

**A PROPORCIONALIDADE CRIMINAL COMO DIMENSÃO DO DEVIDO
PROCESSO PENAL**

**CRIMINAL PROPORTIONALITY AS A DIMENSION OF DUE CRIMINAL
PROCEDURE**

Ricardo Maurício Freire Soares¹

RESUMO

O presente trabalho se propõe a evidenciar como a idéia de proporcionalidade do Direito Penal é capaz de apreender e construir os valores e finalidades da ordem jurídica.

Palavras-chave: Princípio, Proporcionalidade, Lei, Sistema criminal, Pena

ABSTRACT

The present work considers to evidence as the idea of proportion of criminal law is capable to apprehend and construct to the standards and purposes of the juridique order.

Key-words: Principle, Proportion, Law, Criminal System, Punishment

OS CONTORNOS DE UM DIREITO PENAL PRINCIPIOLÓGICO

O formalismo positivista revela-se incapaz de responder às questões cada vez mais complexas do *ius puniendi*. O ordenamento jurídico-penal não pode ser eficaz diante de um positivismo neutro e socialmente distante, que se destina à reprodução exata da linguagem legislativa. O reconhecimento do caráter valorativo e teleológico do fenômeno jurídico evidencia a necessidade de identificar e racionalizar os princípios que justificam e orientam a interpretação do Direito Penal em qualquer de suas instâncias.

Esta natureza axiológica e teleológica do Direito Penal é ressaltada por Jesús-Maria Silva Sánchez (1999, p. 116), quando afirma que “ la configuración de los diversos sistemas jurídicos de imputación del hecho al sujeto, así como de las garantías

¹Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma La Sapienza, pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata e pela Università del Salento. Doutor em Direito pela Università del Salento/Universidade de São Paulo. Doutor em Direito Público e Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (Mestrado/Doutorado).

generales de cada sistema, tienen una clara dependência de las consecuencias jurídicas del mismo, su configuración y su teleología”.

Diante da profusão de estimativas que perfazem a ordem jurídica, refletindo as singularidades de uma dada cultura humana, o Direito Penal deve ser, pois, entendido como um sistema axiológico e teleológico, por aflorar valores e finalidades socialmente partilhadas. Isso permite realizar a congruência sistemática, com a qual se obtém uma segurança própria de um ordenamento penal não contraditório, além de potencializar a correção material que garante a realização da justiça no caso concreto.

Neste sentido, leciona Saldanha (1988, p.244) que, constituindo uma estrutura onde entram valores, toda ordem porta significações. Se por um lado, a ordem existe na medida em que é cumprida ou seguida, é evidente que seu cumprimento confirma suas significações. Toda atividade interpretativa tem de visar, na ordem, aquilo que é compreensível, isto é, inteligível em sentido concreto. Os significados sociais se comprovam ao ser exteriorizados no plano concreto, pelo que o sistema jurídico-penal constitui uma ordem na medida em que é compreensível e interpretável no plano histórico-social em que se processa a partilha dos valores humanos.

A própria evolução da gnoseologia jurídica vem tornando patente a diversidade dos estilos de conhecimento dos objetos reais. No tocante aos objetos culturais, compreende-se, num conhecimento mais íntimo, porque é possível ter a vivência de revivê-los. Compreender um fenômeno, por sua vez, significa envolvê-lo na totalidade de seus fins, em suas conexões de sentido. Ao contrário, os objetos naturais, por não consubstanciarem um sentido humano, somente permitem a explicação, o que se obtém referindo tais fenômenos a uma causa. Explicar seria descobrir na realidade aquilo que na realidade mesma se contém, sendo que, nas ciências naturais, a explicação pode ser vista, genericamente, como objetiva, neutra e refratária ao mundo dos valores.

Disso resulta que, quando explicamos algo, descrevemos ontologicamente o objeto de análise, ao passo que, na atividade de compreender, torna-se imprescindível a existência de uma contribuição positiva do sujeito, o qual realizará as conexões necessárias, executando uma tarefa eminentemente valorativa e finalística. As ordens sociais, inclusive a jurídico-penal, despontam como objetos da cultura humana, constituindo realidades significativas que devem ser corretamente interpretadas.

Para a apreensão do ordenamento penal, como a de qualquer outra objetivação do espírito humano, exige-se a utilização de um método adequado, de natureza empírico-dialética, que dinamiza o ato gnoseológico da compreensão. Conforme

assinala Machado Neto (1975, p.11), é mérito singular do jusfilósofo argentino Carlos Cossio a descoberta de que o ato gnoseológico da compreensão se realiza através de um método empírico-dialético: “es, también, obra de Cossio ese complemento esencial de la epistemología de la comprensión al descubrir que ésta se da mediante un método que es empírico-dialético. Empírico, porque se trata de hechos, ya que los objetos culturales son reales espaciotemporales, como ya vimos, y el modo de topar con ellos es un modo empírico, perceptivo, ya que el substrato lo percibimos con intuición sensible, viendo, oyendo, oliendo, gustando, palpando... Y dialético porque la comprensión se da en un trabajo dialético, algo así como un diálogo que el espíritu emprende entre el substrato y el sentido, para comprender el sentido en su substrato y el substrato por su sentido”.

Desta forma, os significados do ordenamento jurídico-penal revelam-se num processo dialético, num ir e vir da materialidade do seu substrato à vivência do seu sentido espiritual, vale dizer, do seu texto tal como lingüisticamente estruturado aos motivos que inspiraram a sua elaboração. Esse ir e vir dialético manifesta-se, metaforicamente, como um balançar de olhos entre texto e realidade, entre norma e situação normada, num processo aberto e infinito, significativamente ilustrado pela figura geométrica da espiral.

Daí resulta que a norma penal se destina a um escopo social, cuja valoração dependerá do hermeneuta, com base nas circunstâncias concretas de cada situação jurídica. A compreensão axiológica e teleológica do Direito Penal procura, deste modo, delimitar o fim, vale dizer, a *ratio essendi* do preceito normativo, orientando-se pelos princípios jurídicos, para, a partir deles, determinar o seu real significado. A delimitação do sentido normativo requer, pois, a captação dos fins para os quais se elaborou a normatividade penal, fundando-se na própria consistência axiológica da principiologia jurídica.

Compartilhando deste entendimento, pontifica Reale (1996, p.285) que interpretar uma lei importa, previamente, em compreendê-la na plenitude de seus fins sociais, a fim de poder-se, desse modo, determinar o sentido de cada um de seus dispositivos. Somente assim ela é aplicável a todos os casos que correspondam àqueles objetivos. Como se vê, o primeiro cuidado do hermeneuta contemporâneo consiste em saber qual a finalidade social da lei, no seu todo, pois é o fim que possibilita penetrar na estrutura de suas significações particulares.

Daí deflui a constatação de que o significado da norma penal não está à espera do intérprete, como se o objeto estivesse desvinculado do sujeito cognoscente – o hermenêuta. Isto porque conhecimento é um fenômeno que consiste na apreensão do objeto pelo sujeito, não do objeto propriamente dito, em si e por si, mas do objeto enquanto objeto do conhecimento.

