

## O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: A DIFÍCIL TAREFA DE TORNAR APLICÁVEIS SEUS FUNDAMENTOS NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

## THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY: A DIFFICULT TASK OF MAKING APPLICABLE LAW IN YOUR BACKGROUND HOMELAND

<sup>1</sup>DA LUZ, N.V.P; PINTO, C. H.R; TAVARES, M.C, <sup>2</sup>VALVERDE, D. L. A.

<sup>1</sup>Faculdades Integradas de Ourinhos-FIO/FEMM

### RESUMO

Pretende-se, com este artigo, esclarecer e determinar grandes incoerências presentes no Código Penal brasileiro, no que tange ao princípio da proporcionalidade e à sua aplicabilidade, bem como definir as consequências negativas advindas das penas desiguais. Proposto de modo incipiente na Alemanha, o princípio da proporcionalidade surge na transição do Estado Absolutista para o Estado Liberal e, contido indiretamente na Constituição Federal de 1988 do Brasil, opera entre outros princípios que norteiam a Lei Maior, como guardião dos direitos fundamentais. A questão central da qual trata este estudo, é o fato de que, apesar do princípio em tela atuar largamente em legislações, doutrinas e jurisprudências, há uma desproporcionalidade gritante no momento da aplicação da pena em relação ao crime. Acredita-se que a proporcionalidade não é introduzida no código de modo correto, devido a certa apatia demonstrada pelo legislador, quando leis injustas e incoerentes são sancionadas. Desse modo, além de ferir um princípio pelo qual preza a Carta Magna, as necessidades individuais não são respeitadas.

**Palavras-chave:** Constituição Federal; Equidade; Penas Desproporcionais; Princípio da Proporcionalidade.

### ABSTRACT

It is intended with this article, clarify and determine major inconsistencies present in the Brazilian Penal Code, in relation to the principle of proportionality and its applicability, as well as set the negative consequences arising from unequal penalties. Proposed so incipient in Germany, the principle of proportionality arises in the transition state for the Absolutist State Liberal and indirectly contained in the 1988 Federal Constitution of Brazil, operates among other principles that guide the Higher Law, as the guardian of fundamental rights. The central question of this study which deals with, is the fact that, despite the principle in screen acting largely on laws, doctrines, and jurisprudence, there is a glaring disproportionality at the time of imposition of the penalty in relation to crime. It is believed that proportionality is not introduced into the code correctly, due to the apathy shown by the legislature when laws are unjust and inconsistent sanctioned. Thus, besides violating a principle by which the Constitution cherishes, individual needs are not being met.

**Keywords:** disproportionate punishment, fairness, Federal Constitution, principle of proportionality.

## 1. INTRODUÇÃO

O princípio da proporcionalidade, imprescindível instrumento utilizado no ordenamento jurídico brasileiro, tem sua fonte no direito alemão acompanhado pela filosofia iluminista, e tem como objetivo a ponderação das penas e o controle das ações do Estado. Tal princípio norteia a Constituição Federal de 1988 e, desse modo, aparece indiretamente em diversos pontos da Lei Maior. É, porém, questionável seu uso correto na legislação pátria, pois, comparando alguns crimes e suas respectivas penas, existem disparidades que tornam incoerentes e injustas as sanções determinadas.

A desproporcionalidade das sanções é nociva à aplicação da lei. Delitos mais leves são penalizados excessivamente, enquanto crimes que atentam contra a vida são tratados como algo comum e sem importância.

Alberto Silva Franco, argumentando sobre o princípio em questão, assevera:

O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais [...] que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. (FRANCO, 2007, p.67)

Assim, o trabalho que se segue tratará de forma precisa sobre o princípio da proporcionalidade, destacando sua origem, a proteção dada aos direitos fundamentais, seus subprincípios e as disparidades decorrentes da má aplicação desse princípio.

## **O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: ORIGEM**

Os homens, em seu estado de natureza, viviam num contínuo estado de guerra de todos contra todos, tornando-se necessárias leis que regessem o grupo e estabelecessem a ordem. Nesse sentido, nasce a figura do soberano - de acordo com os filósofos contratualistas, houve um acordo entre os membros da horda, pelo qual reconheciam a autoridade do ordenamento jurídico, político e do governante - que se preocupava com a administração do povo, porém estava legalmente incondicionado nos seus mandos e vontades. Assim, a população sofria com os abusos do Estado que não respeitava suas liberdades. Foi preciso a passagem do Estado absolutista para o Estado Liberal, mais individualista, no qual as leis regiam o povo como também limitava as ações do governante.

