

# O Princípio da Proporcionalidade Aplicado ao Direito Penal: Fundamentação Constitucional da Legitimidade e Limitação do Poder de Punir

Fábio Roque da Silva Araújo

*Juiz Federal/BA. Professor Universitário e do Curso de Especialização em Direito Penal e Processo Penal da Escola dos Magistrados da Bahia (EMAB) - Salvador.*

## 1. INTRODUÇÃO

Desde as mais primitivas formas de organização social, o homem convive com fórmulas de retaliação a comportamentos considerados desviantes. Seja por meio de represálias oriundas de particulares, seja por punições emanadas do poder constituído pelo grupo social, as penas constituíram uma constante na história da humanidade. Encontrar os fundamentos de (des) legitimação deste poder punitivo é a questão que intriga e aflige tantos quantos se debruçaram sobre as razões de existência do direito penal.

Estabelecidas estas premissas, cumpre-nos asseverar que o presente trabalho, sem pretensões de exaurir as discussões, objetiva apontar os fundamentos de legitimação do poder de punir do Estado, detentor monopolista do exercício da violência, adstringindo os limites deste poder aos vetores axiológicos traçados pela Constituição. No que concerne à nossa realidade, sustentamos e

procuramos demonstrar que a ordem constitucional acolheu um paradigma garantista, propugnando uma intervenção penal mínima e funcionalizada.

Para tanto, faz-se necessário, além de desenhar um perfil histórico da evolução da ingerência penal na dinâmica social, ressaltar que o ato de criminalizar condutas não prescinde da observância de determinados pressupostos de cunho material, a par do mero formalismo da reserva legal. Neste contexto, sobressai em importância o princípio da proporcionalidade, como idôneo a delinear os contornos do *jus puniendi*, seja em sua feição abstrata - isto é, relacionada ao ato de legislar, de definição das condutas consideradas criminosas e cominação das sanções respectivas -, seja em sua feição concreta - dirigida ao aplicador da pena. No presente trabalho, nosso objeto de estudo cinge-se à análise do princípio voltado ao legislador penal.

## 2. BREVE HISTÓRICO: EVOLUÇÃO DO PODER DE PUNIR

### 2.1. As vinganças

As primeiras notícias históricas que se tem do direito penal apontam para a sua estreita relação com as vinganças que se desenvolviam nas comunidades da Idade Antiga ou, até mesmo, da pré-história. Convencionou-se proceder a uma distinção entre as espécies de vingança, de acordo com o fundamento da punição a ser imposta. Assim, neste período, podem ser identificadas, ao menos, três distintas espécies de vingança, a saber: (i) vingança divina; (ii) vingança privada e (iii) vingança pública.

A primeira espécie de vingança é fruto da forte influência exercida pela religião nos povos da antiguidade. Neste período, acreditava-se que os fenômenos naturais que traziam algum revés à população decorriam da insatisfação dos deuses, ofendidos com algum comportamento de membros do grupo. Desta forma, o comportamento desviante não constituía afronta ao indivíduo ou ao grupo social, mas sim aos próprios deuses que, como retaliação, lançavam sua ira contra a população, em forma de catástrofes naturais, ou fenômenos naturais mais corriqueiros, como a ausência de chuvas ou as constantes ventanias, empecilhos à produção agrícola ou pesqueira, fonte de produção das comunidades.

Claro está que a forma de aplacar a ira dos deuses era a promoção da reprimenda em desfavor daquele que havia originado a revolta divina por meio da infração totêmica. Para logo se vê que não havia proporcionalidade entre a infração praticada e a sanção aplicada. Sendo os deuses as “vítimas” da infração, pouco importava que a conduta praticada contivesse mínimo grau de lesividade. A pena obedecia ao critério de veneração da divindade, razão pela qual quanto mais severa fosse, maior o desagravo aos deuses.

Em suma, o período da vingança divina caracterizou um direito penal teocrático e sacerdotal, em que as punições possuíam acentuado grau de severidade, desproporcionais à ofensa praticada, e que tinham na intimidação seu objetivo maior. A vingança divina marcou uma série de civilizações, podendo-se mencionar, de forma exemplificativa, o Código de Manu, bem como as legislações do Egito (Cinco Livros), da Pérsia (Avesta), de Israel (Pentateuco) e da China (Livro das Cinco Penas)<sup>1</sup>.

Ultrapassada a fase das vinganças divinas, houve a consagração das vinganças privadas, que poderiam ser tanto de cunho individual (a revanche da vítima ou de seus familiares contra o ofensor) quanto de cunho coletivo, grupal. Freqüente, ainda, a exclusão de um membro do grupo - isto é, o banimento - quando este era o responsável pela infração, no que se convencionou chamar de “perda da paz”<sup>2</sup>. Em contrapartida, se a ofensa partisse de um membro de outro grupo, tal atitude fatalmente ocasionaria a deflagração de uma guerra grupal, a chamada “vingança de sangue”.

Com o passar do tempo, e o conseqüente abandono da organização tribal e a acolhida de concepções mais requintadas de organização, o controle social passou a ser exercido pela vingança pública. Ainda não havia que se falar em proporcionalidade entre

<sup>1</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, volume 1, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.36.

<sup>2</sup> “Perdida a paz, estava o homem exposto à morte, não só porque, rompidos os vínculos mágicos ou de sangue com o clã, ficava à mercê da violência dos outros, mas ainda porque sozinho, no mundo de então, deserto de homens, dificilmente poderia defender-se das forças hostis da natureza, cósmicas ou animais” (BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*, tomo I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 33).

delito e pena. As sanções eram desproporcionais, extremamente severas, orientadas pela idéia de intimidação, e possuíam por característica, sobretudo, a idéia de tutela do soberano.

## 2.2 Direito penal. Primeiras noções de proporcionalidade

Como visto, os primeiros tempos do direito penal<sup>3</sup>, foram marcados pela desproporção entre o ato praticado e a sanção respectiva. A primeira concepção de obediência à proporcionalidade entre delitos e penas surge com o famigerado Código de Hamurabi que, ao institucionalizar a lei do talião, preconizou um limite objetivo à reprimenda penal.

Muito embora a idéia de “olho por olho, dente por dente” possa trazer consigo uma carga de crueldade e desumanidade na aplicação das sanções, o fato é que, ao preconizar que a reprimenda deveria ser idêntica à lesão perpetrada, a lei do talião institucionalizou a idéia de proporcionalidade entre o delito e a pena, constituindo progresso em relação ao quadro anterior<sup>4</sup>. Demais disso, relevante deixar consignado que a lei do talião fora acolhida não apenas pelo Código de Hamurabi, mas por inúmeras outras legislações da antiguidade, como a Lei das XII Tábuas dos romanos e o Pentateuco hebreu.<sup>5</sup>

Outra notícia histórica que se tem da proporcionalidade entre delitos e penas, insculpida em um documento, refere-se à Magna Carta, de 1215, cujo teor previa que condes e barões haveriam de ser castigados apenas pelos seus iguais, e na proporção

<sup>3</sup> Para alguns autores, sequer há que se falar em direito penal quando da vigência das vinganças divina e privada. Neste sentido, BITENCOURT, César Roberto. Ob. cit., p. 38.

<sup>4</sup> “O talião, que atualmente nos povos civilizados é símbolo de ferocidade bárbara, foi na humanidade primitiva um grande progresso moral e jurídico, justamente porque impôs um limite, uma medida à reação pela vindita defensiva (olho por olho, dente por dente)”. FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Tradução: Luis Lemos D’Oliveira. Campinas: Russell Editores, 2003, p. 22.

<sup>5</sup> Em que pese o cristianismo possuir matriz hebraica, cumpre ressaltar que a lei do talião foi defenestrada por esta corrente de pensamento, na medida em que, para Jesus Cristo, nas palavras do apóstolo Mateus, *in verbis*: “Ouviste que foi dito: olho por olho, e dente por dente. Eu, porém, vos digo que não resistais ao mal; mas se qualquer te bater na face direita, oferece-lhe também a outra; e ao que quiser pleitear contigo, e tirar-te o vestido, larga-lhe também a capa” (Mt, 05: 38-40).

da gravidade das ofensas praticadas<sup>6</sup>. A despeito do seu caráter elitista, a Magna Carta representa um importantíssimo documento no sentido da consolidação de direitos<sup>7</sup>, dentre os quais se inclui, como visto, a proporcionalidade da sanção penal.

### 2.3. Período Humanitário

A previsão de relativa proporcionalidade entre os delitos praticados e as sanções penais a serem impostas não eliminava a crueldade das penas. Com efeito, até o século XVIII os países da Europa conviviam com execuções bárbaras, transformadas em tenebrosos espetáculos públicos<sup>8</sup>. Se é certo que a proporcionalidade já conduzia o poder público a repudiar tais excessos para os delitos de pouca monta, isto é, de baixa lesividade, é certo também que, quando da prática de crimes considerados mais graves, a prática destas atrocidades constituía uma constante.

Tal quadro começa a sofrer alteração com o advento dos ideais iluministas. No campo das ciências criminais, as idéias sufragadas pelos pensadores iluministas caminharam no sentido da humanização da intervenção penal. De início, imperioso destacar que, com fundamento no direito natural, os iluministas sustentavam que toda pessoa possuiria direitos inalienáveis, imanentes à sua própria natureza<sup>9</sup>, razão pela qual a intervenção penal há de obedecer a critérios de racionalidade.

Sob outra perspectiva, no campo estritamente político, os pensadores iluministas insurgiam-se contra o poder absoluto do monarca. Ora, sendo o direito penal o meio pelo qual o poder público exerce a violência, legitimamente monopolizada por ele,

<sup>6</sup> “Earls and barons shall be fined only by their equals, and in proportion to the gravity of their offense’ (item 21).

<sup>7</sup> “Se é certo que a Magna Charta efetivamente deixou a esmagadora maioria da população sem acesso aos direitos nela previstos, não menos é que serviu como um dos marcos para a consolidação de importantes direitos e garantias fundamentais, como o caso do *habeas corpus* e do direito de propriedade” (SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 42).

<sup>8</sup> Para uma breve noção do que aqui se afirma, cf. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução: Raquel Ramallete. 32. ed. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 09-10.

<sup>9</sup> Neste sentido, paradigmática a frase de Jean-Jacques Rousseau: “O homem nasceu livre, e em toda parte se encontra sob ferros” (*In: O contrato social e outros escritos*. Tradução: Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 1995. p. 21).

a limitação do poder monarca relaciona-se intimamente com os freios à perseguição criminal.

Nesta senda, sobressai-se em importância, além da obra de célebres autores, como Rousseau e Montesquieu<sup>10</sup>, o opúsculo “dos delitos e das penas”, de Cesare de Bonesana, o Marquês de Beccaria. A par de uma série de limitações ao poder punitivo, preconizada por Beccaria, destaca-se, também, a idéia de proporcionalidade.<sup>11</sup> A vitória do ideal liberal iluminista acarreta a consagração dos valores atinentes à humanização da intervenção penal, com a conseqüente proscrição da barbárie estatal até então em vigor.

Relevante destacar que esta humanização das sanções penais trouxe consigo o reforço à noção de proporcionalidade, plasmada no art. 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito”.

