

# O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL E SUA INFLUÊNCIA NA ELABORAÇÃO DOS TIPOS PENAIS.<sup>1</sup>

Rodrigo Ferreira Costa<sup>2</sup>

Ulysses Dias<sup>3</sup>

Maria do Socorro de Almeida Carvalho<sup>4</sup>

SUMÁRIO: Introdução; 1 Princípio da proporcionalidade; 1.1 O uso do princípio da proporcionalidade na elaboração dos tipos penais; 1.2 A eficiência do princípio da proporcionalidade no Direito Penal; 2 A função limitadora do princípio da proporcionalidade; 2.1 Aspectos que o legislador tem que observar antes de criar um novo tipo penal; 2.2 Outros princípios necessários para a criação dos tipos penais; 3 A importância do princípio da proporcionalidade; 3.1 As consequências do desrespeito ao princípio da proporcionalidade; Conclusão

## RESUMO

O Presente trabalho teve por objetivo analisar de que forma o princípio da proporcionalidade é utilizado na elaboração dos tipos penais, já que este serve de parâmetro para que não para proteger os indivíduos das possíveis arbitrariedades estatais. Apesar de não encontrar previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da proporcionalidade está implícito em diversos artigos do nosso texto magno sendo fundamental no Estado de direito. Com base em diversos doutrinadores foi feito um estudo de como esse princípio é utilizado na prática, para isso nos utilizamos de alguns casos concretos retirados do Código Penal, com o objetivo de observar se o princípio da proporcionalidade está sendo utilizado de forma precípua. Também foram abordados neste trabalho outros princípios cuja observância se faz necessária antes da elaboração de um novo tipo penal, a importância do princípio da proporcionalidade bem como as consequências para o desrespeito a esse princípio.

Palavras-chave: O princípio da proporcionalidade no direito penal. Elaboração dos tipos penais e das penas. Limitações ao poder estatal.

---

<sup>1</sup> 2º check do Paper apresentado à disciplina Teoria do Direito Penal, da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB.

<sup>2</sup> Aluno do 3º Período, do Curso de Direito, da UNDB.

<sup>3</sup> Aluno do 3º Período, do Curso de Direito, da UNDB.

<sup>4</sup> Professora, orientadora.

## 1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

O princípio da proporcionalidade segundo a doutrina alemã é formado por outros três subprincípios, são eles “adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.” (COSTA, ). No que diz respeito a importância de cada um desses subprincípios Gilmar Mendes firma.

O pressuposto da adequação (Geeignetheit) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da necessidade ou da exigibilidade (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado." (MENDES apud COSTA).

A proporcionalidade está relacionada apenas com o necessário para garantir que os bens jurídicos sejam protegidos, nessa perspectiva os excessos devem ser eliminados, como exposto acima os três subprincípios buscam garantir que o adequado esteja acima do necessário, já que o primeiro sempre estará de acordo com o princípio da proporcionalidade e o segundo nem sempre estará de acordo, pois não faltam exemplos no nosso ordenamento jurídico de casos em que o necessário desrespeitou o adequado.

### 1.1 O USO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA ELABORAÇÃO DOS TIPOS PENAS E DAS PENAS.

Na elaboração do tipo penal o legislador tem que levar em consideração diversos aspectos, já que a tipificação de uma conduta como criminosa segundo Fernando Capez (2006, p 20) “impõe um ônus à sociedade, decorrente da ameaça de punição que passa a pairar sobre todos os cidadãos”, deste mecanismo decorre a importância do princípio da proporcionalidade no direito penal, pois com base nele apenas as condutas cujo ônus seja menor que o benefício devem ser tipificadas como sendo crime, nesse sentido o ônus recai

diretamente sob a sociedade, pois está terá um cerceamento de sua liberdade. Segundo Capez (2006, p 21)

Somente se pode falar na tipificação de um comportamento humano, na medida em que isto se revele vantajoso em uma relação de custos e benefícios sociais. Em outras palavras com a transformação de uma conduta em infração penal impõe-se a toda coletividade uma limitação a qual precisa ser compensada por uma efetiva vantagem: ter um relevante interesse tutelado penalmente.

O legislador tem que primar pela razoabilidade na elaboração da lei, deve haver a coerência entre os bens jurídicos que serão protegidos e as restrições à liberdade dos indivíduos, bem como proporcionalidade entre as penas estipuladas para o desrespeito as estas normas e o grau de valoração que a social destinado a esse bem, ainda no que diz respeito à elaboração das penas, outro aspecto que deve ser observado pelo legislador é o grau de lesividade sofrido pelo bem jurídico, penas menores para lesões menos graves, penas maiores para lesões mais graves. Nessa perspectiva afirma Chagas (2009).

