

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL E A SUA INFLUENCIA NA ELABORAÇÃO E APLICAÇÃO NOS TIPOS PENAIIS

Raissa Luzia Braga Dias

Bruna Correa de Carvalho

Sumário: Introdução; 1. Perspectiva histórico-social do Princípio da Proporcionalidade; 1.1. Princípio da Proporcionalidade: Conceito; 2. Princípio da Proporcionalidade: influência na elaboração dos Tipos; 2.1 Tipos Penais; 2..2 Influência do Princípio da Proporcionalidade nos Tipos Penais; 3. Princípio da proporcionalidade e sua aplicação nos Tipos Penais; Conclusão.

RESUMO

O presente trabalho visa analisar, inicialmente, o contexto histórico do Princípio da Proporcionalidade, destacando a forma em que se deu o seu surgimento, bem como mostrar, através de uma análise da evolução dos seus objetivos e de suas finalidades em diferentes épocas até os dias atuais, fazendo, nessa última análise histórica, alusões às passagens do Texto Constitucional, da atual constituição de 1988, a qual traz esse princípio de forma implícita, sendo assim, o Direito Penal, por ser infraconstitucional deve obediência ao princípio da proporcionalidade, em virtude da sua presença na Constituição.

Ressaltar-se-á, também, a sua influência na elaboração e aplicação dos tipos penais, trazendo discussões e reflexões concretas de cunho social e relevante para o Direito Penal e, conseqüentemente, para aqueles que por esse estão regidos, ou seja, a sociedade.

Palavras-chaves: Princípio da Proporcionalidade, Tipos Penais; Elaboração; Aplicação.

INTRODUÇÃO

Tem o presente trabalho, por finalidade, discorrer, discutir, analisar e refletir sobre a incidência do princípio da proporcionalidade no Direito Penal, ressaltando sua importância para com esse.

Os princípios penais são orientadores e limitadores do Direito Penal, segundo Capez, os quais tiveram como base o princípio da dignidade humana, nascendo desse os princípios penais. A presença desses princípios é indispensável para o Estado Democrático de Direito e, também, possuem importante função para com a sociedade, visto que, os seus valores fundamentais são resguardados pelos mesmos.

Aprofunda-se, no presente trabalho, sobre o princípio da proporcionalidade, porém para isso é necessário ter um conhecimento prévio sobre a sua criação, por isso, dar-se-á sua análise histórica. No entanto, para analisar a incidência desse princípio no Direito Penal faz-se necessário, também, o conhecimento do conceito de Tipos Penais, dessa forma, é exposto as opiniões de diversos autores para melhor explicar sobre o assunto.

Após esses conhecimentos prévios, parte-se para uma análise integrada, relacionando o Direito Penal, tipo penal e o princípio da proporcionalidade. Dá-se início a uma análise reflexiva sobre a influência desse princípio na elaboração e aplicação dos tipos penais.

O subitem que discorre sobre a influência do princípio da proporcionalidade na elaboração dos tipos penais traz uma análise da Constituição Federal, em virtude dela possuir no seu

Texto Constitucional, de forma implícita, esse princípio, como por exemplo, no seu art. 5º, e como o Direito Penal é infraconstitucional, o mesmo deve obediência à Constituição. O item que discute sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade nos tipos penais, traz um desdobramento desse princípio, o qual se dá de forma abstrata e concreta, nele é discutindo a relação custo benefício, a criminalização primária e secundária, dando um caráter mais social e humanizado para os tipos penais e a sua aplicação.

1. PERSPECTIVA HISTÓRICO-SOCIAL DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Sobre os antecedentes do Princípio da Proporcionalidade deve-se iniciar todo um aparato da cultura Jurídica Europeia narrando de forma geral todo o desenvolvimento do controle de razoabilidade. A II Guerra Mundial vem concorrer para a dissolução do dogma da intangibilidade do legislador.

No primeiro momento, a proporcionalidade vai ser prevista na Magna Carta de 1215, no artigo 25:

Art. 25. Um possuidor de bens livres não poderá ser condenado a penas pecuniárias por faltas leves, mas pelas graves e, não obstante isso, a multa guardará proporção com o delito, sem que, em nenhum caso, os prive dos meios de subsistência.