Como assevera Maria Auxiliadora Minahim (1999, p. 48), a norma penal, embora marque o espaço dentro do qual o juiz pode caminhar, não esgota todo o direito que se concretiza no momento de sua aplicação. A teoria dos tipos penais embora pretendesse, em suas origens, conter apenas a fórmula descritiva das circunstâncias objetivas do crime, não pode evitar a inserção de elementos valorativos. Ficou o juiz, portanto, com a tarefa de decodificar os símbolos contidos na norma no seu uso que, só então, terá sentido e clareza.

O objeto do conhecimento, portanto, é, de certo modo, uma criação do sujeito, que nele põe ou supõe determinadas condições para que possa ser percebido. Nessa perspectiva, não tem sentido cogitar-se de um conhecimento das coisas em si mesmas, mas apenas de um conhecimento de fenômenos, isto é, de coisas já recobertas por aquelas formas, que são condições de possibilidade de todo conhecimento. Em virtude da função constitutiva do sujeito no âmbito da relação ontognosiológica, não se poderá isolar o intérprete do objeto hermenêutico, no campo do Direito Penal.

Não é outro o magistério de Pasqualini (2002, p.171), para quem, na acepção mais plena, o sentido não existe apenas do lado do texto, nem somente do lado do intérprete, mas como um evento que se dá em dupla trajetória: do texto (que se exterioriza e vem à frente) ao intérprete; e do intérprete (que mergulha na linguagem e a revela) ao texto. Esse duplo percurso sabe da distância que separa texto e intérprete e, nessa medida, sabe que ambos, ainda quando juntos, se ocultam (velamento) e se mostram (desvelamento). Longe de sugerir metáforas forçadas, a relação entre texto e intérprete lembra muito a que se estabelece entre músico e instrumento musical: sem a caixa de ressonância de um violino, suas cordas não têm nenhum valor, e essas e aquela, sem um violinista, nenhuma utilidade.

O conhecimento dos objetos culturais também não se identifica com o objeto desse conhecimento, conclusão que se impõe, com mais força, na apreensão da cultura humana, à medida que tais objetos, sendo realidades significativas ou objetivações do espírito, exigem maior criatividade do sujeito para se revelarem em toda plenitude.

Como o Direito Penal integra o mundo cultural, o conhecimento das normas jurídicas está submetido a todas as vicissitudes que singularizam o processo gnosiológico do espírito humano.

O significado objetivo dos modelos normativos do Direito Penal é, em larga medida, uma construção dos sujeitos da interpretação jurídica, com base em dados axiológicos e teleológicos extraídos da realidade social. Toda norma só vigora, portanto, na interpretação que lhe atribui o aplicador. O sentido da norma legal não é um ato voluntário, completamente produzido no momento em que se dá origem à lei, mas uma energia que a regenera de modo contínuo, como se estivesse a produzi-la numa gestação infinita. A interpretação jurídico-penal não consiste em pensar de novo o que já foi pensado, mas em conceber até ao fim aquilo que já começou a ser pensado pelo legislador, de modo a delimitar a real vontade da lei.

Neste diapasão, leciona Bergel (2001, p.320) que a questão não é então saber se o intérprete deve ser médium ou cientista, se pratica obra jurídica ou política, nem se a interpretação participa da criação ou da aplicação das normas jurídicas. Isso depende somente da liberdade que se lhe reconhece ou da fidelidade que se lhe impõe com referência ao direito positivo. Observa-se, por certo, que a lei só adquire um sentido com a aplicação que lhe é dada e que o poder assim reconhecido ao intérprete atesta a fragilidade da ordem normativa: nenhum preceito da lei., diz-se ainda, recebe seu sentido de um âmagio legislativo; torna-se significativo com a aplicação que lhe é dada e graças à interpretação que esta implica.

Combinando a exigência de segurança, própria da exigência de legalidade estrita, com o impulso incessante por transformação, a principiologia do Direito Penal contemporâneo requer a superação do tradicional subjetivismo - *voluntas legislatoris*, em favor de um novo entendimento do objetivismo - *voluntas legis*, realçando o papel do intérprete na exteriorização dos significados deste ramo jurídico, dando, assim, concretude aos valores e fins do sistema punitivo.

Não é outro o pensamento de Christiano Andrade (1992, p.19), para quem que o Direito pode ser visto como uma inteligente combinação de estabilidade e movimento, não recusando as mutações sociais. Assim, o Direito pretende ser simultaneamente estável e mutável. Todavia é preciso ressaltar que a segurança perfeita significaria a absoluta imobilidade da vida social, enfim, a impossibilidade da vida humana. Por outro lado, a mutabilidade constante, sem um elemento permanente, tornaria impossível a vida social. O Direito deve assegurar, portanto, apenas uma dose razoável de ordem e

organização social, de tal modo que essa ordem satisfaça o sentido de justiça e dos demais valores por ela implicados.

Isto posto, deve ser, necessariamente, considerada uma dimensão que revele a natureza valorativa e finalística do Direito Penal. Nisto se revela decisivo o papel dos princípios jurídicos, ao enunciar os valores e objetivos fundamentais da ordem jurídica, indicando, assim, as diretrizes basilares para a interpretação, aplicação e criação da totalidade do ordenamento jurídico-penal.

É o que salienta Carlos Nino (1974, p. 77-80), quando afirma que as teorias dogmáticas do Direito Penal não se limitam a promover a dedução das regras do direito positivo, mas, sobretudo, permitem a inferência de princípios, muitas vezes não incluídos no sistema expresso do legislador. Deste modo, as teorias jurídicas permitem reconstruir o sistema legislado, seja mediante o estabelecimento de diretrizes que completam a lacuna do mesmo, seja estipulando critérios para resolver de modo justo os eventuais conflitos que devam ser equacionados pelos diversos ramos do direito positivo.

A definição de Direito Penal deve, portanto, buscar congrega o aspecto normativo-formal (regras) com o aspecto valorativo-material do sistema jurídico (princípios), figurando este ramo como o conjunto de princípios e regras jurídicos que definem as condutas criminais, as penas a elas correspondentes e as condições para que tais penas sejam aplicáveis.

Tratando do tema, Yacobucci (2002, p. 359-360) afirma, de modo lapidar, que “resulta imprescindible reconocer la presencia de un determinado marco de valores explicitado através de prescripciones que otorga consistencia y fundamento a los razonamientos penales a nivel de la política criminal, la dogmática y la interpretación legal. Se trata, pues, de los principios penales que, al igual que los principios del derecho en el campo general del pensamiento jurídico, expresan un cierto valor o fin y se hacen presentes para permitir la intelección de la materia penal, evaluarla, orientarla y prescribirla. Se puede hablar a ese respecto, y en un sentido genérico, de una filosofía del derecho penal en tanto se la entienda como una explicación completiva de orden valorativa sobre los estratos de significación de la actividad y el conocimiento penal”.

Sendo assim, os princípios se apresentam como fonte de justificação do Direito Penal, legitimando a tomada de decisões concretas. Isto porque a legitimação do Direito Penal está ligada aos seus objetivos socialmente valorados. Deste modo, torna-se dever

dos aplicadores do Direito abandonar a visão mecânica e automática de aplicação estrita das regras penais, visto que são os princípios que permitem, de modo mais satisfatório, a interação do sistema penal com o plexo de valores e bens que integram a convivência humana.