### **3. A CRÍTICA DO SISTEMA PENAL: POR QUE E COMO PUNIR?**

#### **3.1. A criminologia crítica e os abolicionistas. Por que punir?**

O direito é uma das inúmeras formas de controle social. Além da regulamentação jurídica, as “normas” de convivência, não institucionalizadas, oriundas da dinâmica social, da conjuntura do espaço cultural e da religião, para citar apenas algumas, compõem o que se pode chamar de controle social. Quando estas formas de controle se mostrarem insuficientes, deve-se fazer valer o quanto prescrito pelas normas jurídicas.<sup>12</sup> Demais disso, antes

<sup>10</sup> Também Montesquieu defendeu a idéia de proporção entre o delito e a pena, *in verbis*: “É um grande mal, entre nós, aplicar a mesma pena àquele que rouba em uma estrada e ao que rouba e assassina. É evidente que, para o bem da segurança pública, dever-se-ia estabelecer alguma diferença entre as penas” (*In: O espírito das leis*. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 103).

<sup>11</sup> Para Beccaria: “Não somente é interesse de todos que não se cometam delitos, como também que estes sejam mais raros proporcionalmente ao mal que causam à sociedade. Portanto, mais fortes devem ser os obstáculos que afastam os homens dos crimes, quando são contrários ao bem público e na medida dos impulsos que os levam a delinquir. Deve haver, pois, proporção entre os delitos e as penas.” (*In: Dos delitos e das penas*. Tradução: J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 37).

<sup>12</sup> Na linha da doutrina majoritária, utilizamos a expressão normas jurídicas, muito embora a pertinência da distinção de Eros Roberto Grau, para quem: “O que em verdade se inter-

de se recorrer às normas penais, devem ser exauridas as instâncias extra-penais (civil, administrativa, etc.), razão pela qual se diz que o direito penal é orientado pela idéia de *ultima ratio*, isto é de subsidiariedade.

O sistema penal, por seu turno, engloba todos os setores que se aproximam intimamente do poder de punir, desde a criminalização da conduta até a execução da pena a ser aplicada. Desta forma, legisladores, policiais, promotores, magistrados, o público e os funcionários envolvidos nas respectivas atividades compõem o sistema penal<sup>13</sup>.

A ineficiência do sistema penal, no que concerne aos fins a que se propõe, aliado a seu flagrante caráter seletivo, impulsionou críticas, não apenas ao seu modo de funcionamento, mas à sua própria existência. As primeiras vozes que se insurgiram, não apenas de forma pontual, contra o sistema penal partiram de pensadores ligados à linha marxista.

Com efeito, pautados na concepção do marxismo clássico-ortodoxo de que a infra-estrutura econômica, consubstanciada nas formas de produção e reprodução dos bens materiais, determina e condiciona a superestrutura jurídica (além da política e ideológica), referidos pensadores identificaram o direito como instrumento mantenedor de privilégios de classe. Nesta senda, sendo certo que o direito penal é o braço armado do Estado, recaíram sobre o sistema penal as críticas mais acerbas, como maquinário de exclusão e segregação.

Esta linha de pensamento, que condena o sistema penal como um todo, identificando-o como instrumento de repressão a serviço

---

preta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo” (*In: Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 23).

<sup>13</sup> Frise-se, todavia, que esta a noção de sistema penal em seu sentido limitado, na medida em que, consoante as lições de Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, sistema penal em sentido amplo deveria ser entendido “[...] como ‘controle social punitivo institucionalizado’; nele se incluem ações controladoras e repressoras que aparentemente nada têm a ver com o sistema penal” (*Manual de direito penal brasileiro - parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 69).

de determinada estrutura social classista<sup>14</sup>, ficou conhecida como criminologia crítica ou radical<sup>15</sup>, e dela derivou a insurgência contra a legitimidade do próprio direito de punir. Posteriormente, estas correntes contrárias ao direito de punir - ditas abolicionistas, porquanto sustentam a abolição do sistema penal como um todo - se afastaram do marxismo ortodoxo, mas continuaram identificando no sistema penal um teor seletivo e excludente, porquanto o formalismo da isonomia jurídica não possui o condão de eliminar a desigualdade material que lhe é subjacente.

Discorrendo sobre as principais críticas apresentadas ao sistema penal e, em particular, à pena privativa de liberdade, Gamil Föppel el Hireche<sup>16</sup> apresenta as seguintes: (i) o cárcere não educa, ao revés, embrutece e dessocializa; (ii) o custo de manutenção dos presídios é excessivamente alto, e os valores despendidos em sua construção/manutenção deveriam ser canalizados para a prevenção ao crime, com significativos investimentos na formação das pessoas; (iii) o sistema penal seleciona suas vítimas nas classes mais humildes; (iv) dentre os delitos praticados, é irrisório o quantitativo daqueles que chegam a ser sancionados (cifras ocultas);<sup>17</sup> (v) a persecução criminal pressupõe uma estigmatização, que se inicia antes mesmo da aplicação da pena; (vi) em nome do direito penal, cometem-se uma série de violações aos direitos humanos, como mortes e torturas; (vii) o direito penal, para além de debelar o crime, cria-o, por meio da construção de rótulos e etiquetas (teoria do etiquetamento, *labelling approach*).

<sup>14</sup> Em obra clássica sobre o tema, escrita em 1939, Georg Rusche e Otto Kirchheimer asseveraram que: “Todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção” (*In: Punição e estrutura social*. 2. ed. Tradução: Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan: Instituto carioca de criminologia, 2004, p. 20).

<sup>15</sup> O alinhamento à corrente marxista é expresso por parte dos adeptos da criminologia crítica. Neste sentido, Juarez Cirino dos Santos afirma que: “O compromisso da Criminologia Radical é com a abolição das desigualdades sociais em riqueza e poder [...] afirmando que a solução para o problema do crime depende da eliminação da exploração econômica e da opressão política de classe - e sua condição é a transformação socialista [...]” (*A criminologia radical*. 2. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2006, p. 36).

<sup>16</sup> *In: A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense. 2004, p. 116-127.

<sup>17</sup> Sobre o tema, cf. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto carioca de criminologia, 2002, p.102-104.



### 3.2. Minimalistas e garantistas. Como punir

Não apenas os abolicionistas se insurgiram contra a seletividade do sistema penal, mas também os minimalistas, que, em síntese, sustentam que a tutela penal há de ser mínima, isto é, adstringir-se a situações excepcionais em caráter subsidiário, referindo-se a casos extremos, em que as demais formas de tutela (jurídica ou extra-jurídica) não surtam efeitos. Desta forma, em que pese assentirem em boa medida com as críticas ao sistema penal, os minimalistas sustentam a manutenção do poder de punir estatal, conquanto a intervenção penal seja mínima, excepcional.

Não se pode deixar de aludir, ainda, ao garantismo penal, que também repudia o abolicionismo, pugnando pela existência de uma tutela penal racional que respeite uma esfera mínima de direitos que não poderão ser tolhidos ou ameaçados. Procurando explicitar o significado do garantismo, Luigi Ferrajoli ressalta que, *in verbis*:

*“Segundo um primeiro significado, ‘garantismo’ designa um modelo normativo de direito: precisamente no que diz respeito ao direito penal, o modelo de ‘estrita legalidade’ SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. [...]. em um segundo significado, ‘garantismo’ designa uma teoria jurídica da ‘validade’ e da ‘efetividade’ como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela ‘existência’ ou ‘vigor’ das normas. [...]. Segundo um terceiro ‘significado’, por fim, ‘garantismo’ designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade” (In: Direito e razão: teoria do garantismo pe-*

nal. Tradução: Ana Paula Zomer Sica et. al. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 785-787).

Em suma, o garantismo penal almeja estabelecer parâmetros de racionalidade à intervenção penal, proscrevendo o arbítrio punitivo, que pode ser identificado seja na criminalização de condutas banais, seja na inobservância de direitos no curso da persecução criminal, judicial ou extrajudicial.

#### **4. LEITURA CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO PENAL**

##### **4.1. Breves considerações sobre os papéis desempenhados pela Constituição na elaboração da lei penal**

No ponto de evolução em que se encontra a Ciência Jurídica, é despiciendo incorrer em maiores considerações acerca da primazia das normas constitucionais sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico. Resta assente que as demais normas são hierarquicamente inferiores, na medida em que haurerem seu fundamento de validade, direta ou indiretamente, da constituição.

Em assim sendo, é um truísmo asseverar que o direito penal deve conformar seu âmbito de atuação ao que foi preconizado pela Constituição Federal. A despeito da aparente obviedade da assertiva, esta carece de uma apreciação mais acurada, sobretudo no que concerne à incriminação de condutas, haja vista o amplo campo de atuação aparentemente conferido ao legislador ordinário.

Neste sentido, relevante apresentar um breve panorama das funções exercidas pela Constituição, sobretudo no que tange a primeira fase de atuação do sistema penal, isto é, a criminalização, a previsão em abstrato da conduta criminosa e a cominação da respectiva sanção penal.

Dissertando sobre o tema em apreço, Luciano Feldens<sup>18</sup> assevera que a constituição pode se apresentar sob três diversos

---

<sup>18</sup> *In*: A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 38-68.

aspectos: (i) como limite material ao direito penal, estabelecendo proibições de incriminação; (ii) como fonte exclusiva do direito penal, significando dizer que apenas poderão ser criminalizadas as condutas que representem afronta a bens constitucionalmente relevantes; (iii) como fundamento normativo do direito penal, estabelecendo, ou não, obrigações de tutela penal.

Ainda no que concerne à leitura constitucional do direito penal, imprescindível fazer alusão ao papel desempenhado pelos princípios, sejam os expressos na Constituição, sejam os implícitos, decorrentes do conjunto de valores por ela consagrados. Sem pretensões de atuar de forma exaustiva, podemos enumerar alguns princípios que, informando o direito penal, limitam o poder de punir do Estado.

Assim, podemos aludir aos princípios da culpabilidade (que veda a responsabilização objetiva, proscria do direito penal há muito), da humanidade (porquanto a Constituição Federal impede a adoção de penas cruéis), da reserva legal, da retroatividade benéfica da lei penal e da pessoalidade (ou intranscendência da pena). Alguns princípios, todavia, merecem uma apreciação mais detalhada, eis que diretamente associados ao nosso tema. São eles a legalidade estrita e a lesividade.

#### **4.2. O princípio da legalidade estrita**

O direito penal, como todos os demais ramos da Ciência Jurídica, quando aplicado em concreto pressupõe, necessariamente, a sua filtragem constitucional. Assim, 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 previstos constitucionalmente devem ser o parâmetro a ser seguido.

Ao determinar, no art. 5º., XXXIX da Constituição Federal/88, que não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal, o legislador constituinte remeteu ao legislador ordinário a missão de definir os desvios de conduta social que deveriam ser tidos por criminosos. Neste dispositivo, a Constituição Federal acolheu o princípio da legalidade (representado

pela célebre expressão latina, cunhada por Feuerbach, no início do século XIX: *nullum crimen, nulla poena, sine lege*), viga de sustentação do direito penal moderno.