O Princípio da proporcionalidade surge nesse novo contexto, aprimorando o Direito Penal, quando propõe os meios que deveriam ser utilizados para atingir os fins desejados. As punições vêm para tutelar bens sob a guarda do Direito Penal e, para isso, há a necessidade de que os indivíduos privem parte de sua liberdade a fim de que seus direitos fundamentais sejam resguardados de ofensividades e temores.

A escritora Mariângela Gama de Magalhães Gomes vê no Iluminismo (século XVIII) a semente do princípio da proporcionalidade lançada:

[...] no entanto, o conceito de proporcionalidade como um princípio jurídico, com índole constitucional, apto a nortear a atividade legislativa em matéria penal, vem sendo desenvolvido, ainda hoje, a partir dos impulsos propiciados, principalmente pelas obras iluministas do século XVIII, e, posteriormente pela doutrina do direito administrativo. (GOMES, 2003, p. 40 - 41)

A irrazoabilidade, as contradições e as ambiguidades levaram o povo a clamar por um sistema mais equilibrado e ponderado, obrigando o Estado a abster-se da desproporcionalidade em seus métodos. O descontentamento com os abusos do velho regime era perceptível nas palavras de Cesare Beccaria, em seu livro “Dos Delitos e das Penas”:

[...] A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará, sempre, impressão mais forte do que o vago temor de terrível suplício, em torno do qual se oferece a esperança da impunidade, [...] Estão as leis e os costumes de cada povo sempre em atraso em relação às suas luzes. Conservamos, ainda, a barbárie e as idéias ferozes dos caçadores do norte, nossos selvagens antepassados. Somos ainda dominados pelos prejuízos bárbaros que esses antepassados nos legaram. [...] (BECCARIA, 2000, p. 15)

O princípio da proporcionalidade, de acordo com o escritor Cezar Roberto Bitencourt, trata-se de “uma consagração do Constitucionalismo Moderno”. Cesare Beccaria, ainda em sua obra já citada nesse trabalho, exaltava que o magistrado deve utilizar-se de um “silogismo perfeito” de forma que anule a obscuridade das leis, ausentando qualquer ato tirânico e arbitrário para que as pessoas não se sintam apenas subalternos alojados sob a tirania de um usurpador.

Incorporado de forma esparsa ao Direito brasileiro, o princípio da proporcionalidade - inicialmente proposto na Alemanha - além de ser um dos mais importantes princípios que norteiam a Constituição Federal de 1988, tem sido utilizado largamente em jurisprudências e doutrinas pátrias. É, porém, questionável sua efetivação, uma vez que se encontram demasiados exageros, variados sentidos e algumas “desproporcionalidades” em certas penas, fato que será explorado posteriormente por esse trabalho.

## **ELEMENTOS QUE COMPÕEM O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

O princípio da proporcionalidade é composto por três subprincípios que o regem e dão mais coerência às penas. O subprincípio da adequação diz que o ato tomado deve ser efetivamente capaz de alcançar os fins pretendidos; o subprincípio da necessidade preza pelos direitos individuais, ou seja, o ato deve ser o menos restritivo possível em relação aos direitos do indivíduo; e, por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito versa sobre a proporção adequada que deve existir entre os meios utilizados e os fins almejados. Em outras palavras, não é somente o excesso das penas que é coibido, mas também a sua insuficiência.

Desse modo, a gravidade da sanção deve estar em equidade à gravidade da ação praticada. Comentando o princípio da proporcionalidade, o escritor Humberto Bergmann Ávila assevera:

[...] O exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma *medida concreta* destinada a realizar uma *finalidade*. Nesse caso, devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame da adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito) (ÁVILA, 2005, p. 113)

Na falta da relação meio-fim não é possível concretizar o princípio da proporcionalidade, pois, nesse caso, faltam os elementos que o estruturam. Assim sendo, se os meios são indefinidos e os fins indeterminados, o princípio da proporcionalidade perde sua força de controle sobre os atos do Poder Público.

