

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 04/11/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/30450-o-princ-pio-da-proporzionalidade-no-direito-penal-control-de-legitimidade-e-limita-o-da-interven-o-estatal>

Autori: Fábio Guedes de Paula Machado, Daniela Fernandes de Oliveira

O princípio da proporcionalidade no direito penal: controle de legitimidade e limitação da intervenção estatal

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL: CONTROLE DE LEGITIMIDADE E LIMITAÇÃO DA INTERVENÇÃO ESTATAL

Fábio Guedes de Paula Machado e Daniela
Fernandes de Oliveira *

SUMÁRIO: Resumo – Abstract – Introdução – 1. Do princípio constitucional da proporcionalidade – 1.1. Conceito – 1.2. Subprincípios ou subcritérios da proporcionalidade – 1.3. Proibição do excesso e proibição da insuficiência - 2. Aplicação do princípio da proporcionalidade no Direito Penal – 2.1. A adequação no Direito Penal – 2.2. A necessidade no Direito Penal – 2.3. A proporcionalidade em sentido estrito no Direito Penal – 3. Relação do princípio da proporcionalidade com as teorias dos fins da pena – 4. Distinção entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da culpabilidade - Conclusão – Referências Bibliográficas.

Resumo: A aplicação do princípio da proporcionalidade no Direito Penal vem cada vez mais ganhando maior importância na doutrina e nos Tribunais. O princípio da proporcionalidade é importante critério para a fixação da pena, não permitindo limitações desproporcionais aos direitos

* Fábio Guedes de Paula Machado é Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP); Pós-graduado em Direito Penal – Parte Geral – pela Universidad de Salamanca; Ex-investigador científico no Max-Planck Institut für ausländisches und International Strafrecht; Mestre em Direito Processual Penal pela PUC-SP. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU) e do Programa de Mestrado da Universidade de Itaúna; Promotor de Justiça do Cidadão de Uberlândia. Daniela Fernandes de Oliveira é Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia e Advogada.

fundamentais. Assim, a proporcionalidade atua como fator de legitimação e limitação da intervenção estatal.

Palavras chaves: Princípios. Proporcionalidade. Direitos fundamentais. Limitação do Direito Penal.

Abstract: The proportionality principle in the criminal law is gaining more importance in the doctrine and in the courts. Proportionality principle is an important criterion for setting the punishment, not allowing disproportionate limitations to the fundamental rights. Thus, the proportionality factor acts as legitimation and limitation of the state intervention.

Keywords: Principles. Proportionality. Fundamental rights. Criminal law limitation.

Introdução

O presente trabalho insere-se na discussão da aplicação do princípio da proporcionalidade no Direito Penal, assunto de fundamental importância, e que a cada dia vem ganhando mais destaque não só na doutrina, mas também nos Tribunais dos diversos países.

Para tanto, inicialmente será feita uma análise constitucional do princípio da proporcionalidade, e após será feito um estudo acerca de sua aplicação no Direito Penal, dando-se ênfase na sua utilização como critério para fixação da pena, tanto em abstrato quanto em concreto.

1. Do princípio constitucional da proporcionalidade

O amadurecimento político brasileiro entorno do Estado Democrático de Direito, permite avançar na análise da aplicação do Direito Penal, buscando aproximá-lo ainda mais dos princípios e regras constitucionais. A releitura a ser efetuada com base no princípio da

proporcionalidade permite identificar normas penais incriminadoras editadas anteriormente à Constituição Federal e não recepcionadas por ela, como também há de permitir que sobre as leis penais posteriores seja realizado controle de constitucionalidade, dada a ausência ou descumprimento de pelo menos um dos subprincípios inerentes ao princípio reitor da proporcionalidade. Isto é, a apreciação da idoneidade da intervenção estatal para obter a sua finalidade específica para o tema em apreciação; a apuração da necessidade desta intervenção para a consecução do fim almejado; e, por fim, a constatação de que o custo da intervenção penal em face da afetação de direitos se justifica em razão dos bens ou interesses que se quer proteger.

1.1. Conceito

Inicialmente acreditava-se que os princípios tinham uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. Com a evolução constitucional essa crença foi superada, conquistando os princípios o status de norma jurídica.

Hoje a Constituição está permeada de princípios, que identificam valores a serem preservados e fins a serem alcançados. Os princípios constituem uma carga valorativa, um fundamento ético ou uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir.

Segundo Robert Alexy, os princípios são normas jurídicas por meio das quais se estabelecem deveres de otimização, podendo ser cumpridos em diferentes graus, sendo que a medida de sua satisfação depende tanto de possibilidades fáticas quanto de possibilidades jurídicas. E o âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas¹.

No tocante ao princípio da proporcionalidade, está relacionado à concepção de limitação do poder estatal tendo em vista os direitos fundamentais. Ou seja, há que ser aferida primeiramente na seara abstrata, seguindo-se no caso concreto, a pertinência de se limitar direitos

¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 89.

em vista da proteção de outros. Ressalte-se que são ínsitas à proporcionalidade as noções de moderação, prudência, equidade, entre outras.

Trata o princípio da proporcionalidade de valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, e isso por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema.

No Brasil, o princípio da proporcionalidade não se encontra previsto de forma expressa na Constituição da República de 1988, consistindo em um postulado constitucional implícito. E não há unanimidade na doutrina quanto à origem constitucional do princípio da proporcionalidade.

Conforme leciona Ingo Sarlet, para uma vertente germânica, o ponto de referência para o princípio da proporcionalidade é o princípio do Estado de Direito, notadamente naquilo que veda o arbítrio, o excesso de poder, entre outros desdobramentos. No Brasil, a previsão do princípio do Estado de Direito está no artigo 1º da Constituição da República.

