rio de Janeiro, Revan, 2004, p. 41

7 MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade**. Salvador, Juspodivm.2010.

pelo ofendido, no caso de vingança. Assim, a parte proibitiva serviria para coibir as próprias razões que o delito expressa, e a parte punitiva, para prevenir a vingança e as penas informais, que também consiste em exercício das próprias razões⁸.

Tanto no Direito Penal como no Processual Penal, o Estado pode – e costuma – extrapolar seu dever de proteção e tutela, afetando de modo desproporcional Direitos Fundamentais daqueles que, por sua vez, são acusados de violar Direitos Fundamentais alheios⁹. A justificativa de proteção a outros bens jurídicos fundamentais, ou a defesa de valores como “segurança”, “defesa nacional”, “combate à impunidade”, invocados amiúde demagogicamente para justificar excessos, não deve ser utilizado para vulnerar excessivamente Direitos Fundamentais de pessoas que o Estado deve, *priori*. Desta feita, deve-se, inevitavelmente, recorrer ao princípio da proporcionalidade para limitar ao estritamente necessário, adequado e proporcional à intervenção Estatal nos Direitos Fundamentais.

Assim, a intervenção penal, seja pela ótica da proteção dos bens jurídicos, seja pela dupla prevenção de uma violência maior, deve ser excepcional, uma vez que atinge Direitos Fundamentais. Dessa maneira, a vulneração penal de direitos e garantias somente pode ser justificada de acordo com o princípio da proporcionalidade em suas três dimensões, porque a pena – e

8 FERRAJOLI, Luigi, **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**, Trad. Ana Paula Zomer e Outros, São Paulo: Madri, Ed. Revista dos Tribunais, 2002, 270.

9 SARLETT, Ingo Wolfgang, **Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os Direitos Fundamentais entre proibição de excesso e insuficiência**, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano 12, nº 47, 2004, p. 98.

outras medidas penais e processuais – só pode ser implementada se atingir na menor escala possível os Direitos Fundamentais, e, por isso mesmo, só pode haver intervenção penal se necessária, adequada e proporcional, atingindo o mínimo possível os direitos dos indivíduos.

2 A NECESSIDADE E A INTERVENÇÃO MÍNIMA

A primeira dimensão do princípio da proporcionalidade, como visto, é o princípio da necessidade, isto é, diante de dois meios igualmente eficazes para se atingir determinado fim, deve-se escolher aquele que tenha a menor interferência possível nos Direitos Fundamentais. Assim, pode-se dizer que o princípio da necessidade é o princípio do meio menos gravoso. Nessa ótica, há visível correlação entre o princípio da proporcionalidade com o princípio penal da intervenção mínima, ou *ultima ratio*.

Pelo referido princípio, o Direito Penal não deve atuar quando houver um meio extrapenal igualmente eficaz para a proteção do bem jurídico, e, se houver a necessidade de intervenção penal, ela deve ser a mais suave possível. Isso porque a tutela penal, como medida extrema, não deve incidir em toda ou qualquer lesão de bem jurídico. Segundo Assis Toledo, o Direito Penal tutela bens jurídicos que requerem proteção especial por se revelarem insuficientes às garantias extrapenais oferecidas pelo ordenamento jurídico, mas não se deve supor que toda forma de agressão a qualquer bem jurídico possa suscitar a intervenção penal. A vida em comunidade pressupõe riscos, e

não é missão do Direito Penal afastar todos os riscos e todas as possibilidades de violação do Direito – missão que, por si só, resultaria impossível¹⁰.

Diante de inúmeras ofensas aos mais variados tipos de bem jurídico, apenas uma parcela destas demanda proteção jurídico-penal. Assim, conforme já explicitado, apenas as mais graves lesões aos bens jurídicos mais importantes, com dimensão e nível constitucional, exigem a intervenção do sistema penal.

Todavia, o argumento de que um bem jurídico de dimensão constitucional requer proteção jurídico-penal é insuficiente para justificar a intervenção penal. A proteção de bens jurídicos – inclusive aqueles previstos na Constituição – não se realiza apenas por intermédio do Direito Penal, que é o último dos instrumentos de controle social de que dispõe o Estado e a ordem jurídica.

Bustos Ramirez bem assinala que a definição de conflito como delito indica por parte do Estado uma opção político-criminal entre as diferentes possibilidades que ele tem para enfrentar esse processo interativo já definido socialmente como conflitivo ou desviado. Dessa maneira, então, a única forma racional de justificar a intervenção do Estado nessa seara é a justificativa de que se trata de medida necessária, sob pena de constituir-se numa arbitrariedade¹¹.

Desse modo, a intervenção penal é mínima porque só

10 TOLEDO, Francisco de Assis, *Princípios Básicos de Direito Penal*, 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 17.