É de se salientar que ao se deferir ao legislador a função de criminalizar as condutas, o direito penal passou a se revestir de um manto de legitimidade (ao menos formal), porquanto transplantou-se para o Parlamento, local em que se desenvolviam os embates do incipiente jogo democrático, as discussões pertinentes à tutela de bens e valores. Respaldava-se assim (ao menos formalmente, ressalte-se uma vez mais) a violência utilizada pelo Estado para fazer frente à violência cometida em detrimento dos bens por ele protegidos.

Do que até o presente momento foi destacado, importa salientar a principal idéia que orienta a existência do princípio da legalidade (bem assim, dos demais princípios que informam o direito penal): ele nasce e se desenvolve como direito do cidadão, a ser oposto à sanha punitiva do Estado. O princípio da legalidade constitui o contraponto, o limite a ser observado pelo Estado quando da cominação de sanções.

A legalidade deve ser estrita. Assim, a tipificação penal há de ser clara, precisa, certa, determinada e específica (não se pode admitir tipificações indevidamente abertas como, v.g. “afrontar a ordem jurídica”<sup>19</sup>), além de pressupor a observância de limites materiais<sup>20</sup>, adiante expostos.

Se por um lado a observância do princípio da legalidade, isto é, a definição de crimes e cominação de penas por meio da lei em sentido estrito, confere legitimidade ao poder de punir em sentido

<sup>19</sup>ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. “Considerações acerca do delito de radiodifusão clandestina: a questão das rádios piratas”. In: *Revista da Seção Judiciária de Alagoas*. Ano II, n. 02, 2007, p. 139-158.

<sup>20</sup> Enquanto o axioma da mera legalidade se limita a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), o princípio da *legalidade estrita* exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal (“*nulla lex poenalis sine necessitate, sine injuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*”). FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer Sica et. al. 2. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2006, p. 93.

formal, tal não ocorre com a sua legitimidade material. Com efeito, se assim o fosse, o legislador ordinário possuiria poderes absolutos na criminalização de condutas, o que agride as noções mais basilares de Estado Democrático de Direito. Há de ser observada, como querem os garantistas, a esfera do “não-decidível”, ou seja, um rol de garantias mínimas em relação às quais sequer a maioria poderia decidir, sob pena de consagrarmos não uma democracia, mas uma ditadura da maioria.

#### 4.3. O princípio da lesividade

Consoante o princípio da lesividade, apenas condutas que ocasionem lesões a bens jurídicos de terceiros podem ser criminalizadas.

O princípio da lesividade possui quatro funções<sup>21</sup>:

(i) obsta a incriminação de condutas internas;

Reconhece-se, no particular, que a cogitação não pode ser punida (*cogitationis poenam nem patitur*), já que as “idéias e convicções, os desejos, aspirações e sentimentos dos homens não podem constituir o fundamento de um tipo penal, nem mesmo quando se orientam para a prática de um crime”.<sup>22</sup>

(ii) veda a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor;

Consagra-se, assim, a alteridade do direito penal. Neste sentido, a ordem constitucional proscribe a incriminação de condutas de autolesão. Esta é a razão pela qual não se pode compactuar com a criminalização do suicídio<sup>23</sup>, sendo considerado crime, tão-somente, o induzimento, a instigação ou o auxílio ao suicídio.

<sup>21</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 92-97.

<sup>22</sup> BATISTA, Nilo. *Ob. cit.* p. 92.

<sup>23</sup> O suicídio tentado não é crime, por conta da impossibilidade de se criminalizar a autolesão. No que tange ao suicídio consumado, sendo certo que o nosso ordenamento jurídico consagra a observância do princípio da pessoalidade ou intranscendência da pena, esta conduta jamais poderia ser criminalizada, na medida em que a morte extingue a punibilidade do agente (*mors omnia solvit*). Nem sempre, todavia, isto ocorreu, porquanto, quando da vigência do direito penal pré-iluminista, os sucessores do suicida respondiam pelo crime de suicídio.

Por conta da proibição de se criminalizar a autolesão, alguns tipos penais merecem uma revisão. Este o caso da criminalização do consumo de drogas (ou melhor, do porte de drogas destinadas ao consumo), na medida em que é falacioso o discurso legislativo de que, nestas condutas, o bem jurídico tutelado pela norma penal é a saúde pública. Em verdade, trata-se de um caso flagrante de criminalização da autolesão, em que o legislador houve por bem considerar criminoso a conduta do agente que, espontânea ou voluntariamente, ingere substâncias entorpecentes, produzindo danos ao seu organismo, comprometendo a sua integridade física e a sua higidez psicológica.

(iii) proíbe a criminalização de estados ou condições existenciais;

Com esta orientação, consagra-se a idéia de que o direito penal moderno é do fato, e não do autor. Em síntese, o agente poderá ser sancionado apenas pelo que faz, e não pelo que é.<sup>24</sup>

Com fundamento nesta função da lesividade, parcela da doutrina considera que as medidas de segurança, sanções penais destinadas aos inimputáveis - isto é, àqueles que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado não forem capazes de compreender o caráter ilícito do fato, ou de determinar-se de acordo com esta compreensão - e, em alguns casos, aos semi-imputáveis, deveriam ser proscritas do ordenamento.<sup>25</sup> O fundamento desta posição doutrinária é que as medidas de segurança são pautadas em juízos de perigosidade, próprios de um direito penal do autor, ao passo que o direito penal do fato é caracterizado por juízos de culpabilidade.

(iv) proibição de se incriminar condutas que não afetem qualquer bem jurídico.

A importância do bem jurídico para incriminação de condutas que comportem algum desvio social será abordada (cf. *infra* 6.2.1). Além de constituir pressuposto material da intervenção

<sup>24</sup> “Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso viole a sua esfera de autodeterminação” (ZAFFARONI, Eugênio R./PIERANGELI, José Henrique. Ob. cit. p.116).

<sup>25</sup> Neste sentido, ZAFFARONI e PIERANGELI. Ob. cit. p. 116.

penal, a imprescindibilidade de afronta a bens jurídicos constitui consectário lógico do princípio da lesividade.

## 5. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

### 5.1. Da distinção entre regra, princípios e postulados

As normas jurídicas podem ser normas-regra e normas-princípio. A distinção entre princípios e regras foi estabelecida por inúmeros juristas consagrados, tais como Ronald Dworkin e Robert Alexy (para mencionar as doutrinas mais conhecidas nesta questão), além de Larenz e Esser, dentre outros. Para Claus-Wilhelm Canaris, os princípios se distinguem das regras por duas características, a saber: (i) o conteúdo axiológico, pois os princípios os possuiriam de forma explícita, carecendo, destarte, de regras para a sua concretização; (ii) os princípios receberiam seu conteúdo de sentido por um processo dialético de complementação e limitação.<sup>26</sup>

Para Dworkin, as regras são aplicadas no método tudo ou nada (*all or nothing*), ao passo que os princípios não determinam a decisão, mas contêm fundamentos que hão de ser conjugados com outros fundamentos, oriundos de outros princípios. Os princípios seriam aplicados, não sob critério “tudo ou nada”<sup>27</sup>, mas sim sob o critério “mais ou menos”.

Alexy, na linha preconizada por Dworkin, reputa caráter normativo tanto às regras quanto aos princípios. De acordo com o constitucionalista alemão, há três teses distintas, no que concerne à distinção entre regras e princípios.<sup>28</sup> A primeira tese sustenta a impossibilidade de se diferenciar as normas em regras ou princípios, haja vista a diversidade existente.<sup>29</sup> Para os adeptos de uma

<sup>26</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 36.

<sup>27</sup> “As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39).

<sup>28</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008 p. 89.

<sup>29</sup> “Diante disso, é necessário atentar para as diversas convergências e diferenças, semelhanças e dessemelhanças, que são encontradas no interior da classe das normas, algo que seria mais bem captado com a ajuda do conceito wittgensteiniano de *semelhança de família* que por meio de uma divisão em duas classes.” (Idem. p. 89).

segunda tese, é possível diferenciar as regras dos princípios, sendo certo que esta diferenciação é de grau de generalidade<sup>30</sup>. Alexy perfilha o entendimento sufragado pela terceira tese. Para esta, há distinção entre regras e princípios, e esta distinção não é apenas de grau, mas, antes, uma distinção qualitativa.

Neste sentido, Alexy afirma que os princípios são normas jurídicas por meio das quais se estabelecem deveres de otimização, aplicáveis em diversos graus, e a medida de sua satisfação depende tanto de possibilidades fáticas quanto de possibilidades jurídicas, cujo âmbito é determinado pelos princípios e regras colidentes.<sup>31</sup> Em sentido diverso, as regras podem ser cumpridas ou não.<sup>32</sup> Para Alexy, esta seria a principal distinção entre regras e princípios.

Como visto, para a doutrina que hoje prevalece, uma vez verificado o conflito entre regras jurídicas, uma delas deverá ser afastada, aplicando-se, integralmente a que remanescer (aplicando-se, assim, o critério tudo-ou-nada); apenas os princípios estariam sujeitos à ponderação em concreto, podendo-se aplicá-los, a partir daí, em variados graus. Dissentindo do entendimento sufragado pelos autores mencionados, Humberto Ávila reputa possível que haja conflito entre regras, e este possa ser solucionado pela ponderação, não havendo que se falar em utilização *prima facie* do critério tudo-ou-nada.<sup>33</sup>

Assiste razão a Ávila quando assevera que pode haver colisão entre regras. Com efeito, comumente há casos em que se poderia aplicar mais de uma regra, devendo-se escolher qual delas será

<sup>30</sup> *Idem, ibidem.* p. 90.

<sup>31</sup> *Idem, ibidem.* p. 90.

<sup>32</sup> “Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” (*Idem, ibidem.* p. 91).

<sup>33</sup> “[...] não é adequado afirmar que as regras ‘possuem’ um modo absoluto ‘tudo ou nada’ de aplicação. Também as normas que aparentam indicar um modo incondicional de aplicação podem ser objeto de superação por razões não imaginadas pelo legislador para os casos normais. A consideração de circunstâncias concretas e individuais não diz respeito à estrutura das normas, mas à sua aplicação; tanto os princípios quanto as regras podem envolver a consideração a aspectos específicos, abstratamente desconsiderados.” (ÁVILA, Humberto. *Ob.cit.*, p. 47).



aplicada, sem que, com isso, materialize-se a exclusão da referida regra do ordenamento jurídico. Ocorre, todavia, que, neste caso, a ponderação que se fará não terá por objeto as regras, propriamente ditas, mas sim os princípios que as fundamentam.<sup>34</sup>

Relevante deixar consignado, ainda na esteira do pensamento de Humberto Ávila<sup>35</sup>, que, além das regras e princípios, o autor trabalha com uma outra categoria: os postulados normativos. Postulados distinguir-se-iam das regras e princípios na medida em que estes se encontram no campo das normas, ao passo que os postulados inserem-se no âmbito das metanormas, isto é, das normas sobre normas, porquanto estabelecem estrutura de aplicação de outras normas, regras e princípios.<sup>36</sup>

Ainda de acordo com esta doutrina, os postulados podem ser inespecíficos, quando passíveis de aplicação, ainda quando não se levem em conta os elementos a serem submetidos a relacionamento. Como exemplo, poderia ser apontado o postulado da ponderação, que “exige sopesamento de quaisquer elementos (bens, interesses, valores, direitos princípios, razões) e não indica como deve ser feito este sopesamento. Os elementos e os critérios não são específicos”.<sup>37</sup> Podem, porém, os postulados ser específicos, quando sua aplicabilidade for condicionada a específicos elementos.