O conhecimento da efetiva atuação dos princípios no sistema jurídico-penal é importante não apenas para assegurar a imposição de limites ao *ius puniendi*, como para compreender que a dogmática penal atua não apenas baseada em regras pré-estabelecidas, valendo-se também da principiologia para o tratamento de situações concretas da vida humana. Essa constatação significa, em outras palavras, que as normas incriminadoras que não estiverem em consonância com o caráter valorativo-material dos princípios orientadores do sistema penal podem ser consideradas não condizentes com a própria realidade circundante.

Ademais, os princípios penais atuam como vínculos entre as prescrições legais e as decisões concretas baseadas na justiça, legitimando a atividade interpretativa, porquanto, toda lei necessita de interpretação, uma vez que seus sentidos jurídicos podem ser distintos. Sendo assim, os princípios penais se afiguram como guias de interpretação normativa, aclarando os significados possíveis de um texto legislativo, tendo em vista a realização dos fins e valores fundamentais do ordenamento jurídico. Com isso, evitam a discricionariedade excessiva na tomada de decisões, tornando transparente o fundamento teleológico e axiológico que embasa uma dada opção hermenêutica.

Como assevera Ricardo Andreucci (1989, p.90), a interpretação da normatividade penal só se afigura possível à luz dos princípios que conformam este relevante ramo jurídico, servindo como instâncias de controle hermenêutico que evitam tanto a arbitrariedade judicial quanto a indeterminação própria dos sistemas totalitários do Direito Penal. Logo, a tarefa do intérprete e aplicador do Direito Penal é iluminada pela finalidade última de todo e qualquer arcabouço punitivo: a realização da idéia de justiça.

O SISTEMA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL E OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PENAL

Como já visto, os princípios são as fontes basilares para qualquer ramo do Direito, influenciando tanto em sua formação como em sua aplicação. Em relação ao Direito Penal não poderia ser diferente. Decerto, o Direito Penal pode ser entendido como um

sistema aberto e, portanto, permeável aos valores e finalidades sociais, que se corporificam em regras e princípios jurídicos.

Ao versar sobre o tema, Cezar Roberto Bitencourt (2003, p.09), denomina os princípios no Direito Penal como “Princípios Limitadores do Poder Punitivo Estatal”, ou ainda, “Princípios Constitucionais Fundamentais de Garantia do Cidadão”, ou, simplesmente, de “Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito”, figurando todos esses princípios como garantias do cidadão perante o poder punitivo estatal. Segundo ele, a aludida principiologia, hoje inserta, explícita ou implicitamente, em nossa Constituição, tem a função de orientar o legislador ordinário, o administrador e o julgador na adoção de um sistema de controle penal voltado à tutela dos direitos fundamentais e de uma política criminal que se fundamenta na liberdade e na dignidade humana.

Esta principiologia pode ser depreendida da leitura de cada Constituição, que se afigura como o ponto de unidade axiológica e teleológica da totalidade do ordenamento jurídico. A legitimidade do Direito Penal está, pois, vinculada ao estrito respeito aos princípios consagrados expressamente na *lex mater* (e.g., princípio da legalidade, princípio da igualdade, princípio da culpabilidade) e, ainda, aos princípios não inseridos no texto constitucional (v.g., princípio da insignificância, princípio da intervenção mínima, princípio da proporcionalidade), mas que decorrem, implicitamente, do modelo jurídico-político do Estado Democrático de Direito.

Como observa Marcelo Rodrigues da Silva (2003, p. 182), o Direito Penal serve à sociedade como instrumento de pacificação social e harmonização ao convívio coletivo. Sua função, segundo visão da moderna doutrina penal, é a preservação de bens jurídicos. Estes, por sua vez, encontram sua fonte na Magna Carta Estatal. A Constituição, enquanto expressão primeira da vontade popular, deve irradiar seus valores por todos os campos do agir humano, atingindo, destarte, o Direito. Neste passo, ao tolher as mais elementares prerrogativas de convivência comunitária do ser humano, como a liberdade e a dignidade, o ramo Penal do Direito deve estar em perfeita sintonia com as orientações valorativas da *Suma Lex*.

Sendo assim, a legitimidade do *ius puniendi* está ligada não apenas a um princípio penal, devendo-se falar em múltiplos limites ao exercício do direito de punir, porque, no Estado Constitucional de Direito, marcado pela prevalência dos direitos e das garantias fundamentais, vários princípios penais se articulam e se complementam na tarefa de delimitar o poder punitivo estatal. Decerto, existem princípios penais que

possuem ampla recepção no ordenamento jurídico, seja pela significação política de seu aparecimento histórico ou de sua função social, seja pela reconhecida importância no deslinde de uma controvérsia jurídica. Esses efeitos são relevantes para o Estado Democrático de Direito, constituindo um patamar axiológico e teleológico indeclinável, com ilimitado reflexo na compreensão de todas as normas positivas.

Neste sentido, salienta Regis Prado (1997, p. 66-68) que, no Estado de Direito democrático, a determinação dos valores elementares da comunidade deve estar delineada na Constituição, cabendo ao legislador ordinário levar em conta as diretrizes da Carta Magna e os valores nela consagrados para definir os bens jurídicos e lançar mão do *jus puniendi*, em face do caráter limitativo da tutela penal. A sanção penal, concretizada por meio do sacrifício a um bem jurídico, somente deve ser admitida quando em perigo outro bem de, ao menos, idêntica importância social.

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL

O conteúdo do princípio da proporcionalidade encontra-se intrinsecamente associado a outros princípios também relacionados à dosagem do instrumento sancionador do Estado, assumindo especial relevância no ordenamento jurídico a partir da constatação de que a crescente exigência da tutela penal, pelos diversos setores da sociedade, vem acarretando o progressivo comprometimento dos direitos fundamentais do cidadão.

Historicamente, a noção de proporcionalidade no estabelecimento dos delitos e das penas não se apresenta como algo recente, uma vez que já vinha expressa na antiga máxima *pena debet commensurari delicto*, além de constituir de forma significativa o conteúdo da lei do talião. Marco ilustrativo pode ser também encontrado na *Magna Charta Libertatum*, de 1215, ao estabelecer que o homem livre não deve ser punido por um delito menor, senão na medida desse delito, e por um grave delito ele deve ser punido de acordo com a gravidade do delito. Em momento posterior, a idéia de proporcionalidade é influenciada pelos sopros libertários do iluminismo, que preconizava a adoção de uma legislação penal que se conformasse com o critério da utilidade social.

Exemplo típico do ideário moderno é encontrado no pensamento de Cesare Beccaria (1994, p. 46-48), para quem as figuras dos delitos seriam determinadas pela essência da pena e também classificadas pela gravidade do delito cometido, pelo que um

dos maiores freios dos delitos não consistiria na crueldade das penas, mas na sua infalibilidade, ou seja, a certeza da imposição de um castigo moderado. Segundo ele, entre as penas e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel ao corpo do culpado.

Neste sentido, o princípio constitucional da proporcionalidade orienta a construção de tipos incriminadores por meio de uma criteriosa seleção daquelas condutas que merecem e das que não justificam a tutela diferenciada e mais severa do Direito Penal, erguendo um limite à atividade desempenhada pelo legislador e pelos demais intérpretes, visto que estabelece até que ponto é legítima a intervenção do Estado na restrição dos direitos fundamentais dos cidadãos (v.g., vida, liberdade, patrimônio). A proporcionalidade, por traçar limites entre bens jurídicos previstos na Constituição Federal, configura um princípio que pode ser adotado em qualquer conflito relacionado a valores, como aqueles relacionados a eventuais limitações por parte do Poder Público sobre direitos e garantias individuais.