11 BUSTOS RAMIREZ, Juan José; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernan. *Nuevo sistema de Derecho Penal*. Madrid: Trotta, 2004, p. 31.

deve ser aplicada quando necessária, o que implica dizer que o Estado, diante de determinado conflito, deve esgotar todos os recursos e buscar todas alternativas possíveis de controle social para solucionar o conflito. Somente o fracasso ou a insuficiência dessas medidas justifica o recurso ao Direito Penal. Assim, se o Estado dispuser de um meio não penal (e, por isso, menos gravoso) para resolver o conflito, este deve ter preferência em relação à interferência do Direito Penal. No aspecto, a lição de Roxin¹²:

Como el Derecho penal posibilita las más duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, sólo se le puede hacer intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener un éxito suficiente. Pues supone una vulneración de la prohibición de exceso el hecho de que el Estado eche mano de la afilada espada del Derecho Penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente o incluso con más eficacia un determinado bien jurídico.

Esse aspecto da proporcionalidade como necessidade alinha-se com a tese de que o Direito Penal é subsidiário, fragmentário e sancionador. Já é conhecida a lição de Frederico Marques, para quem a legislação penal não teria nenhum sentido, caso não houvesse o restante da ordem jurídica, pois ela representa duplicação de preceito de uma norma extrapenal, com diversidade de sanção. Com base nesse conceito, conclui

12 ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**, cit., pp. 65-66.

que: a) toda infração penal é proibida por outra norma jurídica de natureza não penal, antes de o ser pelo Direito Penal; e b) a sanção punitiva é reforço e complemento a outra sanção não penal, estabelecida pela norma jurídica que anteriormente proibiu a conduta punível¹³.

Assim, se o Direito Penal chancela, com a sua sanção específica – a pena – ilicitudes previstas em outros ramos do ordenamento jurídico, ele representa a *ultima ratio* de intervenção, somente sendo chamado quando for estritamente necessário. Prittwitz chega a afirmar que o Direito Penal chega a ser uma espécie de estado de necessidade em face da sociedade, nos seguintes termos:

La pena es – tanto política como psicosocialmente – algo atávico. El derecho penal no es, como muestra con la mayor claridades principio de ‘ultima ratio’ -, un autentico instrumentario del Estado, sino el – muchas veces, quizá necesario - juramento por el que se declara que algo debe suceder y que la sociedad no puede intervenir de otra manera, una especie de estado de necesidad, se el Estado y la sociedad no saben ayudarse de otro modo¹⁴.

Merece encômios, neste particular, a aplicação do princípio da intervenção mínima (que deriva da proporcionalidade/

13 MARQUES, José Frederico, **Tratado de Direito Penal**, 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1964, v. 1, p. 9.

14 PRITTWITZ, Cornelius, **El Derecho penal Alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Última ratio?** In CASABONA, Carlos Maria Romeo (coord.) **La insostenible situación del Derecho Penal**, Granada, Editorial Comares, 2000, p. 446.

necessidade) no crime de desobediência, previsto no artigo 330 do Código Penal. Com efeito, há o entendimento dos Tribunais Superiores de que inexistente desobediência, se a norma extrapenal, civil ou administrativa já comina uma sanção sem ressaltar a sua cumulação com a pena pelo crime de desobediência¹⁵. Em outras palavras, se há a cominação de uma sanção civil, administrativa ou processual para o descumprimento de ordem de funcionário público, a sanção penal se torna desnecessária, pois existem outros meios, menos gravosos, para proteger o bem jurídico ali representado.

Na mesma linha de princípio, o Supremo Tribunal Federal considerou derogado o artigo 32 da Lei de Contravenções Penais, na parte que incriminava a direção de veículo na via pública, sem a devida habilitação. Isso porque o artigo 309 da Lei 9.503, de 1997, (conhecida como Código de Trânsito Brasileiro) tipificou, como crime, a conduta de dirigir sem habilitação, gerando “perigo de dano”. Como já havia a previsão administrativa da infração de dirigir sem habilitação, entendeu-se necessária a tutela penal apenas quando essa direção for concreta e comprovadamente perigosa, sendo suficiente a sanção extrapenal para resolver o conflito, aplicando-se, mais uma vez, o princípio da intervenção mínima no Direito Penal. Nas palavras do Ministro Relator Sepúlveda Pertence¹⁶:

15 Nesse sentido, **Superior Tribunal de Justiça** RHC 15596 / SP; 2004/0006118-4 Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO DJ 28.02.2005; HC 22.721/SP, Relator Ministro FÉLIX FISCHER, in DJ 30/6/2003; RHC 12.321/SP, Relator p/ Acórdão, Ministro Fernando Gonçalves, in DJ 29/9/2003. **Supremo Tribunal Federal**.