Grande tem sido a discursão, recentemente, sobre o princípio da proporcionalidade, esse que mesmo com raízes remodelem a Antiguidade, somente com o período iluminista vai conseguir se fixar como um verdadeiro pressuposto penal, contando com ajuda *Dos Delitos e das Penas*, esta de autoria e denominação de Marquês de Beccaria, que fora considerada a principal obra contando a primeira edição em 1764.

Cesare Bonessana, diz que, em seu § XLVII, “para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias referidas, proporcionado ao delito e determinada pela lei”. Montesquieu, vai dizer e vai trazer de forma aplicada a proporcionalidade para dentro do direito penal, entre o delito e a pena, na proporcionalidade uma maneira de impedir o excesso, sendo assim a pena seja uma violência do homem para com o homem. Sendo assim temos a Declaração dos Direitos Humanos do Homem e do Cidadão de 1795, que estabelece no artigo 12 “a lei não deve estabelecer outras penas que não as estritas e evidentemente necessárias”.

Somente depois da II guerra mundial foi possível uma construção autônoma de um princípio composto com o seu atual conteúdo, sendo em uma época eminentemente precisa e exata, pois o estado concentrava poderes limitados de atuação, sendo preciso à restrição para que os direitos individuais fossem garantidos mesmo que de forma mínima para um início, mas que amenizasse e tornasse dignos tais exercícios e evitar um futuro controle legislativo. O Princípio da Proporcionalidade, para alguns autores como J. J. Gomes Canotilho e Suzana de Toledo Barros vão surgir de acordo com toda a evolução dos Direitos Humanos.

Embora com referências da formação do princípio da proporcionalidade, este que é a conjunção dos três subprincípios que trouxeram a denominação real do princípio da proporcionalidade, pois antes disso somente se era visto em toda a jurisprudência como uma mera ideia do que fora proporção, no qual nesta suspeita não se pensava em existir um princípio, proporcionalidade ou excesso, mas via-se pequenas ideias volutas. Tais

informações foram fundamentadas em livros de autores de extrema relevância para o Direito Penal, sendo eles Rogério Greco, Luís Regis Prado e artigos renomeados como o de Alexandre Araújo.

Sendo assim, toda a evolução que aqui fora portada fez e transformou o princípio da proporcionalidade no que podemos ver hoje, no qual reclama que toda imposição para tal deve possuir limites de direitos nos quais se encaixe de maneira necessária e proporcional, no âmbito de que deva apropriar-se para alcançar os fins não limitando os direitos de forma restrita, transformando uma justa maneira da vontade e interesse geral e o direito individual limitado. Como finalidade geral, do legislador, devendo estar atendo a este princípio, visando alcançar a proporcionalidade sempre, o que não é um trabalho fácil.

- **PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: CONCEITO**

O conceito do princípio da proporcionalidade é composto por três princípios parciais: o princípio da adequação, princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou princípio da avaliação (ALEXY, p.100-101,1994).

Segundo Juarez Cirino dos Santos, esses princípios parciais tem aplicação sucessiva e complementar. Os princípios da adequação e da necessidade trazem como objeto a possibilidade da realidade, analisando se os meios em relação aos fins são necessários, levando a seguinte reflexão: a pena criminal é o meio mais adequado para o fim de proteger um bem jurídico, ou será que existem outros meios para resolver ou alcançar os fins propostos, essa pergunta ilustra perfeitamente a importância do conteúdo desses princípios para a formação do princípio da proporcionalidade. Já o princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou princípio da avaliação tem como objeto as possibilidades jurídicas, a qual traz a proporcionalidade dos meios, que são as penas criminais com os fins propostos, que é a proteção dos bens jurídicos. Esse princípio da proporcionalidade estrita pode ser analisado ao nível da criminalização primária e secundária de acordo com a visão da proporcionalidade dos meios com os fins.

A criminalização primária “é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas” e a criminalização secundária “é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se que tenha praticado certo ato criminalizado primariamente” (ZAFFARONI, p.44, 2003)

O princípio da proporcionalidade tem como principal função realizar uma proporção quanto o fato praticado e a cominação legal (PRADO, p.143, 2004). Hassemer diz o mesmo com outras palavras, ratificando essa ideia central do princípio da proporcionalidade, quando diz que é “um juízo de ponderação entre a carga e ‘coativa’ da pena e o fim perseguido pela cominação penal”.