No Estado Democrático de Direito, o Direito Penal encontra-se submetido às garantias decorrentes do princípio da legalidade, aliadas à necessidade de que os direitos fundamentais não sejam diminuídos senão frente à necessidade de preservação de outros direitos igualmente essenciais para o ser humano. Com efeito, é reconhecido o papel fundamental que o princípio da proporcionalidade vem desenvolvendo no ordenamento jurídico-penal brasileiro, a fim de permitir a construção de um sistema criminal condizente com os valores e com a própria realidade social. O princípio da proporcionalidade objetiva aferir a adequação e a real necessidade da escolha da normatividade penal, para que o meio escolhido pelo intérprete seja o menos oneroso aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Sendo assim, o princípio da proporcionalidade impõe limites e ao mesmo tempo representa uma espécie de defesa dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos (seja na escolha proporcional da pena, na escolha eficaz do tipo penal incriminador, na dosagem da pena no caso concreto, na escolha entre os valores mais importantes, necessários e idôneos, em dado momento para a sociedade). O princípio em exame une todas as esferas entre o Direito Penal e os valores constitucionais. Por sua natureza voltada à realização racional da justiça, demanda do juiz crimina uma interpretação construtiva da lei para que, nos conflitos e nas restrições de direitos fundamentais, a proporcionalidade permaneça intocada.

Com efeito, a proporcionalidade administra os conflitos entre a segurança social e o interesse individual da liberdade, fazendo valer, após análise desses valores, aquele de maior peso. É por isso que possui incidência tanto na criação como na aplicação da lei penal. A primeira porque o legislador deve respeitar, mesmo que genérica e hipoteticamente, a proporção entre a sanção proposta e sua real necessidade, idoneidade e proporcionalidade em relação a lesão ao bem jurídico e à pena, e a segunda, nos casos concretos de aplicação da pena, o Poder Judiciário, diante de um tipo penal desproporcional, poderá inclusive socorrer à inconstitucionalidade material face à inobservância de proporcionalidade na criação do tipo penal incriminador.

O princípio constitucional da proporcionalidade no Direito Penal regula tanto a criação, quanto a aplicação da norma incriminadora, exigindo a delimitação de uma justa medida entre os meios restritivos de que dispõe o Estado e os fins logrados com a limitação da esfera privada do criminoso. Isto porque a restrição dos direitos à liberdade, à dignidade, à vida ou à igualdade somente é legítima quando se revela indispensável para a tutela de bens fundamentais da coexistência social.

Conforme assevera Juliana Cabral (2005, p.162), o princípio da proporcionalidade deve ser considerado não apenas para a determinação do *quantum* e da qualidade da pena, por meio de uma proporção entre a lesão causada ao bem jurídico e a aflição imposta pelo Estado, mas, antes disso, não pode ser olvidado na consideração acerca da própria impossibilidade de se impor pena, atuando na demarcação da conduta a ser incriminada, que deve respeitar ainda a proporção entre a sua potencial lesividade e a autorização oficial de lesão a bem jurídico de titularidade daquele que a pratica.

O juízo de proporcionalidade não é, todavia, um juízo absoluto, como se existisse apenas uma única verdade constitucional, existindo, de fato, uma lógica constitucional, que é suscetível de ser traduzida numa pluralidade indeterminada de possibilidades proporcionais. Daí ser possível haver mais de um resultado hermenêutico que atenta aos ditames do princípio da proporcionalidade, cabendo ao Poder Judiciário, através do controle material de constitucionalidade das leis, podar eventuais excessos cometidos pelo parlamento na densificação dos valores e fins constitucionais. Isto porque os julgadores podem restringir a dureza das leis penais, interpretando-as de acordo com a ordem constitucional, pelo que o princípio da proporcionalidade preside a compreensão da normatividade penal, seja na tipificação dos atos ilícitos, seja em seu sancionamento, inexoravelmente, pela superioridade hierárquica da Constituição. O

princípio possui papel relevante para encontrar a solução mais apropriada, levando-se em conta o plexo de valores sociais que se funda na essência da Carta Magna.

Como ressalta Mariângela Gomes (2003, p. 220), se não pode interferir no poder discricionário do legislador penal, cumpre ao magistrado verificar se a proporção entre competência e poder discricionário foi devidamente respeitada. Atua, portanto, o julgador nas hipóteses em que se verifica uma desproporcionalidade manifesta em tal escolha. A justificativa para esta possibilidade encontra-se no critério do excesso de poder, uma vez que as hipóteses em que se observa uma flagrante desproporção enquadram-se não nas hipóteses de uso do poder discricionário, mas de arbítrio de quem toma a decisão.

Longe de oportunizar uma insidiosa “ditadura dos juízes”, por, supostamente, ensejar o voluntarismo do intérprete e a quebra da separação dos poderes, a utilização do princípio da proporcionalidade no Direito Penal se apresenta como uma instância de controle hermenêutico, à medida que potencializa a concretização dos valores e objetivos fundamentais da Constituição, mormente quando associado ao princípio constitucional de fundamentação das decisões judiciais.

Decerto, a exigência constitucional de motivação das decisões judiciais torna visível e funcional o juízo de proporcionalidade, visto que a fundamentação do processo decisório confere à magistratura maior objetividade, garantindo um maior controle das suas decisões pela comunidade jurídica, além de servir de parâmetro para futura atividade legislativa, quando o parlamento se incumba de elaborar novas leis, através do balanceamento entre os diversos valores constitucionais.

Ademais, o princípio constitucional da proporcionalidade, no âmbito do Direito Penal, pode ser também desdobrado em subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. O subprincípio da adequação significa que a medida deve ser idônea para alcançar o fim pretendido. O subprincípio da necessidade exige que a medida seja a única necessária, não havendo como se optar por outra medida igualmente eficaz que não agrave os direitos afetados. Por derradeiro, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito consubstancia a imposição de que o ordenamento jurídico deve guardar um razoável equilíbrio ou proporção com os bens jurídicos que pretende tutelar.

Sendo assim, o princípio da proporcionalidade atua em três importantes esferas, que buscam, antes de tudo, o balanceamento das medidas que possam invadir a liberdade individual, quando a intervenção penal se revele inidônea e desproporcional

em sentido estrito. A inexistência da proporcionalidade em um Estado Democrático de Direito acarretaria um excesso legislativo, agravado pela inconsistência axiológica e teleológica na orientação e na criação do processo punitivo penal. Daí porque, no eventual conflito entre direitos fundamentais (v.g., segurança pública *versus* liberdade individual), o princípio da proporcionalidade adquire suma importância, ao orientar o exame do valor que deve prevalecer diante do caso concreto, levando-se em conta os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Cumpra, doravante, examinar as especificidades de cada subprincípio na seara do Direito Penal.

O SUBPRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO

De acordo com o princípio da adequação, o Direito Penal unicamente pode e deve intervir quando seja minimamente eficaz e idôneo para evitar o delito, devendo-se afastar sua intervenção quando se revele, na perspectiva da política criminal, inoperante, inadequado ou contraproducente na prevenção dos crimes. O conceito de adequação requer o exame da qualidade instrumental do meio, de modo a identificar sua aptidão para alcançar a finalidade proposta, exigindo, assim, uma adequação entre o meio e o fim a ser atingido pelo sistema punitivo.