16 RE 319556 / MG Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE: DJ 12-04-2002.

A solução que restringe à órbita da infração administrativa a direção de veículo automotor sem habilitação, quando inexistente o perigo concreto de dano - já evidente pelas razões puramente dogmáticas anteriormente expostas -, é a que melhor corresponde ao histórico do processo legislativo do novo Código de Trânsito, assim como às inspirações da melhor doutrina penal contemporânea, decididamente avessa às infrações penais de perigo presumido ou abstrato.

Essa necessidade de chancela subsidiária também deve ser revelada no Processo Penal quando da vulneração de Direitos Fundamentais para colheita de provas, pois não há dúvidas de que o processo penal e a mera ameaça de pena, por si mesmos, representam vulneração a Direitos Fundamentais. Tão grave essa situação se coloca quando, no curso da investigação, são utilizados diversos meios violadores de Direitos Fundamentais, como buscas e apreensões, violação de sigilo postal, telefônico e bancário, enfim, uma série de medidas que podem ser consideradas arbitrárias, ainda que concedidas por ordem judicial.

Isso porque, ao requisito formal da autorização judicial, deve concorrer o requisito substancial da proporcionalidade. Hassemer, em artigo sobre o assunto, assinala que o que primeiro salta à vista quando se analisa o trato cotidiano da justiça penal com as informações pessoais é certa irreflexão, pois custa bastante crer que, sem necessidade alguma, se produzam intromissões em direitos alheios, ou que se limite sem motivo

ou fundamento a autodeterminação dos cidadãos acerca de suas informações pessoais¹⁷.

Sustenta o referido autor que a mera tese de que as lesões de direitos que a justiça penal investiga são mais graves que as intromissões cotidianas em dados pessoais dos cidadãos e não justifica a referida intromissão, justamente por violar o princípio da proporcionalidade, no aspecto da necessidade¹⁸. Nessa linha de raciocínio, a intromissão do poder punitivo em dados essencialmente sigilosos dos cidadãos deve ser possível apenas e tão somente quando não houver outro meio menos gravoso para se chegar a tal fim. E se acesso houver a tais dados, deve haver a colheita do mínimo necessário para se atingir o escopo determinado.

3 A ADEQUAÇÃO COMO ADEQUAÇÃO SOCIAL

O princípio da adequação dos meios, como visto, implica que a medida adotada pelo poder público para a realização de interesse público deve ser apropriada para a prossecução dos fins a ele subjacentes¹⁹. Assim, a adequação no Direito Penal está intrinsecamente relacionada com a conformidade das medidas penais em relação aos fins que elas almejam. Partindo-

17 HASSEMER, Winfried. ¿Proceso Penal sin protección de datos? In CASABONA, Carlos Maria Romeo (coord.) *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, Editorial Comares, 2000, p. 122.

18 HASSEMER, cit., p. 123.

19 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 269.

se aqui da ideia de que o fim do Direito Penal é a proteção subsidiária dos bens jurídicos, assim como a prevenção geral da autotutela, respeitando-se na maior medida possível os Direitos Fundamentais, é possível perceber a densificação do referido princípio quando se afasta a incidência das normas penais ou processuais penais sempre que elas forem insuficientes para atingir os fins a que o Direito Penal se propõe.

O princípio penal da adequação social pode ser visto como corolário do princípio da proporcionalidade/adequação. Com efeito, uma conduta, ainda que formalmente subsumida ao tipo legal de crime, não será criminosa se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada, justamente porque a intervenção penal não se presta a atingir o fim de proteção ao bem jurídico. Nas palavras de Welzel, a adequação social representa o âmbito “normal” de liberdade de ação social, de tal maneira que restam excluídos dos tipos penais as ações socialmente adequadas ainda que possam subsumir-se ao teor literal dos tipos²⁰. Assim, se a conduta, em determinadas circunstâncias, não recebe juízo de reprovação social, não pode constituir um crime. Evidente que a medida penal é inadequada para coibir comportamentos que, além de repetidos, são aceitos socialmente como lícitos.

Nessa linha é que, no século XX, foi necessário ajustar as medidas penais em relação aos crimes sexuais. Schunnehan menciona que, em 1974, o legislador alemão mudou a perspectiva

20 WELZEL, Hans, **El nuevo sistema del Derecho Penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista**, Trad; Cerezo Mir, Editorial B de F, Buenos Aires, 2004, p. 88.

do Direito Penal sexual, antes voltado para a proteção aos costumes ou moralidade, para um Direito Penal de proteção da autodeterminação sexual²¹.