Ainda de acordo com Ávila, seriam postulados inespecíficos ou incondicionais<sup>38</sup> : (i) a ponderação, (ii) a concordância prática e (iii) a proibição de excesso; por seu turno, poderiam ser considerados postulados específicos ou condicionais<sup>39</sup>: (i) a igualdade, (ii) a razoabilidade e (iii) a proporcionalidade.

<sup>34</sup> Neste sentido, AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de; VILLAS BOAS, Marcos de Aguiar. “Reflexões sobre a proporcionalidade e suas repercussões nas ciências criminais”. Texto inédito.

<sup>35</sup> No mesmo sentido de Ávila, Eros Roberto Grau ressalta que: “O chamado ‘princípio’ da proporcionalidade consubstancia um postulado normativo aplicativo” (*In: Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 183).

<sup>36</sup> ÁVILA, Humberto. Ob. cit. p. 122.

<sup>37</sup> *Idem*. p. 129.

<sup>38</sup> *Idem*, *ibidem*. p. 130 et seq.

<sup>39</sup> *Idem*, *ibidem*. p. 137 et seq.

## 5.2. Da razoabilidade

Questão intrigante diz respeito ao emprego do termo razoabilidade, porquanto comumente utilizado em relação de fungibilidade com a proporcionalidade pela doutrina nacional e estrangeira<sup>40</sup>.

Para os referidos autores, a distinção entre os conceitos relaciona-se muito mais à sua origem do que a distinções substanciais entre eles. Desta forma, temos que o princípio da razoabilidade origina-se do sistema jurídico anglo-saxão, como corolário do devido processo legal substancial (*due process of law*), deitando raízes na Magna Carta<sup>41</sup>, sob os auspícios da cláusula *law of the land*.

Nascida sob o pálio de uma concepção estritamente processual, a idéia de devido processo legal evoluiu para uma perspectiva substancial (*substantive due process of law*). Com fundamento nesta característica substancial, o devido processo legal foi erigido a relevante instrumento de defesa dos direitos individuais contra o arbítrio estatal.

Sob outro prisma, a idéia de proporcionalidade associa-se ao direito de origem germânica, tendo evoluído a partir do direito administrativo. Para os que sustentam a similitude entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, malgrado a diversidade de origem e desenvolvimento, “[...] um e outro abrigam os mes-

<sup>40</sup> “De logo é conveniente ressaltar que a doutrina e a jurisprudência nacional, assim na Europa continental como no Brasil, costuma fazer referência, igualmente, ao princípio da proporcionalidade, conceito que em linhas gerais mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade” (BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 224).

<sup>41</sup> Virgílio Afonso da Silva contesta esta origem histórica, ressaltando que: “[...] na Inglaterra fala-se em princípio da irrazoabilidade e não em princípio da razoabilidade. E a origem concreta do princípio da irrazoabilidade, na forma como aplicada na Inglaterra, não se encontra no longínquo ano de 1215, nem em nenhum outro documento legislativo posterior, mas em decisão judicial proferida em 1948. E esse teste da irrazoabilidade, conhecido também como *teste Wednesbury*, implica tão somente em rejeitar atos que sejam excepcionalmente irrazoáveis. Na fórmula clássica da decisão *Wednesbury*: ‘se uma decisão [...] é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a corte intervir’. Percebe-se, portanto, que o teste sobre a irrazoabilidade é muito menos intenso do que os testes que a regra da proporcionalidade exige, destinando-se meramente a afastar atos absurdamente irrazoáveis.” (In: “O proporcional e o razoável”, *Revista dos Tribunais*, v. 798, abr. 2002, p. 23-50).

mos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos”.<sup>42</sup>

Não faltam, entretanto, autores que sufragam a distinção entre proporcionalidade e razoabilidade. Nesta linha, a proporcionalidade pressupõe, conforme adiante demonstrar-se-á, a adequação a necessidade e a proporcionalidade propriamente dita (em sentido estrito), do meio empregado em relação ao fim almejado. Por seu turno, a razoabilidade não pressuporia esta relação de meio e fim.<sup>43</sup>

### 5.3. Da proporcionalidade

A proporcionalidade surge vinculada à concepção de limitação do poder estatal, tendo em vista a tutela dos interesses individuais. Sendo certo que ao Estado cabe proceder à limitação destes interesses individuais, de molde a atender ao interesse público, a proporcionalidade aparece como medida de atuação do Estado; assim, o agir estatal há de ser proporcional, proporcionalidade esta que deve ser observada entre os meios a serem empregados e os fins a serem alcançados.

Sob a égide destas constatações, deve-se aferir, no caso concreto, a pertinência de se limitar excessivamente determinados direitos, com vistas à proteção de outros. Exemplificando, e já transplantando a noção para a esfera do direito penal, há de se valorar a pertinência de tolher o direito de liberdade dos indivíduos (com a adoção da pena privativa de liberdade, ainda a espinha dorsal do nosso sistema punitivo) com vistas à tutela de direitos outros, quando a lesão perpetrada seja de somenos relevância.

À idéia de proporcionalidade, são ínsitas as noções relativas à moderação, prudência, equidade e proibição de excesso, dentre outras similares<sup>44</sup>. Estas noções, contudo, possuem considerável

<sup>42</sup> BARROSO, Luis Roberto. Ob. cit. p. 373.

<sup>43</sup> Neste sentido, cf. ÁVILA, Humberto. Ob. cit. p. 146. Também SILVA, Virgílio Afonso da. Ob. cit.

<sup>44</sup> Neste sentido, CUNHA JUNIOR, Dirley, para quem o princípio da proporcionalidade: “[...] consubstancia, em essência, uma *pauta de natureza axiológica* que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra

grau de subjetivismo, fornecendo poucos parâmetros objetivos que conduzam à sua delimitação. Esta a razão pela qual o princípio da proporcionalidade é decomposto em três subprincípios (ou subpostulados, para quem assim encara o princípio; também ditos elementos ou regras da proporcionalidade). Em suma, uma das funções destes elementos da proporcionalidade é conferir parâmetros, com maior grau de objetividade à sua delimitação.

O juízo de proporcionalidade é realizado de acordo com um critério trifásico. Assim, para se aferir a proporcionalidade do meio empregado em relação ao fim colimado, relevante que se atente para a adequação (ou idoneidade), a necessidade (exigibilidade) e a proporcionalidade em sentido estrito da medida.<sup>45</sup> Estes os elementos que compõem a estrutura analítica do princípio da proporcionalidade, desenvolvidos pela jurisprudência constitucional alemã.

Relevante destacar que os elementos apontados não de ser aferidos na ordem lógica em que foram apresentados, ou seja, faz-se um juízo acerca da adequação da medida, para, posteriormente, apreciar-se a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.<sup>46</sup> À vista disto, é fácil concluir não ser imprescindível a apreciação dos três elementos da proporcionalidade em toda e qualquer circunstância. Isto porque apenas se legitimará a análise da necessidade da medida se aferida a sua adequação; apenas se constatada sua necessidade, far-se-á o exame da proporcionalidade em sentido estrito.

Mas, afinal, o que significa cada um destes elementos que compõem a proporcionalidade?

---

de interpretação para todo o ordenamento jurídico.” (Curso de direito constitucional. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 221).

<sup>45</sup> FELDENS, Luciano. Ob.cit. p. 161.

<sup>46</sup> Acolhemos, com isso, a tese amplamente majoritária na doutrina. Relevante salientar, todavia, que outras duas teorias remanescem em derredor do tema. Para a primeira, os elementos (ou sub-regras) da proporcionalidade seriam, apenas, a adequação e a necessidade. Esta teoria é adotada pelos críticos do sopesamento, que repudiam a proporcionalidade em sentido estrito, justamente por considerar que sua análise implica em um sopesamento. Há uma última teoria, de acordo com a qual, além dos três elementos, haveria um quarto, qual seja, a análise da legitimidade dos fins que a medida pretende alcançar. A adoção desta última tem sido levada a efeito pela Corte Européia de Direitos Humanos (cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Ob. cit.).

### 5.3.1. Adequação

Sendo certo que a idéia que orienta a observância destas regras de aferição da proporcionalidade (seus elementos) é a relação entre meios empregados e fins almejados, temos que a melhor forma de se definirem tais regras é valorando esta relação meio-fim. Assim, um meio será considerado adequado quando for considerado apto a alcançar o resultado pretendido<sup>47</sup>, ou quando a utilização deste meio, se não ensejar o alcance do objetivo, ao menos fomente a sua realização.

Com efeito, Virgílio Afonso da Silva chama a atenção para o fato de que a doutrina brasileira costuma identificar a adequação apenas com a idéia de aptidão para alcance do fim pretendido, esquecendo-se de que a adequação pressupõe não apenas esta aptidão, mas também o fomento à realização deste fim. Em suma, um meio apenas será considerado inadequado, ou inidôneo, quando a sua utilização não possuir o condão, sequer, de fomentar a realização do fim pretendido.<sup>48</sup>

Afirmar-se, porém, que a adequação é a aptidão do meio para o alcance ou fomento do fim pretendido é definição insuficiente, conquanto remanesce um amplo espaço de discricionariedade na apreciação desta aptidão. Com efeito, remeter a discussão à esfera da aptidão do meio em relação ao fim não comporta a observância da mínima precisão necessária à identificação desta adequação.

Esta constatação conduziu alguns setores da doutrina à criação de critérios que conferem concreção à idéia de adequação. Neste diapasão, Ávila<sup>49</sup> ressalta que três indagações básicas devem ser apresentadas: (i) o que significa um meio ser adequado à rea-

<sup>47</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 126.

<sup>48</sup> Adotando por paradigma a decisão do Tribunal alemão que consagrou a idéia de proporcionalidade, afirma o constitucionalista brasileiro: “A causa do problema está na tradução imprecisa da decisão. A sentença em alemão seria melhor compreendida se se traduzisse o verbo *fördern*, usado na decisão, por *fomentar*, e não por alcançar, como faz Gilmar Ferreira Mendes, porque, de fato, o verbo *fördern* não pode ser traduzido por alcançar. *Fördern* significa fomentar, promover. Adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado’ (ob. cit.).

<sup>49</sup> Ob. cit. p. 153 *et seq.*

lização de um fim? (ii) como deve ser analisada a relação de adequação? (iii) qual deve ser a intensidade de controle das decisões adotadas pelo Poder Público?

No que se refere à primeira indagação, tem-se que apreciar os aspectos da relação entre meio e fim. Estes aspectos podem ser de três distintas naturezas: a) quantitativo (intensidade); b) qualitativo (qualidade); c) probabilístico (certeza).

Em termos quantitativos, o meio poderá promover ou fomentar mais ou menos do que um outro meio, passível de ser utilizado. No que toca ao aspecto qualitativo, um meio poderá promover ou fomentar melhor, pior ou igual ao outro. Por fim, sob o aspecto probabilístico, um meio pode promover ou fomentar com mais, menos ou igual certeza o fim almejado. Desta forma, a opção entre meios mais adequados nem sempre se fará na mesma esfera de apreciação, porquanto um meio poderá ser mais (aspecto quantitativo) adequado do que outro, mas, ao mesmo tempo, ser pior (aspecto qualitativo)<sup>50/51</sup>.