Já para aqueles que seguem a orientação norte-americana, a proporcionalidade guarda relação com o devido processo legal substantivo, garantido pelo artigo 5º da Constituição brasileira².

O Supremo Tribunal Federal adota a orientação norte-americana, o que se pode verificar dos seus mais diversos julgados. Entende que o princípio da proporcionalidade tem a sua sede material no princípio do devido processo legal (artigo 5º, LIV da CF), considerado em sua acepção substantiva e não meramente formal. Dessa forma, o princípio da proporcionalidade não se limita a assegurar a observância do processo na forma descrita na lei, mas impede também a permanência no ordenamento de leis desprovidas de razoabilidade.

² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 396.

1.2. Subprincípios ou subcritérios da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é formado por três subprincípios, quais sejam: adequação ou idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, pelo que é importante realizar uma análise específica de cada um desses.

1.2.1. Adequação

De acordo com o subprincípio da adequação, também chamado de idoneidade ou pertinência, qualquer medida adotada pelo Poder Público deve ser adequada à consecução da finalidade objetivada.

Dessa forma, o meio escolhido há de ser apto a atingir o objetivo pretendido. Se, com a utilização de determinado meio, não for possível alcançar a finalidade desejada, impera concluir que o meio é inadequado ou impertinente.

Segundo Humberto Ávila³, três indagações básicas devem ser apresentadas para que se possa verificar a presença da adequação.

Primeira indagação, o que significa um meio ser adequado à realização de um fim? Para responder a essa pergunta, deve-se apreciar aspectos da relação entre meio e fim, aspectos estes quantitativos (intensidade), qualitativos (qualidade) e probabilísticos (certeza). Em termos quantitativos, o meio poderá promover ou fomentar mais ou menos do que outro meio possível de ser utilizado. Sob o aspecto qualitativo, um meio poderá promover ou fomentar melhor, pior ou igual ao outro. E, quanto ao aspecto probabilístico, um meio pode promover ou fomentar com menos, igual ou mais certeza o fim almejado.

Ressalta Humberto Ávila que a Administração não tem que escolher o melhor e o mais seguro meio para atingir o fim, mas simplesmente um meio que promova o fim. E isso

³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 167-171.

porque nem sempre entre os meios adequados é possível saber qual é o melhor e mais seguro, bem como a própria exigência de razoabilidade na interpretação e aplicação das normas impõem que se analisem todas as circunstâncias do caso concreto.

Segunda indagação, como deve ser analisada a relação de adequação? Quanto a esta pergunta, tem-se que aferir três dimensões em que é possível manifestar a adequação: abstração/concretude; generalidade/particularidade; antecedência/posterioridade. Com relação à primeira dimensão, haverá adequação da medida somente se o fim for efetivamente realizado no caso concreto. Com relação à segunda dimensão, a medida pode ser geralmente adequada, quando o fim é realizado na maioria dos casos com a sua adoção, ou particularmente adequada, quando em todos os casos individuais houver o alcance deste fim. Por fim, no tocante à terceira dimensão, pode-se exigir que determinada medida seja adequada no momento em que é posta em prática ou posteriormente, quando julgada.

Assim, nas hipóteses em que o Poder Público atua para uma generalidade de casos, a medida será adequada se, abstrata e geralmente, servir de instrumento para o fim. Já quando se tem atos meramente individuais, a medida será adequada se, concreta e individualmente, funcionar como meio de promoção do fim. Em qualquer dos casos, a medida será avaliada quando da sua escolha e não quando do seu julgamento.

Terceira e última indagação, qual deve ser a intensidade de controle das decisões adotadas pela Administração? Essa pergunta pressupõe a divisão do controle entre forte e fraco. Pelo modelo do controle forte, qualquer demonstração de que o meio não promove a realização do fim é suficiente para declarar a invalidade da atuação administrativa. Já pelo modelo do controle fraco, é necessária uma demonstração cabal da inadequação da medida empregada.

No ordenamento jurídico brasileiro, segundo Humberto Ávila, adotamos o modelo de controle fraco, uma vez que somente uma comprovação cabal da inadequação permite a invalidação da escolha do legislador ou administrador. Ou seja, a argumentação e a prova da inconstitucionalidade do provimento normativo recai sobre o demandante, atendendo a presunção de constitucionalidade das leis.

Além desta modalidade de controle, cita-se o controle intermediário ou de justificação, destinado às intervenções de natureza média nos direitos fundamentais, cabendo, igualmente, ao demandante a argumentação e prova da inconstitucionalidade do diploma legal.

Por fim, aponta-se o controle estrito ou controle material intensivo, destinado a intervenções em direitos fundamentais de natureza intensa, e neste caso, corresponderá ao legislador a demonstração da constitucionalidade da lei eivada de vício.

1.2.2. Necessidade

De acordo com o subprincípio da necessidade, também conhecido como exigibilidade, a adoção de uma medida restritiva de direito só será válida se ela for indispensável para a manutenção do direito, e somente se não puder ser substituída por outra providência também eficaz, porém menos gravosa. Desse modo, só será válida a restrição de direito que por meio de uma medida menos gravosa não seja possível alcançar o mesmo resultado.

E isso porque o objetivo do princípio da proporcionalidade é limitar a atuação estatal em prol da tutela de direitos de cidadão, pelo que a necessidade implica em se adotar a medida que menos limite o direito fundamental envolvido na questão.

Assim, conforme afirma Humberto Ávila, o exame da necessidade envolve duas etapas de investigação, quais sejam: o exame da igualdade de adequação dos meios, para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim, e examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados⁴.