Alberto Silva Franco fala sobre o princípio da proporcionalidade:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de

estabelecer penas proporcionais, em abstrato à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade).

Segundo Cezar Roberto Bitencourt, o sistema penal somente terá fundamento quando a soma das violências- crimes, vinganças e punições arbitrárias- que ele puder prevenir superar às das violências que ocorrem em virtude da aplicação das penas. Destarte, é necessário os Direitos Fundamentais do cidadão sejam indisponíveis e intocáveis , afastando-os da livre disposição do Estado, o qual deve além de respeitá-los, garanti-los.

1. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: INFLÊNCIA NA ELABORAÇÃO DOS TIPOS PENAIS

2.1 TIPOS PENAIS

Definem-se Tipos Penais, da forma descrita do Direito Penal, como uma narração de um fato ilícito, o qual traz uma conduta antijurídica, culpável e que viola a norma moral sendo praticada pelo ser humano, que reuni uma ameaça de pena, sendo assim um componente do crime. No Direito Penal seu estudo é [apelidado](#) como Tipologia criminal ou Penal.

Sobre tal termo, demos a definição de diversos autores, como exemplo Welzel, que designa o tipo penal como: “a descrição concreta da conduta proibida e a matéria da proibição das prescrições jurídico-penais”.

O grande autor do direito penal, Ernst Beling, divide a definição de tipo penal em três distintos ângulos de vista. Segundo esse são: 1) *tipo legal*, sendo o comportamento proibido com todas as particularidades subjetivas, objetivas, descritiva e normativa que é elaborada no Código Penal em uma fração especial; 2) *tipo de injusto* simboliza a descrição da lesão do bem jurídico, alcançando os fundamentos positivos da tipicidade e os fundamentos negativos da antijuridicidade; 3) *tipo de garantia* agindo como político-criminal atribuída ao principio da legalidade e todos os pressupostos da punibilidade.

Beling vem conceituar tipo penal como uma situação de fato, originada em uma formula causal de modelo à filosofia naturalista, sendo objetivo e livre-de-valor. A descoberta se dar por elementos subjetivos de Fischer, Myer e Mezger, que dizem que: “o tipo injusto pode depender da direção de vontade do autor”. Posteriormente com a chegada da teoria Final da ação, feita inicialmente por Weber e Graf Zu Dohna e finalizada por Welzel, esses vão definir por completo a subjetivação do conceito real de tipo, sendo: “a vontade consciente de realizar os elementos objetivos do fato é retirada da culpabilidade para integrar a dimensão subjetiva do tipo legal, como dolo de tipo”.

Sua política de formação pode ser estendida ao principio da legalidade, no qual possui essência na carta magna de João Sem-terra no ano de 1215, sendo alterada e modificada por Rousseau e Beccaria, sagrando na Declaração dos Direitos do Homem em 1789 no art. 4. Assim, Cesare Beccaria declara: “Só as leis podem decretar penas para os delitos, e esta autoridade não pode ser maior que a do legislador”.

Segundo Fernando Capez:

A criação de tipos incriminadores deve ser uma atividade compensadora para os membros da coletividade. Quando a criação do tipo penal não se revelar proveitosa para a sociedade, estará ferir o principio da proporcionalidade, devendo a descrição legal ser expurgada do ordenamento jurídico por vício de inconstitucionalidade. Além do que, a pena é a resposta punitiva estatal ao crime, deve guardar proporção com o mal infligindo ao corpo social,

sendo proporcional a extensão do dano, não se admitindo penas idênticas para crimes de lesividades distintas.

Analisando as palavras de Capez, concluímos que no momento da criação do tipo penal, e consequentemente as adequações concretas da conduta ao tipo possuem como tarefa a labutar-se em conciliação com os princípios Constitucionais do D. Penal, este que possuem origem na Dignidade Humana.