Quanto à segunda pergunta (como deve ser analisada a relação de adequação?), tem-se que aferir as três dimensões em que é possível se manifestar a adequação: a) abstração/concretude; b) generalidade/particularidade; c) antecedência/posteridade.

Consoante a primeira dimensão, haverá adequação da medida quando esta conduzir à promoção do fim em abstrato (possibilidade em tese de se alcançar o fim) ou em concreto, a depender, naturalmente, do caso. No que pertine à segunda dimensão, a medida empregada pode ser geralmente adequada - quando o fim é realizado na maioria dos casos, com a sua adoção - ou par-

<sup>50</sup> Da obra de Ávila, extraímos o seguinte exemplo: “A escolha da Administração na compra de vacinas para combater uma epidemia pode envolver a comparação entre uma vacina que acaba com todos os sintomas da doença (superior em termos quantitativos) mas que não tem eficácia comprovada para a maioria da população (inferior em termos probabilísticos) e outra vacina que, apesar de curar apenas os principais efeitos da doença (inferior em termos quantitativos), já teve sua eficácia comprovada em outras ocasiões (superior em termos probabilísticos)”. Ob. cit. p. 153.

<sup>51</sup> Ainda consoante Ávila, o administrador e o legislador têm o dever de escolher o meio que promova o fim, ainda que não seja o meio mais intenso, melhor ou mais seguro (cf. ob. cit. p. 153).

ticularmente adequada - quando, em todos os casos individuais, houver o alcance deste fim. Por fim, quanto à terceira dimensão, pode-se exigir que determinada medida seja adequada no momento em que posta em prática ou posteriormente, quando julgada, por exemplo.

Por seu turno, a terceira das perguntas formuladas (qual deve ser a intensidade de controle das decisões adotadas pela Administração?) pressupõe a cisão do controle em forte e fraco. Consoante o “modelo forte de controle, qualquer demonstração de que o meio não promove a realização do fim é suficiente para declarar a invalidade da atuação administrativa”;<sup>52</sup> de outro prisma, o controle fraco pressupõe uma demonstração cabal, muito mais percuciente, da inadequação da medida empregada.

### 5.3.2. Necessidade

Consoante a idéia de necessidade (exigibilidade), o meio a ser empregado deve ser o menos gravoso, dentre os disponíveis para a realização ou fomento do fim pretendido. Sendo certo que o exame da proporcionalidade objetiva limita a atuação estatal em prol da tutela de direitos do cidadão, é relevante salientar que a necessidade implica a adoção da medida que menos limite o direito fundamental em questão.

Naturalmente que a escolha que se fará entre as medidas apresentadas envolve tão-somente medidas adequadas, porquanto, conforme salientado, a aferição da adequação é realizada em momento anterior. Dentre estas medidas adequadas, e somente dentre elas, far-se-á a opção por aquela que menos afronte o direito fundamental: eis o elemento necessidade.

A aferição em concreto dos interesses em litígio, todavia, nem sempre apresenta uma solução simples. Robert Alexy<sup>53</sup> aponta dois principais motivos para a complexidade na definição da restrição a ser implementada no direito fundamental. A primeira diz respeito ao fato de que a apreciação da necessidade, regra

---

<sup>52</sup> Idem, p. 156.

<sup>53</sup> Ob. cit. p. 591 *et seq.*

geral, vincula-se a uma relação meio-fim, por vezes de difícil prognóstico. Nesta seara, avulta de importância a discricionariedade epistêmica<sup>54</sup>, no exame da adequação e necessidade da medida a ser adotada. Um segundo motivo que enseja a complexidade que envolve o tema relaciona-se às situações em que estejam em questão mais de dois princípios relevantes.

### 5.3.3. Proporcionalidade em sentido estrito

O terceiro elemento da proporcionalidade pressupõe a comparação entre os meios empregados e os fins colimados, de molde a que os meios sejam os menos danosos possíveis. O meio a ser utilizado não pode apresentar-se de forma desproporcional ao fim pretendido. Enfim, há um sopesamento<sup>55</sup> entre o meio a ser empregado e o fim a ser alcançado, de forma que, conquanto haja a realização ou fomento do fim perseguido, haja a menor restrição possível ao direito fundamental. Em outras palavras, pressupõe que as vantagens a serem trazidas pela adoção da medida superem as desvantagens.<sup>56</sup>

## 6. DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE APLICADO AO DIREITO PENAL

### 6.1. Considerações iniciais

Parece-nos haver restado demonstrado, pelo que até o momento foi exposto, que, muito embora o legislador constituinte haja outorgado ao legislador ordinário a missão de realizar a incriminação de condutas - consubstanciando a previsão do princípio

<sup>54</sup> No exemplo mencionado por Alexy para conferir primazia a esta discricionariedade epistêmica, o Tribunal Constitucional Federal alemão apreciou a questão relativa à colisão de interesses na criminalização da comercialização da *cannabis*. Na apreciação da matéria, o Tribunal decidiu que ante a inexistência de conhecimentos científicos que conduzissem a uma das opções (criminalização ou não), dever-se-ia atentar para a prerrogativa do legislador de avaliação e adoção de uma das escolhas potencialmente adequadas ao alcance do fim colimado (Ob. cit. p. 591).

<sup>55</sup> Inúmeros autores rechaçam a idéia de sopesamento, propugnada por Alexy, tais como Jürgen Habermas, Friedrich Muller, Bernard Schlink e Matthias Jestaedt (cf. SILVA, Virgílio Afonso da., ob. cit.). Em defesa do sopesamento, rebatendo as críticas de Habermas, cf. ALEXY, Robert. Ob. cit., p. 594.

<sup>56</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley. Ob. cit., p. 222.



da reserva legal - daí não se depreende ausência de restrições ao poder de legislar.

A Constituição Federal não se limita a conferir este poder de criminalização de condutas ao legislador; impõe, expressa ou implicitamente, uma pauta de valores a ser observada, seja estabelecendo um rol de vedações à incriminação, seja determinando-a, seja, por fim, criando balizas a serem seguidas. A inobservância dos vetores axiológicos instituídos pela Constituição Federal, quando da incriminação de condutas - previsão em abstrato do crime aliado à cominação das respectivas sanções penais - pode dar ensejo ao abuso de poder por parte do Legislativo.

Sem embargo, muito embora a doutrina constitucionalista clássica apresente-se refratária à aplicação da idéia de abuso de poder na esfera do Poder Legislativo, não faltam defensores da tese, entre a doutrina mais abalizada<sup>57</sup>. Estabelecidas estas premissas, cumpre-nos apreciar o princípio da proporcionalidade em suas implicações na esfera do direito penal.

De antemão, relevante salientar que, na linha do preconizado por Luigi Ferrajoli<sup>58</sup>, a proporcionalidade, referida às ciências criminais, pode ser aferida em três distintas ocasiões: (i) numa primeira ocasião, de predeterminação, em que será dirigida ao legislador, quando da criação do tipo penal, bem como da cominação abstrata das penas máxima e mínima; (ii) posteriormente, como determinação, dirigida ao magistrado na fixação da pena (natureza e *quantum* da pena); (iii) como pós-determinação, a ser aferida na fase de execução da pena<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> Neste sentido, Paulo Roberto Lyrio Pimenta afirma ser este o entendimento da doutrina moderna, para quem seria possível configurar-se o abuso do poder de legislar quando não existir compatibilidade entre a norma e o fim previsto na Constituição. Conforme o autor, este o entendimento sustentado pela doutrina alemã e por considerável parcela da doutrina nacional (a exemplo de Gilmar Mendes e Celso Antônio Bandeira de Mello). Também esta a tese encampada pelo Supremo Tribunal Federal, sob o manto do princípio da proporcionalidade ou proibição de excesso. (*In: Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 201).

<sup>58</sup> *Ob. cit.* p. 367.

<sup>59</sup> Sobre a aplicação do garantismo à execução penal, cf. CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris. 2003, p. 153 *et seq.*

Aqui interessa-nos, sobretudo, a fase de predeterminação, isto é, a incidência do princípio da proporcionalidade referida ao legislador. Para tanto, importa apreciar os elementos da proporcionalidade apresentados (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) em sua relação direta com o atuar do legislador penal.

## **6.2. A adequação referida ao legislador penal**

Conforme salientado, um meio será considerado adequado quando for apto a alcançar o resultado pretendido, ou quando a utilização deste meio, se não ensejar o alcance do objetivo, ao menos, fomenta a sua realização<sup>60</sup>.

Por seu turno, convém esclarecer que a função do direito penal não é a punição pura e simples, por meio de imposições de aflições, nem tampouco a proibição, ou mesmo coibição, de condutas com maior ou menor grau de reprovabilidade social. Em verdade, a previsão e posterior cominação de sanções são apenas instrumentos a serem utilizados para o alcance do escopo precípua do direito penal, que é a proteção de determinados bens jurídicos, considerados mais relevantes para a sociedade.

A adequação, portanto, quando referida ao legislador penal, há de levar em consideração este escopo, razão pela qual não será equivocado afirmar que, no que concerne à incriminação de condutas, a adequação deverá pressupor um juízo de valoração que estabeleça o sopesamento entre a gravidade dos meios empregados e a potencial obtenção do resultado que almeja, que, no caso, é a tutela dos bens jurídicos<sup>61</sup>.

É necessário salientar que a violência é imanente ao direito penal<sup>62</sup>. Isto não se refere apenas à violência eventualmente utilizada na prática do crime, mas sobretudo a violência estatal na

<sup>60</sup> cf. supra. 5.3.1.

<sup>61</sup> Em sentido similar, cf. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, que, preferindo a utilização do termo idoneidade, assevera que esta se encontra “[...] relacionada com capacidade de proteção do bem jurídico pela norma, a ser aferida a partir da valoração de todas as condições do sistema penal” (Ob. cit. p. 126-127).

<sup>62</sup> BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 01.

aplicação das sanções respectivas. A pena privativa de liberdade, eixo central do sistema de penas em vigor, é a expressão máxima da violência do Estado na tutela dos bens jurídicos; mas não só ela. Também as demais penas previstas em lei, como as restritivas de direitos ou a pena de multa, constituem violência estatal impingida àquele considerado culpado pela prática do delito.

Como salientado alhures, o Estado monopoliza a utilização legítima da violência, razão pela qual pode se valer da aplicação das referidas penas. Para tanto, como é óbvio, há de obedecer a uma série de requisitos, mormente associados à observância dos direitos e garantias do réu. Contudo, estes direitos não de ser preservados mesmo em fase assaz anterior à deflagração da persecução criminal em juízo.

De fato, à tutela das garantias que constituem pilares do Estado Democrático de Direito há de ser conferida primazia até mesmo quando da incriminação, em abstrato, das condutas. E nesta fase, como demonstrado, as idéias de proporcionalidade desempenham papel de suma relevância.

No que toca a adequação, se a criminalização da conduta não possuir o condão de tutelar (ou fomentar esta tutela) o bem jurídico que se objetiva proteger, para logo se vê que estará configurado o abuso por parte do legislador. Em síntese, a orientar sua atuação, deve o legislador atentar para a efetividade da norma que será editada<sup>63</sup>.