Cabe ressaltar que análise da necessidade somente é realizada em momento posterior à análise da adequação. Logo, a escolha da medida que menos afete o direito fundamental somente é feita com base nas medidas consideradas anteriormente adequadas.

Ao fim, para Robert Alexy, a aferição da necessidade nem sempre é fácil. Entende que a apreciação da necessidade diz respeito a uma relação meio-fim muitas vezes de difícil

⁴ ÁVILA, Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 172.

prognóstico, bem como expõe que por diversas vezes essa apreciação se torna mais complexa quando relacionada a situações que envolvem mais de dois princípios relevantes⁵.

1.2.3 – Proporcionalidade em sentido estrito

Por fim, pelo subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, uma vez constatada a presença da adequação e da necessidade, deve-se analisar se os resultados positivos obtidos superam as desvantagens decorrentes da restrição de um ou outro direito. Exige-se que haja um equilíbrio, uma ponderação, entre o grau de restrição e o grau de realização do princípio contraposto.

Assim, pelo exame da proporcionalidade em sentido estrito exige-se uma comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais.

1.3 – Proibição do excesso e proibição da insuficiência

Relevante constar ainda que do princípio da proporcionalidade decorre a idéia da proibição do excesso e, conforme se defende hoje, da proibição de insuficiência.

No plano da proibição do excesso, o princípio da proporcionalidade visa impedir que o Estado, para a efetivação do seu dever de proteção, acabe por afetar de modo desproporcional um direito fundamental.

Sob este sentido temos o princípio da proporcionalidade como um meio de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais promovidas pelo Estado.

⁵ ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 591.

Segundo Ingo Sarlet, o princípio da proporcionalidade age nesse plano (o da proibição de excesso), como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais. O princípio da proporcionalidade atua, nessa perspectiva, como direitos de defesa.”⁶

De outro lado, há a proibição de insuficiência. A insuficiência se verifica quando o poder público deixa de atuar ou toma uma medida insuficiente para proteger de forma adequada um direito constitucional, o que o princípio da proporcionalidade também visa evitar.

Cabe ressaltar que alguns autores utilizam outra terminologia, como “proibição de omissão” de acordo com Gilmar Ferreira Mendes e “defeito de proteção” segundo Joaquim José Gomes Canotilho. Ingo Sarlet, contudo, não concorda, pois embora a violação da proibição de insuficiência encontre-se habitualmente representada por uma omissão do Poder Público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, não se esgota nessa dimensão⁷.

Torna-se claro, assim, que o princípio da proporcionalidade possui uma dupla fase, uma vez que atua simultaneamente como critério para o controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas de direitos fundamentais, bem como controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento dos seus deveres de proteção.

Ao mais, na doutrina se discute a relação entre proibição de excesso e proibição de insuficiência, havendo quem entenda que são autônomos entre si e outros que defendem que a proibição de insuficiência está englobada na proibição de excesso.

Para alguns autores, a proibição de insuficiência se encontra abrangida pela proibição de excesso, no aspecto de que aquilo que corresponde ao máximo exigível em termos de aplicação do critério da necessidade no plano da proibição de excesso equivale ao mínimo exigível reclamado pela proibição de insuficiência.

Por sua vez, Canaris sustenta a autonomia da proibição de insuficiência. Entende que na esfera da proibição de excesso, o que se controla é a legitimidade constitucional de uma intervenção no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, enquanto que na esfera da proibição

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 47, p. 60-122, 2004, p. 98.

⁷ SARLET, *Constituição e proporcionalidade*, p. 99.

de insuficiência cuida-se de uma omissão por parte do Estado em assegurar a proteção de um bem fundamental ou de uma atuação insuficiente para assegurar de modo minimamente eficaz esta proteção⁸.

Por fim, importante constar que tanto o princípio da proibição de excesso quanto o da proibição de insuficiência vinculam todos os órgãos estatais

2. Aplicação do princípio da proporcionalidade no Direito Penal

Não há dúvidas de que o princípio da proporcionalidade deva ser aplicado ao Direito Penal. Primeiramente, tal se torna evidente pela primazia das normas constitucionais sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico.

As normas infraconstitucionais são hierarquicamente inferiores, na medida em que extraem o seu fundamento de validade, direta ou indiretamente, da Constituição. E em sendo assim, é claro que o Direito Penal deve conformar o seu âmbito de atuação ao preconizado pela Constituição.

O Direito Penal, assim como os demais ramos da Ciência Jurídica, pressupõe, necessariamente, a sua filtragem constitucional. Seja quando da previsão em abstrato, por parte do legislador, das condutas criminosas, seja quando da aplicação em concreto, por parte do julgador, das penas abstratamente previstas, os vetores axiológicos constitucionais devem ser obedecidos.

Desse modo, embora tenha sido conferida ao legislador ordinário a função de elaborar as normas penais, o poder conferido a este não pode ser ilimitado, devendo obedecer às normas da Constituição, incluindo aí regras e princípios.

Além disso, o Direito Penal consiste na forma mais violenta de intervenção estatal na esfera privada, atingindo de forma direta os direitos fundamentais. Diante disto, o princípio da proporcionalidade é de fundamental importância para que se possa aferir a pertinência ou não de

⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm, *Grundrechte und Privatrecht*, apud SARLET, *Constituição e proporcionalidade*, p. 104.

se limitar determinado direito fundamental como, por exemplo, o direito de liberdade, em detrimento de outro direito.

O princípio da proporcionalidade proíbe que se inflija ao indivíduo ônus que são, quanto aos objetivos perseguidos, sob o aspecto instrumental, desnecessários e, em sentido normativo, inadequados⁹.