Conforme assevera Tereza Agudo Correa (1999, 151-152), o nascimento do denominado subprincípio da adequação no Direito penal está associado às concepções de Von Liszt e de Mayer, que estabeleceram, como critérios de intervenção penal, que o bem jurídico reunisse os seguintes atributos: ser merecedor de proteção; estar necessitado de salvaguarda; e ser capaz de tutela penal.

Na esfera penal, é pressuposto indispensável, para que a intervenção estatal seja idônea na proteção de determinado bem jurídico, que a finalidade da norma possa ser por ela alcançada. Assim, ao se tutelar criminalmente determinado bem jurídico, o que deve ser considerado, em termos de idoneidade penal, é a medida em que a incriminação cumprirá, efetivamente, o objetivo que o Direito Penal se propõe a concretizar. Nesse sentido, o Direito Penal deve evitar que tipos penais produzam efeito criminógeno, colocando em perigo outros ou o próprio bem jurídico tutelado.

Em consonância com a exigência de que a pena deve ser idônea, devendo guardar uma certa proporcionalidade entre o delito e a pena, para alcançar um fim, o princípio da idoneidade implica, além da necessidade de que a pena seja apta para a

tutela de bem jurídico, que a mesma seja qualitativamente adequada para conseguir atingir sua finalidade.

Sendo assim, a efetividade do Direito penal se encontra fortemente relacionada com o subprincípio da adequação, porque o mesmo indica que a legitimidade deste ramo jurídico se encontra vinculada à capacidade de suas prescrições, de molde a ser respeitadas pelos seus destinatários, e também à capacidade das normas para tutelar o bem jurídico. O juízo de idoneidade da norma consiste numa valorização eminentemente empírica, visto que é a partir do modo como a norma é recebida pela sociedade, demonstrada pela conformação dos comportamentos dos indivíduos aos valores nela explicitados, que se afere a sua adequação à determinada tarefa.

A eficácia social das normas penais comporta três planos ou níveis distintos: efetividade da norma (ou da ameaça); efetividade da pena (ou da sua aplicação); e efetividade dos aparatos burocráticos de persecução criminal. A efetividade da norma (ou da ameaça) diz respeito à predisposição da norma, verificada quando da sua elaboração, para tutelar o bem jurídico. A efetividade da pena (ou da sua aplicação) relaciona-se com a expectativa de que, no futuro, a norma seja observada por quem a violou, o que significa dizer que a eficácia da sanção considera a eficiência da pena a partir da análise de seu custo-benefício, a ser aferida durante sua execução. Por sua vez, a efetividade dos aparatos burocráticos traduz o alcance dos objetivos específicos de cada órgão estatal (v.g., Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário).

Na esteira de Mariângela Gomes (2003, p. 132), pode-se afirmar que a adequação do meio ao escopo de tutela penal diz respeito ao instrumento, isto é, à idoneidade do tipo penal e do aparato sancionatório para perseguir o resultado de tutela tido como legítimo. É neste sentido que se pode dizer que o juízo de idoneidade da norma penal é caracterizado em termos de racionalidade instrumental, e não como uma discricionariedade finalística. Não basta, simplesmente, a prova da inidoneidade de outros instrumentos de controle social para que se recorra ao Direito Penal, devendo ficar demonstrada a capacidade do meio (pena) para atingir o escopo almejado.

Na maioria das vezes, é impossível que o legislador preveja todos os resultados advindos da existência da norma incriminadora. Embora não se questione a enorme dificuldade posta ao legislador, no sentido de antever, com exatidão, todas as conseqüências de determinado ato legislativo, é necessário que seja avaliada, pelo menos, a potencialidade de ser a norma obedecida pela maioria da comunidade. De fato,

a atenção ao subprincípio da adequação não significa que em cada caso o resultado deva ser efetivamente alcançado, mas que haja probabilidade de se atingir um dado escopo.

Mesmo que ocorram erros nos prognósticos legislativos, tendo em vista que o legislador pode vir a falhar na sua escolha e que, eventualmente, as transformações sociais alterem o modo como a norma é recebida pela coletividade, cabe ao legislador interferir e corrigir a lei, assim o como compete ao Poder Judiciário declarar inconstitucional o ato normativo, por ser inidôneo à tutela penal de bens jurídicos.

Em sede de adequação, o que se avalia é a aptidão da sanção cominada para realizar a tarefa preventiva, e não o fato de estar aquela posta de maneira proporcional à infração. Então, o que se busca no âmbito do princípio da idoneidade é estabelecer os limites dentro dos quais é possível falar em pena adequada para prevenir a prática delituosa. É neste contexto que se afirma que o ponto decisivo nesta questão diz respeito à aceitação da pena como um meio razoável para um fim legítimo. Devem ser, portanto, analisados os limites da sanção penal, visto que penas demasiadamente baixas ou altas acabam por ser inidôneas para oferecer a necessitada proteção ao bem jurídico.

Daí ser importante a análise do efeito criminógeno da norma penal, porque existirem algumas modalidades delituosas que, não obstante o fato de se referirem a bens jurídicos carecedores de proteção jurídico-penal, acabam por gerar efeitos sociais diversos dos objetivos que justificam a tipificação da conduta. Devem ser, pois, apreciadas todas as conseqüências sociais causadas pelas normas penais incriminadoras. É nesse momento que o subprincípio da adequação deve ser aplicado, pois ele desempenha uma importante função de garantia para o cidadão, uma vez que nega legitimidade às incriminações que, embora presumivelmente idôneas para o fim da segurança pública, produzem, por meio da pena, danos significativos aos direitos individuais.

O SUBPRINCÍPIO DA NECESSIDADE

Segundo o magistério de Paulo Queiroz (2002, p. 101-102), se a imposição da pena não é um sucesso metafísico, mas uma amarga necessidade de uma sociedade de seres imperfeitos, segue-se que essa intervenção somente se justifica, se resulta absolutamente necessária, é dizer, à medida que não se possa dela realmente prescindir, ou, ainda, à medida que não se possa garantir melhor e mais eficaz proteção por instrumentos menos violentos. E só quando não resulte demonstrada a sua inutilidade

para dissuadir, pois, do contrário, não haverá relação lógica entre meio (direito penal) e fim (prevenção de delitos).

Neste sentido, o subprincípio da necessidade exige que o interesse protegido pela norma penal apresente relevância para poder justificar a delimitação que, inevitavelmente, causará na esfera da liberdade individual. Evidentemente, de um lado existe a proteção do bem jurídico, de outro a correlata ameaça à liberdade dos destinatários do sistema punitivo. Sendo assim, o Direito Penal não se revela necessário perante todo ataque a bens jurídicos penalmente tutelados, mas somente frente a toda grava agressão a bens jurídicos socialmente relevantes.

Como observa Luiz Flávio Gomes (2002, p.45-46), a partir desse parâmetro, o Direito Penal é necessário no atual estágio da civilização e, segundo a ótica do Estado de Direito e dos direitos fundamentais, essa intervenção deve ser o menos radical possível, pois deve atuar exclusivamente para evitar a lesão ou o perigo concreto de lesão de bens jurídico-penais. Em outras palavras, o Direito penal não é necessário para qualquer outro tipo de infração que seja lesiva ou concretamente perigosa para o bem jurídico tutelado. Logo, somente é necessária a intervenção penal quando ocorrer a efetiva lesão ou o concreto perigo.