Paulo Queiroz diz não haver sentido na incriminação de determinados delitos “sem vítimas”, como o porte ilegal de droga para uso pessoal e contravenções como o “jogo do bicho”, pois o Direito Penal seria um meio inidôneo para a consecução dos objetivos estatais com a proibição de tais condutas²². Na mesma medida, deve ser considerado inconstitucional o artigo 304, parágrafo único, da Lei nº 9.503, de 1997, que pune a omissão de socorro no trânsito, ainda que se trate de vítima com morte instantânea. Não se pode entender uma proteção adequada, compatível com a intervenção penal extrema, a criminalização de uma “*omissão de socorro de cadáver*”. Não há nenhum bem jurídico a ser tutelado, pois não é preciso ser gênio para perceber que é impossível prestar socorro a quem já morreu.

Obviamente, a alegação de necessidade do cumprimento literal da lei não mais se revela compatível com o Estado Democrático de Direito nem com uma ordem jurídica de regras e princípios, pois, como já citado, a legalidade formal é limitada pelos princípios reitores da ordem jurídica. Com efeito, José Eduardo Faria faz crítica a esse modelo legislativo em que toda experiência jurídica “*é reduzida à dimensão estrita do dogma*

21 SCHÜNNEMAN, Bernd, **O Direito Penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis de um Direito Penal em um Estado de Direito liberal.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano 13, nº 53, 2005, p. 19.

22 QUEIROZ, Paulo, *Direito Penal – Parte Geral*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2005, p.35.

*normativo e à pretensa racionalidade formal de um legislador presumivelmente tão coerente quanto onisciente*²³“.

O princípio da adequação requer que a medida (legal, judicial ou administrativa) ofensiva a Direitos Fundamentais respeite os limites traçados pelo fim a ser alcançado. E isso significa, na lição de Canotilho, que a Constituição autoriza a Lei a restringir direitos, liberdades e garantias, justificada pela defesa de outros bens constitucionalmente protegidos, mas isso, em outra medida, impõe uma vinculação aos poderes discricionários do legislador, dentre os quais, a mais completa conexão material entre meios e fins, que não existe quando o processo penal, em nome de argumentos demagógicos e supostos interesses sociais, subverte a ordem processual e viola Direitos Fundamentais²⁴.

Pacelli argumenta que as funções atribuídas constitucionalmente ao Estado o colocam em nítida vantagem em relação ao réu, de tal maneira que o exercício abusivo (que não respeite a relação meio-fim) de qualquer dessas funções contaminará o conteúdo da decisão judicial, já que o simples exercício regular das funções penais pelo Estado tangencia os próprios Direitos Fundamentais²⁵.

23 FÁRIA, José Eduard, **A noção de paradigma na Ciência do Direito: notas para uma crítica ao idealismo jurídico**, in FÁRIA, José Eduard [org], **A crise do Direito numa sociedade em mudança**, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1988, p.14.

24 CANOTILHO, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, cit., p. 457.

25 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli, **Processo e hermenêutica na tutela dos Direitos Fundamentais**, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 162-3.

4 A PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou “máxima do sopesamento” significa que é necessário ponderar os interesses em conflito, comparando-se a importância da realização do fim e a intensidade de proteção aos Direitos Fundamentais²⁶. No que se refere ao Direito Penal, Batista e Zaffaroni sustentam que a criminalização alcança um limite intolerável de irracionalidade quando o conflito sobre cuja base se opera é de lesividade ínfima, ou se a afetação dos conflitos é grosseiramente proporcional à magnitude da lesividade do conflito²⁷. Dessa maneira, além de perguntar sobre a necessidade e adequação da medida, deve-se investigar se a carga coativa da medida penal, cotejada com a violação, guarda uma relação de medida proporcional. Trata-se de lição velha, pois Beccaria, há séculos, já defendia a proporcionalidade entre pena e delito, afirmando, textualmente, que se houvesse possibilidade de se adaptar a geometria às combinações das ações humanas, deveria haver uma escala de penas, descendo da mais forte para a mais fraca, mas cabendo ao sábio legislador assinalar os principais pontos, sem alterar-lhes a ordem, para que os delitos de primeiro grau não venham a ter a pena do último²⁸.

26 ÁVILA, Humberto, **Teoria dos Princípios – da definição á aplicação dos princípios** jurídicos, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 116

27 ZAFFARONI, Eugenio Raul, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro, **Direito Penal Brasileiro- I, Teoria Geral do Direito Penal**, cit. p. 230.

28 BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di, **Dos Delitos e das penas**, Trad. J. Cretella jr. E Agnes Cretella. 2ª Ed. – São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 38.

Como a medida penal deve ser sopesada, para que não seja excessiva a carga coativa aos Direitos Fundamentais quando cotejada com a lesão decorrente da infração, é inegável a correlação entre proporcionalidade em sentido estrito e princípio da insignificância. De acordo com este último, o Direito Penal deve excluir danos de pouca importância, só devendo atuar até onde for necessário para a proteção do bem jurídico, deixando de se ocupar por bagatelas²⁹. Sendo ínfima a lesão ao bem jurídico, torna-se desproporcional a intervenção penal, pois há uma máxima vulneração dos Direitos Fundamentais por parte do Estado, em confronto com a lesão mínima ao bem jurídico.