Nesta linha, muito embora seja, por vezes, complexo realizar este prognóstico da efetividade, há situações em que a sua ausência é patente. Podemos citar, como exemplo de caso em que a incriminação seria de todo destituída de efetividade, a criminalização de conduta cujo bem jurídico - ou, não necessariamente o bem jurídico, mas o objeto material do crime, como no exemplo - já não exista. Assim, vislumbra-se a previsão, como crime ambien-

---

<sup>63</sup> Afirma Mariângela Gomes que a idoneidade penal deve ser associada à efetividade penal, que, por seu turno, pode ser aferida em três distintos níveis: (i) efetividade da norma; (ii) efetividade da pena; (iii) efetividade dos aparatos (efetividade *stricto sensu* ou eficiência). Ob. cit. p. 130. Neste passo, interessa-nos a análise da efetividade da norma.

tal, da caça de animal que esteja, não em extinção, mas extinto. Para logo se vê que a efetividade da medida seria inexistente.

Como outro exemplo de criminalização de conduta que nenhum efeito surtiria na tutela do bem jurídico, podendo, isto sim, causar sofrimentos desnecessários aos apenados, seria a hipótese (absurda) de se incriminarem condutas necessárias ou impossíveis, que, em verdade, sequer são passíveis de submissão à incidência normativa<sup>64</sup>.

Demais disso, é imperioso ressaltar que, no que concerne à adequação, o parâmetro a ser valorado é a tutela penal do bem jurídico, pouco importando se as demais formas de controle social não são efetivas. Por outras palavras, o fato de a tutela do bem por outros meios (jurídicos ou extra-jurídicos) não surtir efeito não conduz, por si só, à adoção da tutela penal<sup>65</sup>.

Para corroborar esta afirmação, o exemplo mencionado da incriminação da caça ao animal extinto é bastante ilustrativo. Ora, é certo que a adoção de outras medidas, como, por exemplo, sanções civis e administrativas, não surtiria efeito algum, já que, não custa lembrar, o animal já não existe. A ausência de efetividade destas outras tutelas, extrapenais, é indiferente à tutela penal, que, no caso, continua sendo destituída de efetividade.

Sendo certo que, como dito, o ponto central na questão da adequação da tutela penal é a efetividade na tutela do bem jurídico-penal, cumpre uma análise mais pormenorizada deste.

### 6.2.1. O bem jurídico

Conquanto não desconheçamos eventuais divergências em derredor do tema, perfilhamos o entendimento de que não há que se falar em condutas criminosas por essência. Ao revés, crime é algo definido pelo legislador; é a lei que cria o crime<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> Neste sentido, SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: LTr, 2001, p. 17-18.

<sup>65</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Ob. cit. p. 132.

<sup>66</sup> Para Garofalo, crime é toda conduta que afronta os mais basilares sentimentos de solidariedade social; teorias mais modernas, como a do *labelling approach* (teoria do etiquetamento) ressaltam que “[...] sob a etiqueta de ‘delito’, agrupa-se toda uma série de comportamentos que nada têm em comum, exceto quanto ao fato de estarem criminalizadas” (QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 100).

Se é certo que a previsão em lei (em sentido estrito) é o pressuposto formal da intervenção penal, não se pode olvidar que a tutela penal não prescinde de pressupostos materiais. De fato, não se pode conceber a existência de poderes ilimitados ao legislador ordinário na previsão de condutas como criminosas, sob pena de consagrarmos arbitrariedades inimagináveis, como a criminalização de opiniões ou gostos pessoais (como considerar crime determinado estilo musical).

Alguns parâmetros orientam a atuação do legislador, que deles não pode se afastar. Dentre estes parâmetros, avulta de importância o chamado “princípio” da exclusiva proteção do bem jurídico<sup>67</sup>. Sem qualquer discordância em relação ao teor da tese, preferimos considerá-lo não como princípio autônomo, mas como uma das facetas da adequação, elemento da proporcionalidade, na atuação do legislador penal.

Com efeito, conforme demonstrado, a idéia subjacente à adequação na elaboração da legislação penal é a busca da efetividade na tutela dos bens jurídicos. Com isto, torna-se implícito que os bens jurídicos, e apenas eles, merecem a proteção do Estado, sob o crivo da intervenção estatal mais drástica, a penal.

Todavia, não será demasiado chamar a atenção para o fato de que nem todo bem jurídico merece a tutela penal. Daí a importância de se referir a bens jurídico-penais, entendidos estes como os mais relevantes para a sociedade. O conceito, porém, será absolutamente destituído de sentido se não se souber quais são os bens a que a sociedade confere esta primazia; enfim, quais são os bens mais caros à sociedade, quais são os parâmetros para identificá-los?

De antemão, é salutar deixar consignado que estes parâmetros devem ser objetivos, evitando-se, tanto quanto possível, relegar ao alvitre do legislador a definição dos bens que importem à sociedade. Estes parâmetros, saliente-se desde já, hão de ser

---

<sup>67</sup> Neste sentido, Alice Bianchini, para quem, além do princípio da exclusiva proteção do bem jurídico, seriam pressupostos materiais mínimos da tutela penal: (i) o princípio da necessidade; (ii) o princípio da ofensividade. (*In: Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 28-29).

buscados na Constituição<sup>68</sup>. Não se pode conceber a tutela de bens jurídicos que não sejam albergados, ainda que indiretamente, pela Constituição, já que nela estão representados - ao menos em tese - os valores que imperam na sociedade.

Desta premissa surgiram teorias constitucionais do bem jurídico-penal, que podem ser divididas em dois grupos:<sup>69</sup> (i) teorias constitucionais amplas; (ii) teorias constitucionais restritas.

De acordo com as teorias que compõem o primeiro dos grupos, a Constituição é adotada como parâmetro, mas de forma bastante genérica. Com fundamento na forma de organização do Estado constitucionalmente estruturado ou nos valores previstos no texto constitucional, erige-se o sistema penal, sendo os bens jurídico-penais consectários lógicos desta estruturação.

Sob outra perspectiva, para as teorias restritas, os bens jurídico-penais não de ser buscados diretamente na Constituição. Para eles, e ao contrário do que pensam os adeptos das primeiras correntes, a “existência de valores com relevo constitucional não faz pressupor a imposição de tutelá-los penalmente”.<sup>70</sup>

De nossa parte, perfilhamos o entendimento sustentado por Claus Roxin, no sentido de que só podem ser erigidos à categoria de bens jurídicos penalmente relevantes os dados que sejam pressupostos de uma convivência pacífica entre os homens.<sup>71</sup> Esta concepção remonta ao Iluminismo, sendo corolário da visão contratualista do Estado. Se o Estado surge do acordo de vontades entre os homens, que cedem uma parcela de sua liberdade em prol da segurança e do bem coletivo, este Estado não pode intervir de forma

<sup>68</sup> Ao discorrer sobre o bem jurídico-penal, assevera Luis Regis Prado que: [...] vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido. E, segundo a concepção aqui acolhida, deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico (*Wertbild*) vazado na Constituição e com o princípio do Estado democrático e social de Direito” (*In: Curso de direito penal brasileiro*. v. I: parte geral. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 266-267).

<sup>69</sup> BIANCHINI, Alice. Ob. cit. p. 44 *et seq.*

<sup>70</sup> BIANCHINI, Alice. Ob. cit. p. 48.

<sup>71</sup> Que comportamentos pode o Estado proibir sob a ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. *In: Estudos de direito penal*. Tradução: Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar. 2006, p. 35.

significativa nesta parcela de liberdade, senão quando imperioso ao cumprimento do seu desiderato, que, em última instância, é a manutenção pacífica da convivência entre os homens.

Como consectário deste entendimento, legitima-se a atuação do Estado quando da criminalização de condutas como o homicídio, as lesões corporais, o furto e o roubo. Demais disso, não apenas bens individuais são imprescindíveis à preservação da convivência pacífica entre os homens. É necessário, para o bom desempenho das atividades levadas a cabo pelo Estado, por exemplo, o bom funcionamento das instituições judiciárias, razão pela qual se legitima a incriminação de condutas que atentem contra a sua regular atuação.<sup>72</sup>

### **6.2.2. Da não incriminação das condutas éticas ou morais**

Como decorrência da idéia aqui sustentada, restam impassíveis de criminalização as condutas que se adstrinjam à pregação de valores morais ou posturas éticas. Convém esclarecer que isto não significa que não se possa tornar crime condutas imorais. Isto será plenamente possível - e ocorre com certa freqüência - quando, aliado a esta imoralidade, houver a afronta aos bens jurídico-penais que, como vimos, consistem naqueles dados que constituem pressupostos à convivência pacífica entre os homens.

Por outro prisma, a só conduta imoral não pode ser criminalizada, sob pena de afronta aos valores plasmados na Constituição, que orientam a atuação do legislador penal e fundamentam o Estado Democrático de Direito. Neste diapasão, convém destacar que a democracia, mais do que a isonomia, há de prever o direito à diferença. Numa sociedade plural e democrática (como prevê a Constituição Federal/88), não se pode conceber a criminalização de condutas que consistam, tão-somente, na acolhida de valores morais, ou condutas sociais, diversos dos adotados pela maioria.

Neste sentido, um breve retrospecto em nossa legislação penal é suficiente a demonstrar o quanto já se abusou da intervenção

<sup>72</sup> Neste sentido, também, ROXIN, Claus, ob. cit. p. 34-35. O penalista alemão refere-se, ainda, à incriminação de condutas que atentem contra a livre circulação da moeda, eis que imprescindível às relações sociais de viés econômico.

penal para a afirmação de valores morais, mormente de cunho religioso. Assim, o livro V das Ordenações Filipinas, em vigor até 1830, possuía títulos como “dos hereges e apóstatas”, “dos que arrenegão ou blasfemão de Deos ou dos Santos”, “dos feiticeiros”, “dos que benzem cães, ou bichos sem autoridade d’El rey, ou dos Prelados”<sup>73</sup>, etc. Estes são exemplos claros de utilização do aparato repressivo estatal para proselitismo de uma determinada religião, de todo incompatível com os vetores que orientam o direito penal moderno.

Todavia, exemplos de utilização da legislação punitiva como tutela de valores meramente morais (ou assim considerados, frise-se) não são exclusivos dos ordenamentos jurídicos não-laicos. De outro modo, não apenas com fito exclusivamente religioso, foi a legislação penal utilizada, em nosso país, como critério de criminalização de condutas destituídas de aptidão a afrontar os bens jurídicos.

O primeiro Código Penal editado pela República é lapidar neste sentido. Contextualizando o momento histórico, vivíamos a fase de recente abolição da escravidão, o que, como é consabido, não trouxe consigo as possibilidades de inserção social dos escravos. Ao revés, as posturas segregacionistas que grassavam na sociedade pós-abolicionismo foram transplantadas para a legislação punitiva, que, imbuída deste forte ranço ideológico e racista, incriminou condutas e práticas típicas da cultura afro-descendente, tais como o candomblé e a capoeira.