Pode-se afirmar ainda que a idéia de necessidade se projeta, no âmbito do Direito Penal, nos princípios da ofensividade e da intervenção mínima, servindo como parâmetros axiológicos e teleológicos para a delimitação dos interesses que justificam o manto da proteção penal.

No tocante ao princípio da ofensividade, pode-se dizer que está ligado à exigibilidade de que ocorra uma ofensa a um bem jurídico essencial. Dessa forma, a intervenção penal requer a existência de uma ofensa, de uma agressão, dirigida a esse bem jurídico. O princípio da ofensividade responde a convicções liberais, deixando fora do contexto do Direito Penal o delito como mera violação a um dever. Conseqüentemente, esse princípio procura, antes de tudo, expurgar do âmbito penal as incriminações que pretendem proteger meros valores ético-morais e que se mostram inofensivas para o bem jurídico protegido.

O princípio da ofensividade no Direito Penal tem a pretensão de irradiar seus efeitos em dois diferentes planos. Serve não só de guia na atividade legiferante, orientando, portanto, o legislador, no exato momento da formulação do tipo penal, com o escopo de vinculá-lo à construção de tipos legais dotados de um real conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes, senão também como critério de

interpretação, dirigido ao juiz e ao intérprete, para exortá-los a verificar, em cada caso concreto, a existência da necessária lesividade ao bem jurídico protegido.

Neste diapasão, sustenta Gianpaolo Smanio (2000, p. 83) que esse princípio vincula diretamente o legislador e o intérprete. O legislador deve configurar os crimes como uma conduta de ofensa a um bem jurídico, de forma que somente possuam relevância penal os fatos que importem a lesão ou ao menos o perigo de lesão a um bem jurídico. O intérprete, por sua vez, deve reconstruir os tipos de crime com a ajuda do critério do bem jurídico, excluindo os comportamentos não ofensivos ao bem tutelado pela norma incriminadora.

Com efeito, o princípio da ofensividade no Direito Penal desempenharia dúplex funcionalidade: a função político-criminal, no momento que se decide pela criminalização da conduta; e a função hermenêutica, no instante que se interpreta e se aplica concretamente o Direito Penal. A primeira função do princípio da ofensividade constitui um limite ao direito de punir do Estado, dirigindo-se ao legislador. A segunda função configura um limite ao Direito Penal, destinando-se ao aplicador da lei penal. Estas funções não são incomunicáveis, mas, ao revés, complementares. Tanto é assim que, quando o legislador não cumpre seu papel de criminalizar a conduta ofensiva a um bem jurídico, essa tarefa é transferida ao mister do intérprete do Direito Penal.

De outro lado, no que se refere à idéia de intervenção mínima, o princípio em comento estabelece que o Direito Penal só promova ingerências nas hipóteses de real necessidade, e apenas quando outros ramos jurídicos se mostrem ineficientes para conferir proteção aos bens jurídicos. Isto porque o Estado não se vale apenas do Direito Penal para proteger os interesses da sociedade, mas, ao contrário, conta com uma enorme gama de outros ramos do Direito que também se prestam a tutelar os interesses da coletividade humana.

Como bem assinala Yuri Carneiro Coelho (2003, p.113), o princípio da intervenção mínima estabelece que o direito penal só deve atuar quando for necessária a proteção de bens jurídicos considerados fundamentais à convivência pacífica em sociedade e somente quando formas menos gravosas de intervenção não sejam suficientes para evitar a lesão ao bem jurídico. Somente podem ser erigidas à categoria de crime, condutas que, efetivamente, obstruam o satisfatório conviver da sociedade.

Neste sentido, o princípio da intervenção mínima pode significar tanto a abstenção do Direito Penal de intervir em certas situações, seja em função do bem

jurídico atingido, seja pelo modo com que foi atacado, como também pode justificar a sua utilização em termos de último argumento. Neste caso, o sistema punitivo é chamado a interceder de forma quando não haja outros instrumentos de controle social mais eficazes.

Sendo assim, como assevera Renato Silveira (2003, p. 28-29), o chamado princípio de intervenção mínima, também dito de *ultima ratio*, busca traçar norte e fronteira para a atuação do Estado, preconizando que a criminalização só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Existindo outras formas de controle social, suficientemente hábeis para a tutela deste bem, tal criminalização mostrar-se-á inadequada e não recomendável.

Daí decorre a constatação de que o princípio da intervenção mínima remete à verificação do grau assumido pelo binômio subsidiariedade-fragmentariedade. A subsidiariedade e a fragmentariedade são duas características do Direito Penal que defluem do princípio da intervenção mínima e que, de igual sorte, também são erigidos à categoria de princípios. Isto sucede porque o Direito Penal somente deve punir as lesões de bens jurídicos e as infrações sociais, caso seja indispensável para a vida comunitária. Onde bastem os meios do Direito Civil ou do Direito Público, o Direito Penal deve retirar-se, o que demonstra a natureza fragmentária ou subsidiária da tutela criminal. Logo, deve interessar ao sistema jurídico-penal e, portanto, ingressar no âmbito de sua regulamentação, aquilo que não for pertinente a outros ramos do direito positivo.

No tocante à noção de fragmentariedade, assinala Maura Roberti (2001, p. 102) que, sendo o Direito Penal a forma mais drástica de intervenção na vida social, seu caráter fragmentário impõe o limite imprescindível a um totalitarismo da proteção estatal, pois se trata de um limite material ao exercício do *ius puniendi*, que apresenta natureza político-criminal e que encontra sua origem no princípio da intervenção mínima.

No que se refere à subsidiariedade penal, sustenta Alice Bianchini (2002, p. 142) que a criminalização de determinada conduta que ofenda bens ou valores fundamentais de forma grave ou que os tenha exposto a perigo idôneo só se justifica se a controvérsia não pôde ser resolvida por outros meios de controle social, seja formal ou informal, menos onerosos, o que configura o Direito Penal como um ramo jurídico subsidiário.

Como se depreende do exposto, os *standards* da ofensividade e da intervenção mínima densificam e concretizam o subprincípio da necessidade, corolário da aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade no âmbito do sistema criminal. Estes distintos princípios penais devem ser conectados entre si para que se possa entender o conteúdo de cada um deles e cumprir a pretendida eficácia limitadora do *ius puniendi*, dentro dos marcos institucionais do Estado Democrático de Direito.

O SUBPRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

Assim como os demais subprincípios mencionados, o subprincípio da proporcionalidade *stricto sensu* desdobra a proporcionalidade em sentido amplo, ligando-se ao exame do merecimento e da necessidade na aplicação da sanção penal. O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito implica numa relação de compatibilidade entre a gravidade do injusto e a gravidade da pena no momento legislativo, bem como, na esfera jurisdicional, estabelece que a aplicação da sanção penal seja proporcional à gravidade dos fatos concretos cometidos.

Decerto, a justiça de uma pena repousa na sua qualidade de ser proporcional, nas acepções abstrata e concreta. Eis a razão pela qual o subprincípio da proporcionalidade se destine ao legislador, impondo a proporção entre a gravidade do injusto e a gravidade da pena cominada, e ao magistrado, exigindo a busca da proporção entre a gravidade da situação social concreta e a pena aplicada ao infrator.