A insignificância não é princípio explícito na ordem jurídica – assim como não o é a proporcionalidade –, mas deve ser reconhecido em face da máxima otimização dos Direitos Fundamentais. Nessa linha, os atos formalmente típicos só podem ser introduzidos materialmente no campo de intervenção jurídico-penal quando a lesão alcançar um grau de intensidade proporcional à gravidade da lesão. Só pode haver intervenção penal proporcional quando o nível concreto de gravidade do ato típico chegar a ponto de vulnerar bens jurídicos essenciais na medida do caráter extremo da intervenção penal.

A insignificância, paulatinamente, tem sido contemplada em decisões dos Tribunais Superiores, a despeito de alguma resistência em reconhecê-la de forma mais abrangente em face do princípio da proporcionalidade. Não obstante, foi reconhecido

29 TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª Ed. 11. tir. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 133.

tal princípio no furto de quantia ínfima, inferior a 10% (dez por cento) do salário mínimo³⁰, na falsificação de moeda grosseira a ponto de ser inidônea para ludibriar terceiros³¹, de descaminho quando o imposto devido é de pequeno valor³², na destruição de uma Lâmpada³³, ou do preso que destrói obstáculos materiais à consecução da fuga³⁴.

Ainda que relevante a lesão a um bem jurídico fundamental, o princípio da proporcionalidade há de ser invocado para justificar a graduação das penas, de acordo com a gravidade da lesão causada, bem como em cotejo com lesões a outros bens jurídicos, para que seja preservada a ideia central de justiça, qual seja, tratar o que é igual de maneira igual, e o que é distinto de maneira distinta, na medida de sua distinção³⁵. Beccaria já afirmava que se uma pena igual for cominada a dois delitos que desigualmente ofendem a sociedade, não haverá obstáculo aos homens para que cometam o delito mais grave, se disso resultar maior vantagem³⁶.

Nesse sentido é que Mir Puig menciona dois aspectos ou exigências que não de ser observadas: por uma, que a pena

30 STF HC 84412 / Rel. Min. CELSO DE MELLO Julg. 19/10/2004. Trecho da ementa: “O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social”.

31 STF HC 83526 / CE Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA Julg: 16/3/2004

32 STF AI-QO 559904 / RS Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julg: 7/6/2005

33 STJ RHC 9359 / SP Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, julg. 16/12/1999.

34 STJ HC 25657 / SP Rel. Min. Paulo Medina julg. 4/12/2003.

35 PERELMAN, Chaïm, **Ética e Direito**, Trad. Maria Ermentina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 30.

36 BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. **Dos Delitos e das penas**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2ª Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 39.

seja proporcional ao delito; por outro lado, a exigência de que a medida de proporcionalidade se estabeleça tendo como base a importância social do fato. Declara, inclusive, que a proporção é capaz de afirmar positivamente a vigência das normas na consciência coletiva (prevenção geral positiva), que aconselha a apoiar com maior pena as mais importantes lesões, em detrimento das menos graves³⁷.

Ocorre que o incremento cada vez mais frequente de normas penais incriminadoras na legislação extravagante acarreta um processo progressivo de violação ao princípio da proporcionalidade em face de uma absoluta falta de critério na distribuição das penas, o que acarreta, como salientado noutro lugar, a quebra da unidade e da ordenação que asseguram o caráter sistemático ao subsistema jurídico-penal³⁸.

Dessa maneira é que Zaffaroni e Batista³⁹ criticam a falta mínima de coerência que existe em relação à magnitude das penas vinculadas a cada conflito criminalizado. Cita, como exemplo, situações em que a lesão ao patrimônio é punida com mais rigor do que delitos contra a vida⁴⁰. Na mesma linha de raciocínio, não se pode entender que situações típicas aparentemente idênticas tenham tratamento jurídico-penal absolutamente distinto no que tange à resposta penal, nem como situações em que um maior

37 PUIG, Santiago Mir: **Derecho Pena – Parte General**, Buenos Aires, Editorial B de F, 2004, p. 137

38 MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque, **Direito Penal: Sistemas, Códigos e Microssistemas**. Curitiba: Ed. Juruá, 2004.

39 ZAFFARONI, Eugenio Raul, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro, **Direito Penal Brasileiro- I, Teoria Geral do Direito Penal**, cit Cit., p. 231.

40 Exemplo é o roubo qualificado pela lesão grave, que possui pena maior do que a de homicídio simples.

desvalor da ação possui menor desvalor na sanção.