Para Luigi Ferrajoli, no Direito Penal a proporcionalidade pode ser aferida sob três aspectos: (a) em um primeiro momento, como predeterminação, sendo dirigida ao legislador quando da criação do tipo penal e da cominação abstrata das penas mínimas e máximas; (b) em seguida, como determinação, é dirigida ao magistrado na fixação da pena em concreto; (c) por fim, como pós-determinação, deve ser aferida na fase de execução da pena¹⁰.

Assim, o princípio da proporcionalidade abrange toda a superfície do sistema jurídico-penal, ou seja, não apenas o direito material, mas também o direito processual e a execução penal.

O princípio da proporcionalidade atua como um limite material à intervenção penal. Pode-se falar em limite dos limites, ou seja, refere-se a um limite a ser imposto às limitações de direito pelo Estado.

Conforme Santiago Mir Puig, outros limites materiais são reconhecidos pelos penalistas, como os princípios de necessidade da pena, de subsidiariedade, *última ratio*, fragmentariedade e intervenção mínima, da lesividade e da exclusiva proteção de bens jurídico-penais, limites estes que podem integrar o princípio da proporcionalidade em sentido amplo. Ressalta que estaria fora do princípio da proporcionalidade o princípio da legalidade, já que este não limita diretamente o conteúdo da intervenção penal, mas a forma em que pode ser prevista¹¹.

⁹ NEUMANN, Ulfrid. *O princípio da proporcionalidade como limitador da pena*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 71, p. 205-232, 2008, p. 207.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et alii*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 367.

¹¹ MIR PUIG, Santiago. *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho Penal*. **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 2009, tomo II, p. 1362.

Claro resta, dessa maneira, a importância do princípio da proporcionalidade, não podendo qualquer exercício de discricionariedade estatal, mormente quando se fala em intervenção penal, se desvincular do respeito a este princípio.

Para Norberto J. de la Mata Barranco, o único limite da vinculação judicial ao princípio da proporcionalidade é o princípio da legalidade, uma vez que este impede a aplicação de consequências jurídicas não previstas na lei penal ou que deixem de aplicar as penas previstas pela lei¹².

Cabe ressaltar, ainda, que há autores que apresentam certo ceticismo quanto ao princípio da proporcionalidade, e isso porque a decisão sobre a proporcionalidade ou desproporcionalidade de uma intervenção exige, em muitos aspectos, valorações que não são determinadas pelo próprio princípio e para as quais não se encontram à disposição critérios inequívocos¹³.

Por fim, conforme já dito alhures, o princípio da proporcionalidade pode ser dividido em três subprincípios, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Diante disto, importante analisar a projeção de cada um desses princípios no Direito Penal, mormente quando da fixação da pena.

2.1 – A adequação no Direito Penal

Pela adequação ou idoneidade, exige-se que haja um sopesamento entre a gravidade dos meios empregados e a obtenção do resultado que se almeja, que no caso é a tutela dos bens jurídicos. No primeiro momento, é necessário verificar se a ação ou omissão descrita no tipo penal é capaz de afetar o bem jurídico. Este comportamento deve estar revestido de lesividade, isto é, a ação ou omissão deve ser capaz de causar modificação no mundo exterior, para em seguida

¹² MATA BARRANCO, Norberto de la. *La determinación de la pena*. El principio de proporcionalidad como garantía. *Ministerio público de la defensa*, Buenos Aires, n. 04, p. 15-32, 2008, p. 21.

¹³ NEUMANN, *O princípio da proporcionalidade como limitador da pena*, p. 214-215.

realizar-se um juízo de constatação para identificar se esta conduta representa ao menos um perigo abstrato para o bem jurídico.

Quanto ao sopesamento, este deve se dar tanto no momento da fixação da pena em abstrato pelo legislador quanto no momento da estipulação da pena em concreto pelo juiz. A previsão da pena deve se mostrar como um meio apto para prevenir a realização da conduta proibida, sem o que o tipo penal incriminador será de duvidosa idoneidade para obtenção da prevenção. Incide, também, caráter de motivação a fim de que aquela conduta não seja praticada pelos sujeitos.

Nota-se uma estreita relação entre a norma incriminadora, seja no tocante ao preceito primário e secundário, com os efeitos preventivos que recaíam sobre a coletividade, com o intuito final de não se ver praticada a conduta. Destacam-se os efeitos preventivos gerais da pena na vertente positiva e negativa para a intimidação, ainda que esta última seja objeto de crítica por se mostrar incompatível com o estado de liberdades públicas.¹⁴

A função do Direito Penal não é de punir, mas proteger bens jurídicos que são considerados relevantes para a sociedade. O estabelecimento do regime democrático orientou a tomada de postura em prol das teorias preventivas em detrimento da natureza retributiva da pena, marcada pelo conteúdo moral. Em substituição, o modelo preventivo geral positivo, consistente na motivação dos cidadãos para cumprimento da norma, seja porque esta estabiliza as relações sociais, ou trás paz pública, ou jurídica, ou social, harmoniza-se com a dignidade da pessoa humana, *ex vi* do art. 1.º, III, da Constituição Federal, somando-se ainda o conteúdo normativo do preâmbulo e demais provimentos de resguardo da condição humana. No mesmo contexto, exorta-se a prevenção especial positiva, no sentido de recuperação ou inserção do condenado no contexto social, tal como já esboçado pela Lei de Execução Penal brasileira, n. 7.210/84, no seu art. 1.º.

Assim, se a criminalização da conduta não tem aptidão para proteger o bem jurídico objeto de proteção do Direito Penal, esta se mostra inadequada, violando o princípio da proporcionalidade.