É certo que a criminalização do candomblé ainda se insere no rol da execrável punição de práticas religiosas, o que é de todo inconcebível. Já no caso da capoeira, por seu turno, constitui a incriminação de uma prática esportiva própria da cultura trazida das senzalas, numa sociedade já liberta da escravidão. Percebe-se claramente a pretensão de incriminação de um valor cultural, que dissentia da cultura da maioria (talvez nem mesmo da maioria quantitativa, mas, sem dúvida, da maioria que detinha o poder e ditava a legislação). É este tipo de perseguição (cultural, moral,

<sup>73</sup> QUEIROZ, Paulo. Ob. cit. p. 26.



religiosa, etc) que há de ser proscrita da legislação penal, que, consoante salientado, só pode incidir sobre condutas que constituam afronta aos bens jurídico-penais, isto é, aqueles imprescindíveis à convivência pacífica em sociedade.

Outro exemplo patente de criminalização de valores exclusivamente morais é a que recai sobre a vida sexual de pessoas adultas e capazes. Não relacionada a menores (que, presumivelmente, não possuem maturidade sexual, presunção esta que, frise-se é relativa<sup>74</sup>) ou pessoas que não possuem aptidão mental que as habilite à compreensão dos atos praticados, a vida sexual das pessoas em nada afeta a vida da comunidade, não afronta qualquer bem jurídico, muito menos aqueles detentores de dignidade penal.

Esta a razão pela qual não se pune em nosso ordenamento jurídico, por exemplo, o incesto. Por mais que, para os valores vigentes em nossa sociedade, atualmente, as relações incestuosas afigurem-se como imorais, o fato é que, uma vez envolvendo pessoas adultas e capazes, não há que se falar em qualquer lesão a bem jurídico de terceiros, mormente os de envergadura tal que possam ser qualificados como penalmente relevantes.

Ainda no campo da vida sexual de adultos capazes, há de ser repudiada a incriminação do homossexualismo<sup>75</sup>, bissexualismo, pansexualismo ou qualquer outra prática sexual, condutas que, uma vez consentidas por pessoas com livre capacidade para externar este consentimento, em nada afrontam bens jurídico-penais. Em muito boa hora, aliás, o legislador penal aboliu o crime de adultério, eis que, neste caso, muito embora haja uma violação patente a um dos deveres do casamento, e, portanto, lesão a direitos do consorte ludibriado, a afronta não é de magnitude tamanha que enseje a intervenção penal. Por outras palavras, a pessoa deve fidelidade conjugal a seu cônjuge, e não à sociedade.

---

<sup>74</sup> Este o entendimento amplamente majoritário na doutrina. A tese também já foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal (cf. HC 73662/MG, Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento: 21/05/1996).

<sup>75</sup> Relata-nos Roxin que, na Alemanha, o homossexualismo entre homens adultos foi severamente punido até 1969 (ob. cit. p. 36).

À vista destas razões, sufragamos o entendimento de que também a prática do jogo haveria de ser descriminalizada, devendo ser repudiada a previsão da Lei de Contravenções Penais (art. 50 *et seq.*). Com efeito, não vislumbramos qualquer razão para a previsão como delito (não crime, mas contravenção penal) das condutas relativas à prática de jogos de azar, senão uma anacrônica concepção de proteção a valores reputados morais.

Quando da prática dos jogos de azar, não há qualquer violação a bem jurídico. Nem se diga que o jogo poderia conduzir ao vício, na medida em que, se assim for, o bem jurídico a ser tutelado seria do próprio agente. Nestas circunstâncias, a lei estaria legitimando a autolesão, em descompasso com o já mencionado princípio da lesividade. O mesmo raciocínio pode ser suscitado para eventuais alegações acerca da possibilidade de o jogo conduzir pessoas à insolvência.

Demais disso, também não vislumbramos constitucionalidade na criminalização do porte de drogas destinadas ao consumo próprio. A uma porque, como já salientado, criminaliza-se a autolesão, a duas porque incriminar tal conduta nada mais é do que a consagração da intervenção penal em um valor exclusivamente moral. Ora, o fato de fazer uso de substâncias entorpecentes, quando desacompanhado de qualquer efeito danoso à esfera de direitos de terceiros, nada mais é do que a pretensão de vida asceta<sup>76</sup>, imposta pelo legislador à sociedade. Demais disso, não há razões que justifiquem a distinção entre o tratamento conferido às drogas consideradas lícitas (cujos efeitos danosos também são comprovados) e as ilícitas.

### **6.2.3. O discurso do bem jurídico**

Ao se conferir primazia à tutela do bem jurídico-penal como limite ao poder de punir do Estado, deve-se salientar que não se pode incorrer no equívoco de se valer de forma indiscriminada desta expressão para legitimar a expansão do punitivismo. Nesta esteira, importa salientar que o discurso do bem ju-

<sup>76</sup> QUEIROZ, Paulo. Ob. cit. p. 26.

rídico é comumente utilizado, em regra, em descompasso com a realidade.

De forma exemplificativa, podemos recorrer às hipóteses fornecidas por Roxin, quando, ao asseverar que o homossexualismo foi punido na Alemanha até o final da década de sessenta do século XX, ressalta que o discurso em voga era o da proteção ao bem jurídico “estrutura heterossexual das relações sexuais”<sup>77</sup>, ou, quando se reprime criminalmente o porte de haxixe para uso pessoal, se propala a idéia de que se protege a “existência de uma sociedade sem drogas”<sup>78</sup>.

Transplantando o exemplo do porte de drogas para uso pessoal para o nosso ordenamento jurídico, relevante salientar que o discurso oficial reputa que, no caso, o bem jurídico tutelado pela norma penal é a saúde pública, e não a saúde individual do usuário (o que revelaria sua flagrante afronta ao princípio da lesividade). Esta é uma das formas de utilização do discurso do bem jurídico como instrumento de manipulação da intervenção penal, com vistas a conferir-lhe legitimidade. Esta manipulação do discurso, encontrada em alguns tipos penais, conforme demonstrado, contribui para o expansionismo de uma tutela penal irracional e destituída de fundamentação constitucional.

No que concerne aos bens jurídicos, importa, por fim, fazer breve alusão à tendência doutrinária de desconsiderá-los, para fins de intervenção penal. De acordo com este entendimento, tendo em vista as inúmeras hipóteses em que lesões a bens jurídicos são toleradas pelo Estado, este não pode ser o parâmetro de legitimação do poder de punir. Para os adeptos destas correntes, a “nocividade social” é que deve orientar a intervenção estatal de natureza penal.

Por desconsiderar a noção de bem jurídico (acolhendo exceções como regra), que, como vimos, legitima constitucionalmente a intervenção penal, reputamos um retrocesso<sup>79</sup> a adoção de refe-

---

<sup>77</sup> Ob. cit. p. 36.

<sup>78</sup> Idem. p. 37.

<sup>79</sup> Em sentido similar, cf. ZAFFARONI, Eugênio R., que, ao dissertar sobre o tema, assevera que: “Cremos que este organicismo jurídico transcendental não passa, como já vimos, de uma expressão extrema da total decadência do pensamento jurídico-penal dos nossos dias,

ridas teorias. Demais disso, ao se trabalhar com a vaga e imprecisa noção de nocividade social, tais teses legitimam e recrudescem o caráter seletivo da punição estatal, conferindo primazia ao alvitre do legislador na definição desta nocividade.

### 6.3. A necessidade referida ao legislador penal

#### 6.3.1. Considerações iniciais

Conforme salientado, o juízo trifásico da proporcionalidade obedece a uma rígida ordem lógica. Desta forma, apenas haverá que se falar em apreciação da necessidade da tutela penal caso ultrapassado o juízo de sua adequação. Em suma, uma vez constatado que a intervenção penal sequer é apta a tutelar o bem jurídico que pretende (juízo de adequação), não há que se perquirir acerca da sua necessidade.

Em contrapartida, uma vez realizado um juízo positivo acerca da adequação da medida, isto é, aferida a idoneidade da tutela penal, proceder-se-á ao juízo de necessidade. Conforme salientamos, ao tratar do subprincípio da necessidade<sup>80</sup>, a ele é ínsita a idéia de que o meio a ser empregado deve ser o menos gravoso, dentre os disponíveis para a realização ou fomento do fim pretendido. Na seara penal, a necessidade da medida é consectário do princípio da intervenção mínima (*ultima ratio*).

Assim, avulta de importância a necessidade da tutela penal, de acordo com a qual a intervenção penal só se legitima em último caso (*ultima ratio*), isto é, quando insuficientes as demais formas de debelar ou conter o desvio de conduta praticado. Neste sentido, há de se recorrer, primeiramente, às formas de controle social<sup>81</sup> extrajurídico, como o que decorre da cultura, religião, escola, família etc. Caso infrutíferas estas tentativas de contenção

---

em que lamentavelmente mergulhou um amplo setor doutrinário” (Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução: Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 256).

<sup>80</sup> Cf, supra 5.3.2.

<sup>81</sup> “A posição do sistema do Direito Penal se encontra no campo do controle social, o sistema de Direito Penal é uma de suas partes. Ele possui as mesmas características estruturais como outras áreas do controle social: norma, sanção, processo.” (HASSEMER, Wifried, *Direito penal libertário*. Tradução: Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 212).

dos desvios de conduta, deve-se recorrer aos demais ramos do direito, como o civil, administrativo etc. Após ultrapassados os recursos a estas instâncias de controle social, pode-se valer do direito penal, ou seja, apenas quando realmente necessário, quando todas as formas de se conterem os atos que mereçam reprovação social falharem.

Este caráter excepcional que marca o recurso ao direito penal justifica-se pelo fato de que a sanção penal é a mais drástica intervenção estatal na esfera de direitos do indivíduo. A violência da intervenção penal é tamanha que se adstringe a casos extremos.<sup>82</sup> A violência contra o indivíduo não se restringe aos casos de aplicação da pena. Ao revés, por mais que a Constituição Federal assegure o princípio da inocência (e não apenas presunção de inocência, como se diz comumente), o fato é que a só deflagração da persecução criminal traz consigo fardo estigmatizante e cruel.

### 6.3.2. Breves considerações acerca do punitivismo

Reputo punitivistas as doutrinas que apregoam a expansão do direito penal, para abarcar os mais variados ramos da dinâmica social. Estas doutrinas, ditas maximalistas, sustentam que a intervenção penal há de ser utilizada, não em último caso, como sustentam os minimalistas, mas como uma das primeiras manifestações de controle social. Assim, o direito penal atuaria não como forma de tutela secundária dos bens jurídicos, mas primária.

Exemplo clássico de doutrina punitivista é a “teoria das janelas quebradas” (*broken windows theory*), gestada nos Estados Unidos da América. Consoante o preconizado por esta doutrina, deve-se fazer incidir a tutela penal até mesmo nos mínimos desvios de conduta social, para que estes não se convolem em graves crimes. A lógica que orienta esta doutrina é algo parecido com: “hoje está furtando um pão, amanhã assaltando um banco”. A política criminal outrora adotada em Nova York, e popularmente

---

<sup>82</sup> “Justamente porque a intervenção punitiva é a técnica de controle social mais gravosamente lesiva da liberdade e da dignidade dos cidadãos, o princípio da necessidade exige que se recorra a ela somente como remédio extremo.” (FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit. p. 427).

conhecida como tolerância zero (*zero tolerance*), é expressão máxima da acolhida desta doutrina.