Não há dificuldade em se extrair alguns exemplos:

- a) Na já citada Lei nº 9.503, de 1997, também conhecido como “Código de Trânsito Brasileiro”, o art. 303, que trata da lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, comina pena de seis meses a dois anos de detenção, mais grave do que a lesão corporal leve dolosa, prevista no Código Penal, em que a pena é de três meses a um ano. O desvalor da ação culposa, embora menor, merece resposta penal mais severa do que a lesão dolosa.
- b) Rui Stoco menciona o tratamento distinto ao crime de advocacia administrativa, que no Código Penal, em sua forma simples (art. 321), tem pena em abstrato de um a três meses, enquanto na Lei nº 8.666, de 1993, a pena é de seis meses a dois anos de detenção, para um delito equivalente, e na Lei nº 8.137, de 1990, a pena para o mesmo crime cometido na administração fazendária é de um a quatro anos de reclusão⁴¹.
- c) No crime de excesso de exação (CP, art. 316, § 1º e § 2º), a pena para o crime na sua forma simples, em que o sujeito cobra tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido – recolhendo

41 FRANCO, Alberto Silva & STOCO, Rui (coord.) **Código penal e sua Interpretação Jurisprudencial**, 7ª Ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 3.897.

tal valor aos cofres públicos – é de três a oito anos de reclusão, enquanto a forma qualificada, em que o funcionário público desvia, em proveito próprio ou alheio, o que recebeu para recolher aos cofres públicos, a pena cominada é de dois a doze anos, isto é, a forma qualificada, em tese mais grave, possui pena mínima inferior à da forma simples.

- d) A desproporção que denota o caráter seletivo e discriminatório do Direito Penal se verifica na análise do crime de extorsão mediante sequestro (CP, art. 159) quando dura mais de 24 horas, tem sua pena mínima de doze e a máxima de vinte anos de reclusão; quando, em contrapartida, submeter alguém à condição similar à de escravo (CP, art. 149), que pode durar meses e até anos, possui pena de dois a oito anos de reclusão.
- e) O crime do artigo 273 do Código Penal, acerca da falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais, tem como pena mínima dez anos, que se estende a formas equiparadas, como falsificação de cosméticos ou mesmo a venda de produtos com redução do valor terapêutico ou mesmo a compra de medicamentos adquiridos de estabelecimento sem licença sanitária. Essa pena mínima é maior do que a mínima do homicídio simples (seis anos), e maior do que a pena máxima do crime de lesão corporal

gravíssima (oito anos). A forma culposa, que prevê detenção de um a três anos, é idêntica à do homicídio culposo e maior do que a lesão corporal culposa. Não há tese de supremacia da lei que justifique tamanha irracionalidade. Reale Jr. adverte que se trata de verdadeira aberração legislativa, e que não há interpretação que conforme as penas em questão aos valores e princípios constitucionais, notadamente os da proporcionalidade e ofensividade⁴².

- f) Zaffaroni e Batista advertem também para o artigo 302 do Código Penal, que confere ao médico privilégio numa modalidade especial de falso ideológico, na qual é cominada pena de um mês a um ano, enquanto os demais profissionais estão sujeitos às penas do art. 299, com pena de um a três anos⁴³.
- g) Levando-se em conta o bem jurídico tutelado, é flagrantemente desproporcional a pena de quem adulterar ou remarcar número de chassi ou qualquer sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento (art. 311 do Código Penal), que é de três a seis anos de reclusão e multa, mais grave que a pena cominada ao homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor

42 No aspecto, REALE, Miguel Jr. **A Inconstitucionalidade da Lei dos Remédios. Revista dos Tribunais** 763, São Paulo. 426/7.

43 ZAFFARONI, Eugenio Raul, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro, **Direito Penal Brasileiro- I, Teoria Geral do Direito Penal**, cit., p. 231.

(art. 302 da Lei nº 9.503, de 1997), cuja pena cominada é a de detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor;

- h) O favorecimento de um comprador ou freguês em detrimento de outro (art. 7º, I, da Lei nº 8.137, de 1990) é punida com detenção, de dois a cinco anos, além de multa, de forma mais grave do que a omissão, pelo fornecedor, de informações acerca do caráter nocivo ou perigoso à saúde de determinado produto (art. 63 da Lei nº 8.078, de 1990), cuja pena é de seis meses a dois anos e multa. Em outras palavras, a discriminação entre consumidores é mais grave do que a exposição da vida ou saúde de um número indeterminado de consumidores a perigo de dano⁴⁴.
- i) A violação ao princípio da proporcionalidade na tipificação do sequestro relâmpago. Com efeito, as formas qualificadas pela lesão grave e pela morte possuem penas mais graves do que as penas do roubo qualificado pelo resultado lesão grave ou morte. Havendo roubo, as penas variam entre reclusão, de sete a quinze anos, no caso de superveniência de lesões graves, e de vinte a trinta anos, em caso de

44 No aspecto, MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque, **A tutela penal das relações de consume e o art. 278 do Código Penal**. Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, vol. 2, ano 2., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2005, pp. 130-142.

morte. A extorsão praticada mediante a restrição da liberdade da vítima acarreta pena de reclusão, de dezesseis a vinte e quatro anos, em caso de lesões graves, de vinte e quatro a trinta anos, em caso de morte da vítima⁴⁵.