¹⁴ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Culpabilidade no direito penal*, p. 302.

A norma incriminadora deve trazer proveito à sociedade. A intervenção penal não pode satisfazer-se apenas como mero castigo, devendo ser razoável à consecução do objetivo de pacificação social, coibindo novas infrações.

Ressalte-se que a idéia de adequação é congruente com uma visão utilitarista do Direito Penal, pois relacionada com a finalidade última de proteção de bens jurídicos por meio da intervenção penal.

2.2 – A necessidade no Direito Penal

No campo da necessidade, deve ser feita a análise da indispensabilidade preventiva da sanção penal. A necessidade da medida é um consectário do princípio da intervenção mínima (o Direito Penal como *ultima ratio*).

É importante realizar esse juízo de necessidade uma vez que o Direito Penal é a forma mais drástica de intervenção estatal, haja vista a violência que lhe é intrínseca, de modo que deve ser reservado a casos extremos.

Nesse sentido, segundo Luiz Flávio Gomes, deve o magistrado trazer a lume o princípio da necessidade concreta da pena, cabendo analisar se o interesse estatal em punir o delito tem pertinência ou não¹⁵.

E, conforme Santiago Mir Puig, o juízo de necessidade implica que o fim de proteção perseguido não possa ser conseguido com um menor custo de afetação dos direitos, ou seja, não pode haver alternativas menos lesivas que esta¹⁶.

Também a necessidade está vinculada à idéia de Direito Penal utilitarista, ou seja, o Direito Penal como *ultima ratio*.

¹⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v.2, p. 574.

¹⁶ MIR PUIG, El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de limites materiales del Derecho penal, p. 1364.

2.3 – A proporcionalidade em sentido estrito no Direito Penal

E, no âmbito da proporcionalidade em sentido estrito, deve ser ponderado se a quantidade e a qualidade da pena podem trazer mais desvantagens do que as vantagens que pode proporcionar.

Deve-se sempre analisar se a violência a ser utilizada pelo Estado na previsão, aplicação e execução da pena não será mais danosa à sociedade do que a punição da conduta que se pretende coibir.

Assim, uma vez comprovada a adequação e a necessidade da medida penal, ainda deve-se verificar os seus custos, se a limitação dos direitos não será maior que os benefícios que a medida pode trazer, quando então esta passa a ser desproporcional.

Tendo em vista que o Direito Penal afeta direitos fundamentais, a intervenção só será proporcional se tem como objetivo evitar lesões a também direitos fundamentais ou, ao menos, de interesses indispensáveis para a sociedade.

Ademais, quanto maior for a intervenção, maior deverá ser o valor do bem jurídico a ser protegido pelo Direito Penal.

Nesse ponto importante trazer a análise feita por Santiago Mir Puig. Os autores incluem a exigência de proporção entre a gravidade do delito cometido e a pena imposta dentro do princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Mas, de acordo com Mir Puig, quando se fala em proporcionalidade entre a gravidade da pena e a gravidade do delito, não se deve fazer essa análise por meio de uma perspectiva *ex post*, já que por meio desta deriva a idéia de retribuição, mas sim se deve partir de uma análise *ex ante*. Ao se comparar os custos do sacrifício de direitos que gera a pena com os benefícios que com ela se pode obter, os benefícios não devem ser analisados com base no delito cometido, já que este não mais pode ser evitado, mas em relação com os futuros delitos que podem ser evitados.

Ou seja, a pena deverá resultar proporcional ao delito que se quer evitar mediante o efeito de prevenção que se deseja da cominação penal típica. Com base no princípio da

proporcionalidade em sentido estrito, a pena não deve ser imposta para retribuir um fato passado, mas para confirmar a seriedade da ameaça legal e manter a sua eficácia preventiva futura¹⁷.

3. Relação do princípio da proporcionalidade com as teorias dos fins da pena

Relevante questão tem-se quando da análise da relação entre o princípio da proporcionalidade e a teoria dos fins da pena. Muito se discute se o princípio da proporcionalidade em sentido amplo possibilita um fundamento legitimador da intervenção penal melhor do que oferecem as teorias dos fins da pena (retribuição e/ou prevenção), ou se deveria ser aplicado juntamente com esses fins, não havendo uma unanimidade na doutrina.

Santiago Mir Puig, em análise comparativa, expõe que enquanto o princípio da proporcionalidade possui uma base jurídica positiva de caráter constitucional, os fins de prevenção e de retribuição têm sido defendidos tradicionalmente com base em razões alheias ao Direito Positivo, sejam razões religiosas, éticas ou filosófico-jurídicas¹⁸. Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade apresentaria uma vantagem em razão da sua base constitucional.

Ainda para Santiago Mir Puig, tanto a idéia de prevenção geral positiva quanto a idéia de retribuição não permitem decidir quando uma infração é suficientemente grave para ser considerada um delito e ser castigada com uma pena, bem como não oferecem critérios para a fixação de limites da pena. Defende, ainda, que tanto a prevenção geral positiva quanto a retribuição não podem limitar a imposição de medidas de segurança¹⁹. Nesse sentido, ressalta a importância do princípio da proporcionalidade frente aos fins de prevenção e de retribuição.

¹⁷ MIR PUIG, El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de limites materiales del Derecho penal, p. 1365-1369.

¹⁸ MIR PUIG, El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de limites materiales del Derecho Penal, p. 1359.

¹⁹ MIR PUIG, El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de limites materiales del Derecho Penal, p. 1361.

Outra distinção que se pode aqui destacar é entre a proporcionalidade e o fim de retribuição da pena, qual seja: enquanto o princípio da proporcionalidade atua com o objetivo de evitar lesões futuras ao bem jurídico, o fim de retribuição atua em uma perspectiva para o passado.