Atualmente, percebe-se um aumento considerável dos adeptos das doutrinas punitivistas, mormente dentre aqueles que, historicamente foram identificados com a redução da intervenção penal. Com efeito, conforme salientamos alhures<sup>83</sup>, é crescente a adesão destas teses por parte, até mesmo, de grupos sociais historicamente comprometidos com os movimentos esquerdistas que, como vimos, foram os autores das críticas mais ásperas ao sistema penal.

Estes grupos sociais atualmente pugnam por uma tutela penal que contemple a defesa de bens jurídicos como o meio ambiente, a liberdade sexual, a diferenças étnicas etc. Os criminólogos que encampam tais teorias são os realistas de esquerda<sup>84</sup>. A previsão de crimes ambientais contra grupos econômicos, dentre outros, resulta do fortalecimento deste modo de pensar.

Sem que se pretenda incorrer em maiores valorações acerca dos fundamentos políticos da (des) legitimação das doutrinas repressivistas, e adstringindo nossa apreciação ao campo estritamente jurídico, reputamos que movimentos como “lei e ordem” colidem frontalmente com o paradigma da intervenção mínima, isto é, com o subprincípio da necessidade da tutela penal. Sem embargo, a adoção da tese de que os mínimos desvios de conduta não de se submeter às sanções penais está na contramão do que é sustentado pela *ultima ratio* que orienta o direito penal moderno.

### 6.3.3. A afronta à necessidade penal.

Em diversas oportunidades o legislador previu condutas incriminadoras em violação à idéia de necessidade, que confere le-

<sup>83</sup> ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. “Instrumentalidade constitucional do processo penal: aproximação a uma leitura garantista”. Texto inédito.

<sup>84</sup> Expressão utilizada por Alberto Silva Franco, ao prefaciar a obra de ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro - parte geral*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 07.

gitimidade material à intervenção penal. Convém trazer a lume algumas destas condutas.

De antemão, a Lei de Contravenções Penais (Lei 3.688/41), em suas múltiplas previsões típicas, constitui afronta à necessidade penal. Os tipos penais arrolados pela referida Lei (alguns de inconstitucionalidade gritante, como é o caso da tipificação da “vadiagem” - art. 59 - e da “mendicância” - art. 60) são expressão máxima da criminalização de condutas que, regra geral, poderiam ser tuteladas por outras formas de controle social. A própria previsão das sanções abstratamente cominadas às práticas contravencionais - em regra, delitos apenados apenas com multa - já demonstra que o legislador considera estas condutas de somenos importância, destituídas de ofensividade, o que não as torna aptas a desencadear a repressão penal<sup>85</sup>.

Outro exemplo da desnecessidade da tutela penal encontra-se plasmado no art. 157 da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97), consistente na execução clandestina de serviços de telecomunicações, referidos à radiodifusão<sup>86</sup>. Neste caso, imperioso salientar que a Administração Pública possui meios muito mais eficazes de conter este desvio de conduta, consistente na utilização indevida do espectro de radiofrequência, bem público da União. Estes meios referem-se às sanções administrativas previstas na própria Lei 9.472/97, aplicadas pela Agência Nacional de Telecomunicações, após regular instauração e julgamento do processo administrativo por descumprimento de obrigações

<sup>85</sup> Neste sentido, abordando esta questão à luz da legislação italiana, Ferrajoli acentua que: “[...] o fato de o legislador ter determinado qualificar certas condutas como simples contravenções, e de alguma maneira a elas agregar a punição - seja mesmo à discricionariedade do juiz - com uma simples multa, é suficiente para fazer supor que ele mesmo tornou tais condutas menos ofensivas que todos os outros crimes; e isto em uma perspectiva de um direito penal mínimo é, sem dúvida, um primeiro critério pragmático de despenalização, idôneo a satisfazer o nosso princípio de necessidade ou de economia do direito penal” (ob. cit. p. 660).

<sup>86</sup> A rigor, sufragamos o entendimento de que sequer pode o referido tipo ser aplicado aos serviços de radiodifusão de sons e imagens, por conta da superveniência da Emenda Constitucional nº. 08/95, que estabeleceu distinções entre este serviço e o de telecomunicações. Sobre o tema, cf. ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. *Considerações acerca do delito de radiodifusão clandestina: a questão das rádios piratas*. ob. cit.

(pado), assegurado, como não poderia deixar de ser, o exercício do contraditório.

Este é mais um exemplo lapidar em que as demais formas de controle social (no caso, exercido por meio das sanções administrativas) são muito mais eficazes no combate ao desvio verificado, tornando-se a tutela penal, então, instrumento de aflições e suplícios desnecessários. Outros exemplos podem ser mencionados, como os crimes ambientais (em sua maior parte) ou os delitos de trânsito, que não constituam fato típico já previsto no Código Penal - que, como regra geral, deveriam ser tratados, exclusivamente, na esfera administrativa.

## **6.4. A proporcionalidade em sentido estrito referida ao legislador penal**

### **6.4.1. Considerações iniciais.**

Já tivemos a oportunidade de salientar que à idéia de proporcionalidade em sentido estrito, terceiro subprincípio da proporcionalidade, está ínsita à noção de que as vantagens a serem obtidas pela adoção das medidas empregadas devem superar as suas desvantagens<sup>87</sup>. Na seara penal, a questão merece uma análise bastante acurada, porquanto, como já ressaltado, a tutela penal constitui a intervenção mais drástica a ser utilizada pelo Estado, haja vista a violência que lhe é intrínseca.

Desta forma - e jamais perdendo de vista que nosso objeto de estudo é o princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal, quando da incriminação de condutas, ou seja, quando da previsão em abstrato de condutas como criminosas e respectiva previsão de sanções penais - deve ser ponderado se a quantidade e a qualidade da pena não possuem o condão de trazer mais desvantagens do que as vantagens que pode proporcionar. De forma mais simples, é certo que a incriminação de condutas objetiva, em última instância - acolhendo como paradigma o discurso oficial da criminalização, que, naturalmente, é passível de controvérsias - a preservação da paz social. Há de se perquirir se a violência a se utilizada pelo Estado

<sup>87</sup> Cf., supra, 5.3.3.



na previsão, aplicação e execução da pena não será mais danosa à sociedade do que a coibição da conduta que pretende.

Procurando apresentar um exemplo, de molde a conferir concreção ao que aqui é exposto, vislumbremos a hipótese (esdrúxula, reconhecemos) de um ordenamento jurídico que previsse a pena capital para o delito de furto, ainda que bagatelar. Este é um exemplo claro de que o objetivo pretendido pelo legislador (coibição dos furtos) será potencialmente obtido às custas de um suplício assaz demasiado para aqueles que cometerem no referidos delitos. As execuções daqueles que hajam incorrido no referido desvio de conduta - cujas conseqüências para a sociedade serão mínimas, mormente quando disser respeito às infrações bagatelares - acarretarão muito mais danos, comprometerão muito mais a paz social que se pretende do que os mencionados desvios.

À vista destas premissas, ressalta patente, uma vez mais, que o legislador penal não possui o amplo campo de discricionariedade que, *prima facie*, o princípio da reserva legal confere. Quando da incriminação de condutas, as mazelas, oriundas da aplicação e execução da pena prevista em abstrato, hão de ser sopesadas, em relação à pacificação social que se pretende. De forma mais objetiva, quando da criminalização, para o fim a que se destina o direito penal - tutela subsidiária dos bens jurídicos mais relevantes da sociedade - deve-se aferir os prós e os contras.

#### 6.4.2. A medida da pena

Naturalmente, não se poderia exigir do legislador constituinte que fixasse as balizas em relação às quais poderia o legislador ordinário fixar as penas para cada espécie de delito. Estes parâmetros são ditados pelos princípios que orientam e fundamentam a ordenação punitiva, como ocorre no caso do princípio da proporcionalidade.

No que concerne especificamente à determinação das penas (qualidade e quantidade) em abstrato, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito impõe algumas diretrizes a serem observadas. Neste ponto, cabem algumas considerações acerca da previsão da pena mínima. Diverge a doutrina neste ponto. Desta

forma, afirma-se que a fixação da pena mínima é um imperativo que se apresenta ao legislador, como forma de garantia do bem jurídico tutelado, com a medida da sanção necessária e proporcional à sua tutela<sup>88</sup>.

Em contrapartida, assevera-se, a nosso ver com razão, que o legislador penal não deveria fixar penas mínimas<sup>89</sup>. É conveniente deixar consignado que a pena, por mais paradoxal que pareça, constitui, ela também, um direito do condenado. Isto porque quando se aplica ao condenado a pena em determinado patamar, ou de determinada qualidade, assegura-se-lhe que não poderá cumprir pena em patamar superior. Ou seja, o condenado possui o direito, e não apenas o dever, de cumprir a pena de “X” anos, e não em “X +1” anos; possui o direito de cumprir a sua pena de multa, e não a privativa de liberdade.

Desta forma, se a pena constitui direito do condenado, estabelecer-se um mínimo legal para as penas, de forma rígida, sem que se faculte ao julgador a fixação em patamar inferior<sup>90</sup> a este, afronta direito do condenado que cumpra todos os requisitos legais para a obtenção de uma pena mais baixa.

De toda sorte, sendo certo que o estabelecimento de patamares mínimos na fixação da pena é uma realidade em nosso ordenamento jurídico, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito impõe ao legislador o estabelecimento de um *quantum* não muito excessivo entre as penas mínimas e as máximas. Com efeito, se o patamar estabelecido entre a pena mínima e a máxima for excessivo, a margem de atuação do julgador estará expandida em

<sup>88</sup> Neste sentido, GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Ob. cit. p. 161.

<sup>89</sup> “Por esta razão, a meu juízo, pelo menos para as penas privativas de liberdade, não se justifica a estipulação de um mínimo legal: em outras palavras, seria oportuno confiar ao poder equitativo do juiz a eleição da pena abaixo do máximo estabelecido pela lei, sem vinculá-lo a um limite mínimo ou vinculando-o a um limite mínimo bastante baixo.” (FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit. p. 368).

<sup>90</sup> A despeito de nosso objeto de análise ser a proporcionalidade referida ao legislador, e não ao julgador, cumpre ressaltar que perfilhamos o entendimento de que, malgrado a legislação penal estabeleça os patamares mínimo e máximo da pena, é facultado ao julgador fixá-la aquém do mínimo, não se podendo dizer o mesmo da aplicação da pena além do máximo, sob pena de violação a direitos do condenado.

demasia, o que, a rigor, consagra um sistema punitivo carente de critérios objetivos de fixação da penalidade.

## **7. CONCLUSÃO**

Conforme visto, o princípio da proporcionalidade desempenha papel fundamental no sentido de legitimar e limitar o poder de punir do Estado. Referido princípio não se destina tão-somente ao julgador, ao responsável pela aplicação em concreto da sanção penal abstratamente cominada. Ao revés, ao proceder à incriminação das condutas, deve o legislador pautar-se pelas diretrizes ditadas por referido princípio, sob pena de, sob o manto da legitimidade formal do princípio da legalidade, consagrar afrontas e violações ao sistema de direitos e garantias desenhado pela Constituição Federal/88. 