O elenco acima, infelizmente, é exemplificativo, e não faltariam hipóteses de violação ao princípio da proporcionalidade. A solução, de *lege ferenda*, seria a adequação das normas, por intermédio de lei, para que fossem ajustadas incongruências como a acima apontada. Todavia, o juiz não pode ficar alheio a essa situação. Como afirma Carrió, os princípios jurídicos são justamente dirigidos aos juízes, e terminam por excepcionar as regras de primeiro grau⁴⁶. Assim, para que seja preservado o princípio da proporcionalidade, deve-se observar que não é possível ao juiz, em face do princípio da reserva legal e da taxatividade da lei, “corrigir” as incongruências em prejuízo do Réu, preenchendo suposta insuficiência na proibição. Se a punição é branda, a competência para suprir eventual lacuna axiológica é do legislador, ante a proibição de analogia. De outro modo, a utilização da analogia *in bona partem* para corrigir a irracionalidade de algumas situações flagrantemente constitucionais se revela não só possível, como necessária.

Por fim, deve-se considerar a incidência da

45 MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. **A definição jurídica de sequestro relâmpago e suas incongruências**. Lex. Revista do Direito Brasileiro, v. 47, 2010, p. 280.

46 CARRIÓ, Genaro R. **Notas Sobre Derecho Y Lenguage**, Buenos Aires: Abeledo Penot, 1990, p. 204-5

proporcionalidade em sentido estrito no que tange à duração máxima da medida de segurança. Mir Puig considera, inclusive, que a proporcionalidade como critério de graduação das penalidades não surgiu por causa da pena, mas sim por causa da medida de segurança, pois estas não são limitadas pelo princípio de culpabilidade⁴⁷. Disso se revela o problema relacionado à sua máxima duração, já que o Código Penal, no seu artigo 97 § 1, que medida de segurança será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não averiguada a cessação da periculosidade.

Isso não pode dar margem a uma duração indeterminada. Ferrajoli⁴⁸, ao tratar de semelhante dispositivo na legislação italiana, menciona que a indeterminação da duração e a carência de quaisquer garantias de certeza acerca do momento da cessação representam, seguramente, o aspecto mais vexatório das medidas de segurança pessoais, porque representam, mais das vezes, a segregação perpétua.

O Supremo Tribunal Federal tem limitado a duração máxima da medida de segurança em trinta anos⁴⁹, ao argumento de que não pode haver medida penal de caráter perpétuo. A possibilidade, todavia, da medida de segurança durar no máximo trinta anos para qualquer infração, ainda assim, viola o princípio da proporcionalidade, pois poderia ser determinada a internação de um inimputável por crimes como o de furto ou lesões corporais leves. Dessa forma é que parte da doutrina, mais

47 PUIG, Santiago Mir: **Derecho Pena – Parte General**, p.136.

48 FERRAJOLI, Luigi, **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**, Trad. Ana Paula Zomer e Outros, São Paulo: Madri, Ed. Revista dos Tribunais, cit., p. 647.

49 HC 107777 / RS, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 14/02/2012.

atenta à proporcionalidade, defende a ideia de que a duração da medida de segurança não pode ultrapassar o máximo da pena cominada ao crime⁵⁰.

Deve-se notar, no entanto, que para o semi-imputável, se houver substituição da pena (reduzida de um a dois terços – art. 26, parágrafo único, do Código Penal) por medida de segurança, esta não poderá ultrapassar o limite da pena substituída. Ora, como entender, nessa linha de raciocínio, que o prazo da medida de segurança do inimputável seja o máximo da pena em abstrato, e o do semi-imputável seja o prazo da pena reduzida? Obviamente, o inimputável, por ser inteiramente incapaz de entender e querer, deve ter uma resposta penal menos severa do que aquele com capacidade reduzida. Assim, como a resposta penal para os inimputáveis não deve ser maior do que a dos imputáveis e semi-imputáveis, que o limite máximo de duração das medidas de segurança seja fixado no mínimo legal, para que seja observado o princípio de proporcionalidade.