A lei há de ser razoável, deve haver um mínimo de discernimento na sua elaboração, perfazendo-se necessário a utilização do princípio da proporcionalidade para que o legislador, ao cumprir seu papel constitucional, determine abstratamente quais os bens e sob qual forma de agressão e medida devem ser tutelados pelo direito penal.

O papel do legislador é elaborar normas gerais e abstratas para garantir a ordem e o convívio social entre os membros de uma sociedade, esse papel como exposto acima é garantido constitucionalmente, no entanto no direito penal não deve ele cometer excessos, se preocupando e tutelando bens cuja proteção de outro ramo do direito seja suficiente para garantir a segurança do bem.

## 1.2 A EFICIÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL.

O princípio da proporcionalidade decorre do Estado democrático de direito, e estabelece limites ao Estado, no sentido de proteger os indivíduos das possíveis arbitrariedades estatais. No direito penal esse princípio encontra assento na dignidade da pessoa humana, pois não permite a elaboração de algumas penas que firam esse princípio. Existem diversos casos no ordenamento jurídico brasileiro em que se percebe o desrespeito ao princípio da proporcionalidade, pois o legislador estipulou penas desproporcionais à gravidade dos crimes e estabeleceu penas mais graves para crimes de menor gravidade e penas mais brandas para crimes mais graves, como exemplo dessa desproporcionalidade cabe citar a análise feita por Chagas (2009).

A lesão corporal culposa na direção de veículo automotor comparada a lesão corporal culposa e dolosa, tipificada no art. 303 da Lei 9.503/97, art. 129, §6º do CP

e seu caput, respectivamente, ensejam flagrante desrespeito ao princípio da proporcionalidade. Como aceitar que a lesão corporal culposa cometida na direção de veículo automotor seja punida com detenção de 6 meses a dois anos, enquanto o Código Penal estabelece, no art. 129, § 6º, a pena de detenção de 2 meses a 1 ano para a lesão corporal culposa, e mais, prevê ainda para o crime de lesão corporal em sua forma dolosa a pena de 3 meses a 1 ano de detenção? É patente o desrespeito ao princípio em tela haja vista que uma conduta dolosa há de ser muito mais grave que uma culposa.

Com base no exposto acima se percebe a desproporcionalidade entre as penas estipuladas para os crimes mencionados, já que uma conduta dolosa foi tratada de forma menos grave que uma conduta culposa. Assim como existem casos em que o princípio da desproporcionalidade não foi utilizado da maneira correta, existem outros em que esse princípio foi utilizado de forma precípua, como exemplo podemos citar o crime de lesão corporal cujo teor está explícito no art. 129 CP “ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano”(CP) esse crime também é previsto na forma culposa art. 129 CP § 6 “ se a lesão é culposa: Pena – detenção de 2 (dois) meses a 1 (um) ano” (CP). O legislador estipulou penas diferentes e proporcionais para os dois crimes, punindo com mais rigor a conduta mais grave, e com menos rigor a menos grave. Portanto a atuação do princípio da proporcionalidade é fundamental para que não haja arbitrariedade na elaboração dos tipos penais e na estipulação das penas para cada crime.

## 2 A FUNÇÃO LIMITADORA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

Princípios limitadores são tidos como princípios que buscam a amenização do direito penal e suas sanções impondo limite à intervenção estatal nas liberdades individuais, muitos desses princípios passando a integrar os Códigos Penais, e por fim sendo transpostos via constituição garantindo o máximo respeito aos direitos fundamentais do cidadão. Hoje possuindo a mesma função podemos chamar tais princípios de reguladores do controle penal, sendo que estes princípios fundamentais garantem aos cidadãos a segurança primordial perante “o poder punitivo estatal”, que sem sua devida limitação pode vir a se fazer autoritário. (BITENCOURT, 2012, p.47-48).

A adoção do princípio da proporcionalidade possui a finalidade de dispor um limite para as ações estatais, judiciário, porém não somente, este possui também o fim de restringir a elaboração de tipos penais pelos legisladores estabelecendo certos limites que se fazem de suma importância no momento da definição das leis: Princípios da: Proporcionalidade, Legalidade, intervenção mínima, adequação social, insignificância, ofensividade, humanidade, estes se fazem necessários na formação, criação dos tipos penais.