O que se quer dizer é que a retribuição, como critério de fixação da pena, exige que esta seja fixada com base na gravidade do delito cometido. Busca retribuir ao delinqüente uma pena proporcional ao mal por ele cometido quando da prática da infração penal. Assim, a retribuição trabalha com uma perspectiva *ex post*, voltada para o passado.

Já o princípio da proporcionalidade adota uma perspectiva *ex ante*, perspectiva esta semelhante ao fim da prevenção da pena. O princípio da proporcionalidade, como critério de fixação da pena, não tem em vista o fato já praticado, uma vez que este não mais pode ser mudado, mas sim inibir a prática de fatos futuros semelhantes.

Nesse sentido, Mir Puig explica que a relação entre a proporcionalidade estrita e a pena não deve ser baseada na gravidade do fato delituoso cometido como algo passado a ser compensado por meio de uma pena equivalente, mas com base na idéia de que essa gravidade também é a gravidade de todos os delitos iguais que se quer prevenir no futuro com a pena imposta²⁰.

Outra análise que se pode fazer é quanto ao princípio da proporcionalidade e o fim de prevenção da pena, entendendo alguns autores que o princípio da proporcionalidade atua como um limite ao fim de prevenção da pena²¹.

Em um modelo de Estado Social de Direito, embora seja necessária a prevenção de delitos, há limites que a prevenção deve respeitar. E um dos limites à prevenção é que a pena deve ser proporcional ao delito, o que retrata o princípio da proporcionalidade.

Para Noberto de la Mata Barranco, contudo, esse entendimento não é correto. Para o autor, se a pena é fixada abaixo de sua proporcionalidade com a gravidade do fato, isso se

²⁰ MIR PUIG, El principio da proporcionalidad como fundamento constitucional de limites materiales del Derecho Penal, p. 1361.

²¹ Idem, p. 1361.

dá justamente para atender a motivos de prevenção. Defende que é sim possível a diminuição da pena ou a renúncia a esta por razões de prevenção especial²².

Gloria P. Lopera, por sua vez, entende que a finalidade de prevenção não é capaz de limitar a sua tendência de aumentar cada vez mais as penas para satisfazer a demanda crescente da sociedade de proteção²³.

A finalidade de proteção frente ao delito não bastaria para justificar a exigência de proteção entre pena e delito, sendo necessária uma segunda finalidade, a redução da violência estatal punitiva, sendo importante o princípio da proporcionalidade para tanto. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito atuaria como forma de garantia ao cidadão, impedindo que a idéia de prevenção fosse utilizada em total prejuízo ao autor do delito.

Nesse ponto importante constatar que atualmente estamos vivenciando uma crise do Estado de Direito e dos direitos fundamentais. Conforme Ingo Sarlet, tal ocorre em razão das privatizações e das crescentes desregulamentações, o que gerou uma confusão entre os interesses do governo e os interesses privados dos grandes grupos econômicos. Estaria havendo um enfraquecimento do papel do Estado na sua condição de promover e assegurar os direitos fundamentais²⁴. Some-se a isto o crescimento da criminalidade como um todo e o retorno do discurso de política criminal, agora reforçado, de “Lei e Ordem”. O que motiva reformas legais pontuais e o embrutecimento do regime com a agraviação de penas e ampliação dos tipos penais. Some-se os contributos vindos do paternalismo penal, eivado de forte carga moral.²⁵

E essa crise de efetividade dos direitos fundamentais também tem gerado um flagrante déficit de proteção dos direitos fundamentais. Além disso, também têm crescido manifestações da própria população no sentido de desconsiderar garantias fundamentais, como em

²² MATA BARRANCO, *La determinación de la pena*, p. 17.

²³ LOPERA MESA, Gloria P., *Principio da proporcionalidad y ley penal*, Madrid, 2006, p. 197 e ss, apud MIR PUIG, *El principio da proporcionalidad como fundamento constitucional de limites materiales del Derecho Penal*, p. 1367.

²⁴ SARLET, *Constituição e proporcionalidade*, p.68.

²⁵ Sobre o paternalismo penal, ver Andrew von Hirsch. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 67, vol. 15. São Paulo : RT, 2007, p. 11-28.

prol da pena de morte, agravamento das penas e desconsideração de garantias da ampla defesa e do devido processo legal, entre outras.

Nesse sentido, Ingo Sarlet explica que em muitas vezes o legislador tende a atuar de modo casuístico e movido pela pressão social em assegurar a segurança contra a criminalidade, sem se preocupar com os resultados concretos e, menos ainda, com a legitimidade das ações tomadas²⁶.

E sob este aspecto o princípio da proporcionalidade desempenha função indispensável no Direito Penal, impondo limites materiais às ações do Estado que afetem direitos fundamentais.

O princípio da proporcionalidade, assim, protege o acusado da atuação excessiva do Estado, o que não verifica quando se fixa a pena com base exclusivamente nos fins de prevenção e retribuição. Aliás, quando da fixação da pena, o princípio da proporcionalidade atua no sentido de proteger não apenas os direitos fundamentais da sociedade, mas também os direitos fundamentais do acusado, defendendo-o de uma atuação desproporcional e irresponsável do Estado.

Enfim, estas são algumas das considerações possíveis quando da análise do princípio da proporcionalidade em comparação aos fins de prevenção e retribuição da pena. Importante deixar claro, todavia, que as diferenças e/ou semelhanças que podem ser constatadas entre esses critérios de fixação da pena não impedem que todos possam ser utilizados conjuntamente, um em complemento ao outro.