5 CONCLUSÃO

Costuma-se subestimar os princípios como fonte normativa, relevando-os a um papel subsidiário dentro da ordem jurídica. O pensamento principiológico, no entanto, é indispensável para se compreender a unidade e a ordenação do sistema jurídico, pois são elas as pautas normativas que

50 ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 858.

vão orientar todo o conteúdo jurídico de determinada ordem jurídica. Eles legitimam, fundamentam e identificam um Estado, estruturando as relações jurídicas públicas e privadas.

Ambientados de forma expressa ou implícita no texto constitucional, os princípios possuem eficácia ordenadora e limitadora, servido como paradigma hermenêutico das demais regras jurídicas. Nesse sentido, os princípios servem como inegável instrumento de realização dos valores máximos de um Estado. No Estado Democrático de Direito, esses valores estão associados à preservação de Direitos Fundamentais, vinculados, à liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana. E, para a realização máxima dos Direitos Fundamentais, recorre-se ao princípio da proporcionalidade, expresso em algumas Constituições, e implícitos em outras, como a brasileira. A proporcionalidade representa, mais do que a proibição de excesso, um mandado de otimização de Direitos Fundamentais, que devem ser realizados na maior medida possível. Isso significa respeitar os postulados de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

A realização do princípio da proporcionalidade depende necessariamente de uma densificação no Direito Penal, que representa a mais aguda e extrema intervenção na esfera dos Direitos Fundamentais. A proporcionalidade termina funcionando como limite aos exageros estabelecidos com mais frequência pelo legislador, mas também pelos poderes Executivo e Judiciário. Por isso que, mesmo não explícito na ordem constitucional, é possível facilmente correlacionar a necessidade

com a intervenção mínima; a adequação com a adequação social; e a proporcionalidade em sentido estrito com a insignificância.

As dimensões do princípio da proporcionalidade, como todos os princípios, não são estanques, de modo que é possível encontrar, num mesmo caso, aspectos de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, que se complementam reciprocamente, limitando a intervenção penal. Como princípio, todavia, demanda seu reconhecimento muito mais pelo juiz do que pelo legislador, pois a ponderação entre a preservação dos Direitos Fundamentais e a intervenção penal deve ser analisada topicamente, para que a intervenção punitiva, que interfere na concepção de dignidade humana, seja feita na menor medida possível.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. **Dos delitos e das penas**. Trad. J. Cretella jr. E Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BUSTOS RAMIREZ, Juan José; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernan. **Nuevo sistema de derecho penal**. Madrid: Trotta, 2004.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y language**. Buenos Aires: Abeledo Penot, 1990.

FARIA, José Eduard, A noção de paradigma na Ciência do Direito: notas para uma crítica ao idealismo jurídico. *In*: FARIA, José Eduard [org]. **A crise do direito numa sociedade em mudança**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1988.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer e Outros. São Paulo; Madri: Revista dos Tribunais, 2002.

FRANCO, Alberto Silva & STOCO, Rui (coord.) **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago, Direitos Fundamentais, Processo e Princípio da Proporcionalidade. *In*: PEREIRA, in: GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.) **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HASSEMER, Winfried. ¿Proceso Penal sin protección de datos? *In*: CASABONA, Carlos Maria Romeo (coord.). **La**

insostenible situación del derecho penal. Granada: Editorial Comares, 2000.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal.** v.1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1964.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 15. ed. São Paulo, Malheiros, 2003.

MELLO, Sebástian Borges de Albuquerque. **Direito penal:** sistemas, códigos e microssistemas. Curitiba: Juruá, 2004.

_____. **A definição jurídica de sequestro relâmpago e suas incongruências.** Lex. Revista do Direito Brasileiro, v. 47, 2010.

_____. **O conceito material de culpabilidade.** Salvador: Juspodivm. 2010.

REALE, Miguel Jr. **A inconstitucionalidade da lei dos remédios.** Revista dos Tribunais 763, São Paulo: RT, 1999.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Processo e hermenêutica na tutela dos direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito.** Trad. Maria Ermentina

Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PRITTWITZ, Cornelius. El Derecho penal Alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Ultima ratio? *In*: CASABONA, Carlos Maria Romeo (coord.) **La insostenible situación del Derecho Penal**. Granada, Editorial Comares, 2000.

PUIG, Santiago Mir. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomsom-Civitas, 2003.

SARLETT, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano 12, nº 47, 2004, p. 98.

SCHÜNNEMAN, Bernd. O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos: sobre os limites invioláveis de um direito penal em um estado de direito liberal. **Revista Brasileira**

de Ciências Criminais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano 13, nº 53, 2005.

TOLEDO, Francisco de Assis, **Princípios básicos de direito penal**, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

WELZEL, Hans, **El nuevo sistema del Derecho Penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista**, Trad. Cerezo Mir, Editorial B de F, Buenos Aires, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal.** v. I. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Recebido em: 08/06/2014

Aprovado em: 12/06/2014