Conforme o magistério de Tereza Correa (1999, p.276-277), o desenvolvimento histórico do princípio da proporcionalidade em sentido estrito pode ser encontrado na obra “Dos delitos e das penas”, de Cesare Beccaria, que dedica um capítulo de sua obra sobre a proporção entre os crimes e as sanções penais. Também, no artigo 12 da Declaração dos Direitos e dos Deveres do Homem e do Cidadão, foi proclamado expressamente o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, a preceituar que a lei não deve prever senão penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito. Embora, o princípio não costume estar contido expressamente no constitucionalismo atual, prevalece o entendimento doutrinário e jurisprudencial que esse princípio possui raízes constitucionais do Estado Democrático do Direito.

Neste sentido, a pena indica a importância que é dada pela ordem jurídica ao bem tutelado, devendo ser estabelecida com fundamento na gravidade da infração, de modo a cumprir a função sócio-educativa do Direito Penal, ao demarcar os valores cuja proteção é considerada necessária à segurança pública. A sanção penal deve guardar,

assim, um liame de adequação entre o delito e também entre o próprio bem jurídico protegido penalmente, uma vez que penas mais graves deverão salvaguardar os bens jurídicos mais importantes.

O problema reside, contudo, em determinar quais são os bens jurídicos mais relevantes para a sociedade, gerando óbices para se verificar a quantidade de pena constitucionalmente devida para cada tipo incriminador. Não obstante tal dificuldade, a doutrina tem formulado parâmetros para identificar os vínculos e limites constitucionais impostos ao legislador ordinário e ao julgador, a fim de que orientem o estabelecimento de penas proporcionais às diversas afrontas aos bens jurídico-penais.

Merece registro a sistematização oferecida por Mariângela Gomes (2003, p. 158-168), para quem a aplicação do subprincípio da proporcionalidade estrita pode ser guiada pelos seguintes critérios: ilegitimidade de penas fixas; exigência de pena mínima; exigência de pena máxima; ilegitimidade de margem penal excessivamente ampla; e relação de proporcionalidade entre a pena mínima e pena máxima.

Pelo critério da “ilegitimidade de penas fixas”, a pena fixa torna-se ilegítima porque a aplicação da pena no caso concreto não se encontra orientada apenas pelo princípio da legalidade. Ao contrário, nesse momento cabe ao intérprete, conforme prevê o artigo 5º XLVI da CF, proceder individualização da pena a partir das situações de fato apuradas, referentes à gravidade do fato e à culpabilidade do agente. O aplicador da lei deve escolher a pena proporcional a cada específico caso concreto.

De acordo com o critério da “exigência de pena mínima”, a justificativa para a previsão de um mínimo legal de pena encontra-se relacionada com o desvalor do fato ofensivo ao bem jurídico. A fixação do mínimo legal de pena abstrata cumpre a função de ratificar, em absoluto, a colocação hierárquica do bem tutelado, evidenciando até que grau a pena pode ser reduzida. Este parâmetro é modulado pelo aludido princípio da ofensividade. A ofensividade deve ser observada pelo legislador e pelo juiz no momento da aplicação concreta da pena, de molde a constatar se a conduta efetivamente lesionou ou colocou em perigo o bem jurídico protegido. Caso não fosse exigível o estabelecimento de um mínimo de pena correspondente ao desvalor do fato, poderia ela ser diminuída até que chegasse a corresponder ao desvalor concreto da conduta, passando a pertencer, ao Direito Penal, uma imensa gama de comportamentos, cujo conteúdo lesivo é axiologicamente desprezível.

Por sua vez, o critério da “exigência de pena máxima” refere-se à necessidade de definir-se uma pena máxima, uma vez que a ausência de um limite legislativo

máximo permitira uma valoração pelo órgão julgador, de modo a possibilitar a imposição de penas exageradamente altas, rendendo ensejo ao perigoso arbítrio judicial.

A seu turno, o critério da “ilegitimidade de margem penal excessivamente ampla” significa que o espaço interpretativo não pode ser muito extenso, mesmo que o aplicador da lei tenha efetivamente o poder de ajustar a lei ao caso concreto. Isto porque uma margem excessivamente ampla propicia, em tese, a incongruência valorativa do hermeneuta, visto que agressões a bens jurídicos distintos acabam sendo punidas de forma semelhante. Daí decorre a constatação de que uma excessiva ampliação da margem entre os limites mínimo e máximo da pena cominada oportuniza o desrespeito aos princípios basilares da igualdade e da segurança jurídica.

Por derradeiro, o critério da “relação de proporcionalidade entre a pena mínima e pena máxima” reclama uma quantificação racional da reprovabilidade da conduta que ofende um dado bem jurídico. Entre os referidos limites máximo e mínimo, deve-se buscar a individualização no estabelecimento da sanção penal, de molde a controlar o poder discricionário da magistratura penal.

Além dos critérios examinados, outros parâmetros podem ser elencados para nortear a aplicação do subprincípio da proporcionalidade estrita, tais como: o grau da ofensa ao bem jurídico protegido; a gravidade do ataque; o elemento subjetivo do desvalor da ação; a importância comunitária do bem jurídico-penal; a nocividade social do comportamento delitivo; o modo de execução do crime; e as formas de participação dos agentes na realização do delito.

Ante o exposto, pode-se afirmar que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito emana dos valores essenciais de um Estado Democrático de Direito, tutelando a dignidade dos cidadãos contra a arbitrariedade dos poderes públicos, ao erguer limites à criação e aplicação das sanções penais. As penas devem ser consentâneas com a gravidade dos comportamentos delitivos, de modo a realizar a finalidade da tutela penal com o menor sacrifício à esfera privada dos cidadãos. Isto porque não se revela legítima a ingerência do Direito Penal quando houver um desequilíbrio acentuado entre a pena a ser aplicada e a agressão praticada pelo criminoso. Esta proporcionalidade figura como elemento imprescindível para a materialização da idéia de justiça, já que a reação do Direito Penal, para ser legítima, deve ser proporcional à ação humana que viola o bem jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face de tudo quanto foi exposto, pode-se afirmar que:

a) a emergência do movimento pós-positivista permite a superação do reducionismo do fenômeno jurídico a um conjunto de regras legais, abrindo margem para o tratamento axiológico do direito e a utilização efetiva dos princípios gerais do direito como espécies normativas;

b) os princípios jurídicos apresentam morfologia e estrutura normativa diversas daquelas verificadas no exame das regras de direito, visto que as regras disciplinam uma situação jurídica determinada, em termos definitivos, enquanto as normas principiológicas expressam uma opção valorativa, sem regular situação jurídica específica, nem se reportar a uma circunstância particular;

c) os princípios jurídicos procuram realizar as funções supletiva, fundamentadora e hermenêutica, oferecendo, nesta última hipótese, os parâmetros para uma interpretação/aplicação do direito que, ao superar o modelo subsuntivo, revela-se mais legítima e compatível com os fatos sociais;

d) o formalismo positivista revela-se incapaz de responder às questões cada vez mais complexas do *ius puniendi*, visto que o ordenamento jurídico-penal não pode ser eficaz diante de um positivismo neutro e socialmente distante, que se destina à reprodução exata da linguagem legislativa;