4. Distinção entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da culpabilidade

Tanto o princípio da proporcionalidade quanto o princípio da culpabilidade são critérios a serem considerados quanto a legitimação e identidade do Direito Penal, e para parte da doutrina incidem, também, no campo da fixação da pena, ainda que atuem sob aspectos diferentes.

²⁶ SARLET, *Constituição e proporcionalidade*, p. 77.

Ocorre que o vocábulo culpabilidade ganha mais significados do que aqueles possíveis de serem atribuídos à proporcionalidade. Destacam-se três significados: 1.º) Culpabilidade enquanto princípio inerente ao *jus puniendi*, *nulla poena sine culpa*, portanto de natureza principiológica e de âmbito constitucional, advinda do princípio da dignidade humana, portanto, de manifesta vertente formalista e garantista; 2.º) Culpabilidade enquanto elemento dogmático do delito, daí necessário verificar as diversas teorias concebidas ao longo do desenvolvimento dogmático jurídico-penal, iniciado com o sistema clássico alemão ou positivismo naturalista, até alcançar as várias posições funcionalistas contemporâneas, e que terá a missão de informar o porque de estabelecer uma pena a uma conduta, limiar, portanto, entre a teoria do delito e da pena; e 3.º) Culpabilidade enquanto termo de acepção processual, veiculado para se referir à afirmação de que o sujeito somente será considerado após ter contra si sentença penal condenatória com trânsito em julgado.²⁷

Em retorno ao princípio da culpabilidade este veda a sanção por comportamentos alheios; decorrente de meras características físicas ou psíquicas do autor; por comportamentos próprios não domináveis pelo agente; por fato de consequência imprevisível ou de ilicitude incognoscível pelo autor; ou por fatos decididos em uma situação psicológica, circunstancial ou de modo excepcional que impeça uma normal formação da vontade.

Assim, o princípio da culpabilidade impede que se imponha qualquer pena sem que haja culpabilidade do agente, ainda que esta em sentido estrito dependa da dogmática adotada para se apurar o seu aspecto material e que dá o sentido da reprovação. Portanto, é por meio do princípio da culpabilidade que se afere a possibilidade de culpar alguém por um fato que lesionou ou colocou em perigo um bem jurídico.

Essa possibilidade de culpar não está relacionada à gravidade ou não do delito. A depender da metodologia jurídico-penal, aplicação de maior ou menor pena refere-se à teoria dos fins da pena e à sua determinação. Aqui há inequívoca intervenção da política criminal.²⁸

²⁷ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Culpabilidade no direito penal**. São Paulo : Quartier Latin, 2009, p. 27-28.

²⁸ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Culpabilidade no direito penal**, p. 301-306. Ainda, é de se destacar a posição adotada por Gimbernat Ordeig, de renúncia da culpabilidade como fundamento e como limite da pena, para

Já o princípio da proporcionalidade, no aspecto tratado neste momento, por sua vez, tem como objetivo a adequação e necessidade da pena, bem como a ponderação dos custos e benefícios da pena a ser imposta.

Logo, o princípio da proporcionalidade e o princípio da culpabilidade atuam de modos distintos. Mesmo que a previsão abstrata da pena seja proporcional ao delito, não se pode sacrificar o princípio da culpabilidade e a individualização judicial da pena. Não é que o princípio da culpabilidade obrigue em alguns casos a se renunciar à finalidade da pena de proteção de bens jurídicos, mas apenas proíbe que a privação de direitos seja imposta a quem não merece ou que o fim de proteção seja perseguido por meio da pena, podendo ser aplicada medida de segurança se for o caso.

Sob este aspecto, importante a lição trazida por Santiago Mir Puig. De acordo com Mir Puig, a gravidade do injusto refere-se ao dano que supõe para o bem jurídico protegido, e nesse sentido coincide com o dano que a pena implica para quem há de ser imposta. Aqui se tem o princípio da proporcionalidade e a sua exigência de que a pena seja proporcional à gravidade do delito. Por outro lado, a culpabilidade não se relaciona com o dano do delito e nem pode ser um dano a evitar mediante o dano da pena. A culpabilidade implica em uma reprovação ético-jurídica que só é justo dirigir a quem é culpável e na medida de sua culpabilidade²⁹.

Porém avançando no tema das distinções entre os princípios da proporcionalidade e da culpabilidade, hoje o primeiro ganha importância no campo da estrutura argumentativa e da própria dogmática jurídico-penal, mostrando-se, também, apto enquanto fundamento jurídico para o exercício do controle de constitucionalidade de leis penais.³⁰ Isto porque a lei penal

em seu lugar considerar o valor do bem jurídico protegido e sua lesão como critério orientador à fixação da pena. Vide La culpabilidad como criterio regulador de la pena. **Revista de Ciencias Penales**. Lima : [s.e.], 1973, Enero-Abril, n.º 1, t. XXXII, p. 31. Mais detalhamento acerca desta posição em Fábio Guedes de Paula Machado, *op. cit.*, p. 173-178.

²⁹ MIR PUIG, El principio da proporcionalidad como fundamento constitucional de limites materiales del Derecho Penal, p. 1381.

³⁰ LOPERA MESA, Gloria Patricia. Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal. **Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales**. Tirant lo Blanch : Valencia, 2010, p. 105 e 108.

substantiva incriminadora possibilita uma intervenção nos direitos fundamentais da pessoa, seja através da definição de certa conduta como delito (norma de conduta), como da determinação da sanção aplicável (norma de sanção). Diante disto, em se tratando de análise preliminar de inconstitucionalidade, é mister que desde logo seja determinado o direito fundamental afetado pela lei penal.