2.2. INFLUÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA ELABORAÇÃO DOS TIPOS PENAS

Segundo Cezar Roberto Bitencourt, o princípio da proporcionalidade possui um campo de abrangência e influência que rompe as fronteiras da simples confrontação das consequências que podem surgir da aplicação de leis que não observam o já referido princípio. A aplicação desse princípio, na verdade, atinge o exercício imoderado do poder, incluindo o próprio poder legislativo no seu ato de legislar, no entanto, não consiste em questionar a motivação interna da voluntas legislatoris nem investigar a finalidade da lei, essa que é função privativa do parlamento.

Segundo o Ministro Gilmar Mendes:

A doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso, que se revela mediante contraditoriedade, incongruência irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins. No Direito Constitucional alemão, autorga-se ao princípio da proporcionalidade ou ao princípio da proibição de excesso qualidade de norma constitucional não escrita, derivada do Estado de Direito (MENDES, p.47, 2004).

Cezar Roberto Bitencourt, sobre a citação feita à cima do Ministro Gilmar Mendes, diz que é necessário que esses excessos sejam combatidos ou ao menos questionados pelo sistema político-jurídico, visto que, a punica forma de se fazer isso no Estado Democrático de Direito, sem interferir nas funções da esfera legislativa, é através do controle de constitucionalidade feito pelo Poder Judiciário, que segundo Guillermo Yacobucci “a função jurisdicional nesse controle pondera se a decisão política ou jurisdicional em matéria penal ou processual penal, restritiva de direitos, está justificada constitucionalmente pela importância do bem jurídico protegido e a inexistência, dentro das circunstâncias, de outra medida de menor lesão particular” (YACOBUCCI, p.239, 2002).

É fácil reconhecer que, na elaboração dos tipos penais, é necessário que haja, segundo Cezar Roberto Bitencourt, o respeito ao princípio da proporcionalidade, visto que, esse princípio está presente em diversas partes do Texto Constitucional (como por exemplo o art.5ª, inciso XLVII, que abole determinados tipos de sanções), e como o Direito Penal é infraconstitucional, o mesmo deve estar de acordo com a Constituição Federal, e se esse princípio encontra-se inserido nela, consequentemente deve obediência também a esse princípio.

1. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E SUA APLICAÇÃO NOS TIPOS PENAS

O princípio da proporcionalidade está inserido de forma implícita no art. 5º, caput, da Constituição da República, que proíbe penas que tenham caráter excessivo ou desproporcional em face do desvalor da ação ou do desvalor do resultado do fato que pode ser punido, ferindo a função de retribuição equivalente do crime atribuída às penas criminais nas sociedades capitalistas (SANTOS, p.19-24, 2005).

Segundo Prado, esse princípio se ramifica em duas vertentes, abstrata e concreta. O princípio da proporcionalidade abstrata restringe a criminalização primária às hipóteses que tenham no seu arcabouço uma violação grave dos direitos humanos, sendo assim, as lesões consideradas insignificantes aos bens jurídicos são excluídas, pelo princípio da proporcionalidade, esse princípio também, segundo Baratta, delimita a aplicação de penas criminais em conformidade com a natureza e a extensão do dano social produzido pelo crime. (BARATTA, p.452, 1991).

Concluindo o raciocínio dessa vertente abstrata, constata-se deveras sua importância quanto a hierarquização da lesão aos bens jurídicos, ressalta Prado, pois torna-se essencial para uma análise do princípio da proporcionalidade na escala dos tipos penais. Tal conceito é reforçado por Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, ao afirmarem que “as lesões contra a propriedade não podem ser superiores às penas por lesões contra a vida”, através dessa passagem é notável a ponderação intrínseca na análise para a aplicação dos tipos penais e na escala de hierarquização quanto a lesão dos bens jurídicos, como já dito à cima. A outra vertente, o princípio da proporcionalidade concreta não fica atrás quanto aos benefícios que esse princípio pode proporcionar para melhor aplicabilidade dos tipos penais, pois nele está presente uma análise que, segundo Prado “permite equacionar os custos individuais e sociais da criminalização secundária, em relação à aplicação e execução da pena criminal”.