e) o reconhecimento do caráter valorativo e teleológico do fenômeno jurídico evidencia a necessidade de identificar e racionalizar os princípios que justificam e orientam a interpretação e aplicação do Direito Penal;

f) a definição de Direito Penal deve, portanto, buscar congregar o aspecto normativo-formal das regras com o aspecto valorativo-material dos princípios, figurando este ramo como o conjunto de princípios e regras jurídicas que definem as condutas criminais, as penas a elas correspondentes e as condições para que tais penas sejam aplicáveis;

g) o Estado Democrático de Direito, marcado pela prevalência dos direitos e das garantias fundamentais, contempla vários princípios penais que se articulam e se complementam na tarefa de delimitar o poder punitivo estatal, constituindo um patamar axiológico e teleológico indeclinável, com amplos reflexo na compreensão do Direito Penal;

h) o princípio da proporcionalidade pode ser entendido como um mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental em situação de conflito, na medida do jurídico e faticamente possível, traduzindo um conteúdo que se reparte em três princípios parciais: a adequação, a exigibilidade e a proporcionalidade em sentido estrito;

i) a adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização da finalidade normativa, pelo que administração, o legislador e o julgador têm o dever de escolher um meio que simplesmente promova o fim;

j) a necessidade envolve duas etapas de investigação: o exame da igualdade de adequação dos meios, para verificação se os diversos meios promovem igualmente o fim; e o exame do meio menos restritivo, para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados;

l) a proporcionalidade em sentido estrito é examinada diante da comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais;

m) o princípio da proporcionalidade funciona como importante parâmetro para a atividade de sopesamento de valores, orientando a ponderação de princípios jurídicos eventualmente conflitantes, como alternativa hermenêutica para a colisão entre os direitos fundamentais dos cidadãos;

n) o Direito Penal, no Estado Democrático de Direito, encontra-se submetido às garantias decorrentes do princípio da legalidade, aliadas à necessidade de que os direitos fundamentais não sejam diminuídos senão frente à necessidade de preservação de outros direitos igualmente essenciais para o ser humano;

o) o princípio da proporcionalidade, no ordenamento jurídico-penal brasileiro, possibilita a construção de um sistema criminal condizente com os valores constitucionais e com a própria realidade social, objetivando aferir a adequação e a real necessidade da escolha da normatividade penal, a fim de que o meio escolhido pelo intérprete seja o menos oneroso para os direitos fundamentais dos cidadãos;

p) o princípio da proporcionalidade impõe limites e representa uma espécie de defesa dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, seja na escolha proporcional da pena, na escolha eficaz do tipo penal incriminador, na dosagem da pena no caso

concreto ou na opção entre os valores mais importantes em dado momento histórico-social;

q) o princípio da proporcionalidade administra os conflitos entre a segurança social e o interesse individual da liberdade, fazendo valer, após cotejo desses valores, aquele de maior peso, possuindo incidência tanto na criação como na aplicação da lei penal;

r) o princípio constitucional da proporcionalidade exige a delimitação de uma justa medida entre os meios restritivos de que dispõe o Estado e os fins logrados com a limitação da esfera privada do criminoso, porque a restrição dos direitos à liberdade, à dignidade, à vida ou à igualdade somente é legítima quando se revela indispensável para a tutela de bens fundamentais da coexistência social;

s) o princípio constitucional da proporcionalidade, no âmbito do Direito Penal, pode ser também desdobrado em subprincípios: adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito;

t) o princípio da adequação estabelece que o Direito Penal só pode intervir quando seja minimamente eficaz e idôneo para evitar o delito, devendo-se afastar sua intervenção quando se revele, na perspectiva da política criminal, inoperante, inadequado ou contraproducente na prevenção dos crimes;

u) o subprincípio da necessidade exige que o interesse protegido pela norma penal apresente relevância para poder justificar a restrição que, inevitavelmente, causará na esfera dos direitos fundamentais do indivíduo;

v) os *standards* da ofensividade e da intervenção mínima densificam e concretizam o subprincípio da necessidade, corolário da aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade no âmbito do sistema criminal;

x) o subprincípio da proporcionalidade *stricto sensu* implica numa relação de compatibilidade entre a gravidade do injusto e a gravidade da pena no momento legislativo, bem como, na esfera jurisdicional, estabelece que a aplicação da sanção penal seja proporcional à gravidade dos delitos cometidos, tendo em vista a observância dos seguintes critérios fundamentais: ilegitimidade de penas fixas; exigência de pena

mínima; exigência de pena máxima; ilegitimidade de margem penal excessivamente ampla; e relação de proporcionalidade entre a pena mínima e a pena máxima;

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: CEPC, 2002.

ANDRADE, Christiano José de. **O problema dos métodos da interpretação jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

ANDREUCCI, Ricardo Antunes. **Direito penal e criação judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direito fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Bauru: EDIPRO, 2004.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 7.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, v.1, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CABRAL, Juliana. **Os tipos de perigo e a pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2005

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

CORREA, Teresa Agudo. **El principio de proporcionalidad en derecho penal.** Madrid: Edersa, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio.** Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ed. Ariel, 1997.

_____. **O império do direito.** Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio.** Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ENTERRÍA, Eduardo García. **Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho.** Madrid: Editorial Civital, 1986.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceitos de princípios constitucionais - elementos para uma dogmática constitucionalmente adequada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

GOMES, Luiz Flávio. **O princípio da ofensividade no direito penal.** São Paulo: RT, 2002.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal.** São Paulo: RT, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito.** São Paulo: Malheiros, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1997.

_____. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão. **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição.** São Paulo: Malheiros, 2003.

KAFKA, Franz. **Na colônia penal.** Trad. Modesto Carone. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal.** 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

LIBERATI, Wilson Donizete et al. **Direito penal e constituição.** São Paulo: Malheiros, 2000.

LUIZI, Luis. **Os princípios constitucionais penais.** 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MACHADO NETO, Antônio Luís. **Dois estudos de eidética sociológica.** Bahia: Universidade Federal da Bahia, 1975.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Hermenêutica penal – algumas questões e princípios de interpretação.** **Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA.** Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, n. 7, jan./dez., 1999.

NINO, Carlos, Santiago. **Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica (com referencia particular a la dogmática penal).** México: UNAM, 1974.

PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica: uma crença intersubjetiva na busca da melhor leitura possível.** In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Hermenêutica plural.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito.** Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Lógica jurídica: nova retórica.** Tradução: Verginia Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e constituição.** São Paulo: RT 1997.

_____. **Curso de direito penal brasileiro.** 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** São Paulo: Saraiva, 1996.

ROBERTI, Maura. **A intervenção Mínima como princípio no Direito Penal Brasileiro.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.

SALDANHA, Nelson. **Ordem e hermenêutica.** Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Fundamentos constitucionais da exclusão da tipicidade penal.** **Revista brasileira de ciências criminais.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano 11, nº. 45, outubro/dezembro, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.** Madrid: Cuadernos Civitas, 1999.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela penal dos interesses difusos.** São Paulo: Atlas, 2000.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VALDÉS, Joaquín Arce y Flórez. **Los principios generales del derecho y su formulación constitucional.** Madrid: Editorial Civitas, 1990.

YACOBUCCI, Guillermo. **El sentido de los principios penales su naturaleza y funciones en la argumentación penal.** Buenos Aires: Depalma, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal.** 2ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2003.