No plano seguinte, deve ser examinada a legitimidade constitucional do fim perseguido com a intervenção penal. Aqui identifica-se o bem jurídico de pretendida proteção, para em seguida vislumbrar se não há proibição constitucional neste tipo de persecução. Significa dizer que, *v.g.*, presente uma garantia constitucional, não pode o Direito Penal tipificar uma conduta amparada no texto constitucional. Cita Lopera Mesa a liberdade quanto a celebração de matrimônios entre pessoas de etnias diferentes.³¹

A inconstitucionalidade da norma penal incriminadora também deve ser arguida se a mesma se mostrar inidônea à proteção do bem jurídico, presente através da inexistência de conteúdo preventivo.

Se ultrapassada a barreira da idoneidade da proibição e sanção estabelecidas pelo legislador, a norma penal incriminadora poderá ter discutida a sua constitucionalidade se se demonstrar a sua desnecessidade em razão da existência de um meio alternativo, igualmente idôneo, porém menos impactante desde a perspectiva dos direitos fundamentais.³²

Este controle prévio mostra-se como uma mensagem ao legislador no sentido de que esgote a busca de alternativas de regulação, posicionando o Direito Penal, verdadeiramente como *ultima ratio* e não *prima ratio*. De fato, a ordem jurídica somente deve ser inovada após vencido o juízo de necessidade da norma penal. A idéia central é a de restringir a intervenção penal apenas ao imprescindível, eis que com o seu caráter estigmatizante mostra-se como instrumento capaz de agredir direitos fundamentais. Cerceando seu âmbito de alcance ao mínimo imprescindível, se estará dando eficácia aos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade.

Consubstancia-se que o legislador deve, primeiramente, se orientar na busca de meios extrapenais e menos lesivos para os direitos fundamentais. Se mesmo assim se mostrar

³¹ Op. cit., p. 113.

³² LOPERA MESA, *op. cit.*, p. 115.

necessária a intervenção penal, a previsão da sanção prevista deve ser escolhida dentre a mínima necessária para a obtenção da finalidade preventiva.

Conclusão

Os Tribunais têm admitido de forma crescente a aplicação do princípio da proporcionalidade no Direito Penal, bem como é cada vez maior a importância que é dada ao princípio pela doutrina. Isso porque a proporcionalidade, como postulado constitucional, deve ser observada por todas as normas infraconstitucionais. E mais, a utilização do princípio da proporcionalidade trouxe consigo uma revalorização do papel desempenhado nas premissas empíricas no controle de constitucionalidade das leis, particularmente no que diz respeito aos juízos de idoneidade e necessidade, onde é condicionada a constitucionalidade da lei à sua disposição de alcançar determinados fins ou a apuração e emprego de outras medidas menos lesivas, porém igualmente efetivas para alcançar a mesma finalidade.

No Direito Penal, o princípio da proporcionalidade desempenha indispensável papel na intervenção e legitimação do Direito Penal, o mesmo quanto ao sistema de pena, sendo de observância obrigatória quando da estipulação da pena em abstrato, pelo legislador, e também quando da fixação e execução da pena em concreto, pelo juiz.

O princípio da proporcionalidade, além de visar a prevenção de futuras lesões aos bens jurídicos protegidos penalmente, atua de forma essencial na fixação de limites à intervenção estatal.

É por meio do princípio da proporcionalidade, através dos seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que se verifica a pertinência ou não da limitação pelo Estado de direitos fundamentais. Noutras palavras, o princípio da proporcionalidade mostra-se como uma importante ferramenta argumentativa orientada a

fundamentar os juízos de validade constitucional das leis que intervêm nos direitos fundamentais, dentre elas as de natureza penal.³³

Ressalte-se que o princípio da proporcionalidade visa a proteção de direitos fundamentais não apenas da sociedade vítima da prática do delito, mas também objetiva a tutela de direitos fundamentais do autor do fato criminoso, impedindo a imposição de penas inadequadas, desnecessárias e que possuam um custo maior do que o benefício que podem gerar.

Assim, o princípio da proporcionalidade sustenta a sua função sob dois pilares: proíbe normas penais excessivas, bem como proíbe uma proteção insuficiente das normas penais aos bens jurídicos.

Por tudo isso é que não se pode deixar de reconhecer a importância e a aplicação do princípio da proporcionalidade no Direito Penal, desempenhando papel fundamental sob o aspecto de legitimação e limitação do poder de punir do Estado, e concomitantemente como instrumento a fundamentar a declaração de inconstitucionalidade de leis penais que se prestarem a exorbitar os seus limites.

Referências Bibliográficas

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

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. **Código Penal**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La culpabilidad como criterio regulador de la pena. **Revista de Ciencias Penales**. Lima : [s.e.], 1973, Enero-Abril, n.º 1, t. XXXII.

³³ LOPERA MESA, p. 117.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v.2.

LOPERA MESA, Gloria Patricia. Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal. **Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales**. Tirant lo Blanch : Valencia, 2010.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Culpabilidade no direito penal**. São Paulo : Quartier Latin, 2009.

MATA BARRANCO, Noberto de la. *La determinación de la pena*. El principio de proporcionalidad como garantía. **Ministerio público de la defensa**. Buenos Aires, n. 04, p. 15-32, 2008.

MIR PUIG, Santiago. *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho Penal*. **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 2009, tomo II.

NEUMANN, Ulfried. *O princípio da proporcionalidade como limitador da pena*. Trad. Antonio Martins. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 71. São Paulo : RT, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 47. São Paulo : RT, 2004.

VON HIRSCH, Andrew. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 67, vol. 15. São Paulo : RT, 2007, p. 11-28.