Prado traz uma reflexão de cunho social indispensável para melhor aplicar as penas criminais, ao falar da relação custo/benefício entre o crime e a pena, pois analisa os custos sociais para aquele que é condenado, porém, apesar de a pena ser intrasferível, os efeitos causados por ela ultrapassam a esfera do indivíduo condenado, incidindo sobre a sua família também, e até para a sociedade, como ressalta Capez “Uma sociedade incriminadora é uma sociedade invasiva, que limita em demasia a liberdade das pessoas”. A ideia fulcral do princípio da proporcionalidade concreta pode ser resumido por uma passagem de Prado:

A relação custo/benefício da equação crime/pena indica que a pena crimina, como troca jurídica do crime medida em tempo de liberdade suprimida, constitui investimento deficitário da comunidade, segundo a moderna Criminologia. Os custos sociais específicos para a pessoa e a família do condenado- assim como para a sociedade, em geral- são absurdos: primeiro porque a criminalização secundárias somente agrava o conflito social representado pelo crime-especialmente em casos de aborto, de tóxicos, de crimes patrimoniais e de toda a criminalidade de bagatela (crimes de ação penal privada ou condicionada à representação, crimes punidos com detenção, crimes de menor potencial ofensivo etc.). O princípio da proporcionalidade concreta possui outro ponto de relevância, no que concerne sobre servir de instrumento para fundamentar os critérios compensatórios das desigualdades sociais presentes nas criminalizações secundárias, objetivando neutralizar e reduzir a conduta seletiva pautada nos indicadores sociais negativos de pobreza, favelização, educação, desemprego e entre outros aspectos que servem como parâmetro para instaurar-se barreiras sociais entre as pessoas, os quais são aplicados pelos Juízes no momento de estruturação dos processos intelectuais e afetivos do Juízo de reprovação do crime e de aplicação da pena (BARATTA, p.453, 1991).

CONCLUSÃO

O presente trabalho desenvolveu a temática do Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal e sua Influência na elaboração e aplicação nos tipos penais, dos quais

particularidades indicam que as asperezas das sanções penais devem ser proporcionais às condutas criminosas, caso contrário é inconstitucional, pois durante o desenvolvimento desse projeto de pesquisa foi exposto a presença desse princípio na Constituição, devendo o Direito Penal como um todo, incluindo, também, os tipos penais (bastante discutido no trabalho), obediência ao princípio da proporcionalidade.

Outro importante aspecto discutido foi o custo/benefício da equação crime/pena, tendo como base dessa discussão o autor Juarez Cirino dos Santos, o qual coloca nessa simples equação o tema fulcral do princípio da proporcionalidade. Deixa evidente que é necessário balancear o custo social que vai causar a sanção penal, se está equivalente ao crime e se os benefícios são maiores que os malefícios que uma sanção penal pode causar, não só para o condenado, mas para a sua família e a própria sociedade.

A análise destrinchada do princípio da proporcionalidade permite a sua visualização completa e a sua incidência na vida em sociedade, reconhecendo desde a sua importância até o seu resultado, o qual visa o bem comum, ao assegurar os direitos das pessoas, as quais, durante toda a história lutaram e lutam por igualdade, justiça e que devem receber um tratamento mais humanizado, e os princípios tem exatamente essa finalidade, tirar o arbítrio do Estado, colocar limites nesse exercício, dando assim uma segurança aos indivíduos que compõem a sociedade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 1994, 2ª edição, p.100-101, n.8

BARATTA, Alessandro. Principi del diritto penal mínimo. Per una Teoria dei diritti umani come aggetti e limiti della legge, in **Dei Delitti e delle Pene**, 1991, n.1, p.452

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tradado de direito penal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, vol.1, parte geral: (arts. 1º a 120)/Fernando Capez.- 17. Ed.- São Paulo: Saraiva, 2013.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Teoria da Pena*. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2005, p.19-24.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

PRADO. Luís Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro - Volume 1 – Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte Geral**. Curitiba: IPC: Lumen Juris, 2006.

[1]Paper associado à disciplina de Teoria do Direito Penal, ministrada pela professora Esp. Maria do Socorro de Almeida Carvalho.

² Acadêmica em Direito dos cursos da UNDB. E-mail: raissalbragadias@gmail.com

³ Acadêmica em Direito dos cursos da UNDB