## **O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO GUARDIÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

O princípio da proporcionalidade surgiu com o objetivo de evitar ações autoritárias por parte dos governantes e como sendo uma espécie de obstáculo aos desmandos que deixavam marginalizados os interesses da maioria - houve a delimitação dos poderes dos soberanos como também a expansão de leis mais justas e coerentes. Assim, as penas decorrentes dos crimes devem ser, nas palavras do Professor Fernando Capez, “uma relação de custo-benefício”, ou seja, as punições estabelecidas têm por obrigação compensar a coletividade, sendo impedidas de gerar mais ônus e limitação do que benefícios.

No Brasil, foi formulado um pacote de direitos fundamentais presentes na Constituição Federal de 1988, como o direito à vida, à propriedade, à igualdade, dentre outros. Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade trabalha conjuntamente aos demais princípios que norteiam a Carta Magna, para que esses direitos fundamentais não sejam desrespeitados e para que haja a harmonização de interesses.

## **DISPARIDADES QUANTO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

A finalidade maior do princípio em tela é a busca por uma moderação de poder do Estado em relação aos bens jurídicos, culminada pela nova filosofia pós 1988 onde a Constituição pátria fora reformada, ou seja, uma mudança tardia que ainda não se consolidou. A preocupação maior, entretanto, é face à ponderação da ofensa ao bem jurídico.

Há uma utópica relação de igualdade entre os indivíduos perante o Art. 5º da Constituição Federal, baseando-se nas disparidades cometidas pelo legislador, tornando a desproporcionalidade da política criminal brasileira latente.

A realidade jurídico-penal não se faz coerente com as garantias expressas na Carta Magna, entre outros fatos, alguns exemplos servirão de base para mostrar com maior afinco as divergências entre tais “garantias” no momento da aplicação das penas.

É sabido por todos que uma conduta dolosa é muito mais grave que a culposa, porém, como aceitar uma falta de equiparidade quando o Código Penal

define que lesão corporal culposa cometida na direção de veículo automotor seja punida com detenção de seis meses a dois anos, enquanto para lesão corporal dolosa a pena é de três meses a um ano?

E o que dizer sobre a disparidade existente entre a cominação derivada do furto qualificado (art.155, § 4º do Código Penal) com a sanção determinada para crimes de lesões corporais gravíssimas (art.129, § 2º do Código Penal)? Os dois crimes citados acima possuem a mesma penalidade: de dois a oito anos de reclusão. Desse modo, se um indivíduo rouba um patrimônio terá ele a mesma pena do indivíduo que lesionou outrem, deixando sequelas irrecuperáveis. Diante desse fato, que deixa em igualdade o patrimônio e a pessoa, fica clara a banalização da integridade física do ente e a supervalorização dos bens.

Não é possível entender, também, o conflito entre o Código Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, quando se observa a cominação da pena de dois a oito anos ao crime de tortura (Lei Nº 9.455, de sete de abril de 1997), enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 223, determina pena inicial de um ano ao agente que comete tortura à criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O princípio da proporcionalidade, em relevante parte, não é aplicado para sua finalidade maior. Há lacunas que deixam esvair o que mais se espera desse princípio: a proporcionalidade quanto a sua efetiva utilização e aplicação corretas. Desse modo e, diante de tantos obstáculos, o legislador deve agir de maneira que vise ao princípio em tela. O professor Rogério Greco já dizia:

Sabemos que a tarefa não é fácil, pois que, em virtude do grande número de infrações penais existentes em nosso ordenamento jurídico penal, cada vez fica mais complicado o princípio da proporcionalidade. (GRECO, 2007, p.78)

Não é possível aceitar em um Estado de Direito - tão almejado no decorrer do tempo - penas que vão além da gravidade dos fatos, ou quando a legislação não resguarda o interesse público de acordo com as necessidades individuais.

É preciso, portanto, que as penas sejam sempre proporcionais ao fato e também à nocividade social. A pena deve estar sempre de acordo com a gravidade,

para que assim o Brasil viva de fato um Estado Democrático de Direito com as garantias individuais alcançadas.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2000.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. V. 1, Parte Geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. V. 1, Parte Geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.