## 2.1 ASPECTOS QUE O LEGISLADOR TEM QUE OBSERVAR ANTES DE CRIAR UM NOVO TIPO PENAL.

No momento de tipificação dos tipos penais os legisladores necessitam observar os princípios e distinguem os tipos penais que necessitam ser criados e os que não podem ser tidos como crime e sancionados, como se faz presente no princípio da proporcionalidade, que trata da necessidade, segundo Hassemer, de “um juízo de ponderação entre a carga ‘coativa’ da pena e o fim perseguido pela cominação”, ou seja, para que se haja a tipificação há a necessidade de se analisar primeiramente o “crime” em questão e posteriormente estabelecer uma sanção, porém esta devida e proporcional, Como presente no Art. 15 da Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “A lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito” (provando que este princípio se perpetuando a tempo). Posteriormente, o princípio da proporcionalidade foi recepcionado pela constituição de 1988 e se faz implícito em diversos dispositivos, como: individualização da pena (art. 5º XLVI), proibição de determinadas modalidades de sanções penais (art. 5º, XLVII), aprovação de maiores penas a infrações mais lesivas (art.5º, XLII, XLII e XXLIV).

## 2.2 OUTROS PRINCÍPIOS NECESSÁRIOS PARA A CRIAÇÃO DOS TIPOS PENAIIS.

Além do princípio da proporcionalidade existem outros que impõem limites a criação dos tipos penais dentre eles podem ser nomeados: Intervenção mínima, adequação social, ofensividade, humanidade, sempre sendo observados no momento em que os legisladores se põem a delimitar novos tipos penais.

O Princípio da intervenção mínima também conhecido como *ultimo ratio*, contempla a possibilidade de criação de tipos penais tirânicos e atribuição de penas humilhantes e cruéis, assim estabelecendo o limite a criação de tipos penais de ilícitos que constituírem meio necessários para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes, sendo necessária a inexpressiva ação dos demais outros meios de controle social que possuam o poder a conter tais ilícitos, exemplificado por Bitencourt, em “Tratado de direito penal: parte geral”, como no caso de um ilícito que possa ser contida por uma mediada civis ou administrativa, são essas as que devem ser aplicadas e não criação, ou aplicação de uma lei penal. Referindo-se ao princípio da ofensividade: “Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido”. Dessa forma só se justifica uma relevante expressão penal no momento em que houver uma efetiva interferência no bem jurídico que se faz socialmente relevante, dessa forma,

segundo Bitencourt, se faz inconstitucional o momento em que se buscando um “crime de perigo abstrato” delimitar-se um tipo penal, somente acolhendo uma inflação de perigo no momento em que esta se faz uma efetiva lesão a um bem jurídico determinado.

Sendo assim este possui a finalidade de dispor limite aos legisladores que só poderão tipificar crimes que contemplem uma conduta que contenha verdadeiro conteúdo agravante a um bem jurídico “socialmente relevante” como presente no princípio da Adequação social que dispõem limites as condutas que poder vir a se tornar tipos penais, este princípio afirma que apenas condutas que se façam reprováveis pela sociedade podem ser consideradas crime, evitando a banalização do direito penal, visto que uma conduta aceita pela sociedade ou se tornou costume da mesma ao se tornar ilegal não será tido como ilegal pela sociedade, esta passando a conviver com este ilícito sem que seja tido como ilícito, a tal lei, norma entrando em desuso.

## 2 A IMPORTANCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade decorre do Estado de direito sua finalidade assenta na limitação ao poder estatal de punição, ele está diretamente relacionado com os direitos fundamentais, pois é responsável por garantir o equilíbrio entre o cerceamento dos direitos e o benefício advindo dessa restrição.

O princípio da proporcionalidade é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem, quanto os que padecem o poder. Tal princípio tem como seu principal campo de atuação o âmbito dos direitos fundamentais, enquanto critério valorativo constitucional determinante das restrições que podem ser impostas na esfera individual dos cidadãos pelo Estado, e para consecução dos seus fins. Em outras palavras, impõe a proteção do indivíduo contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas, que causem danos ao cidadão maiores que o indispensável para a proteção dos interesses públicos. (RABELO, 2009)

As conseqüências das penas restritivas de liberdade são muito severas, sem falar da estigmatização que acompanhará o indivíduo pelo resto da vida, as prisões são consideradas depósitos de seres humanos, estes permanecem em um ambiente de insalubridade em péssimas condições, outra característica é fato de que as nossas prisões são verdadeiras fábricas de criminosos. Por isso a necessidade do legislador de fazer uma ponderação para saber quais bens necessitam ser protegidos pelo direito penal, nessa perspectiva este tem que proteger apenas os bens cuja grande valoração por parte da sociedade praticamente impõe a ele que a matéria seja tratada pelo direito penal para garantir que ordem na sociedade ex: art. 121 CP “matar alguém – Pena reclusão de 6 (meses) a 20

(anos), seria inconcebível que o legislador tratasse desta matéria com outro ramo do direito, pois a importância que a sociedade dá ao bem jurídico vida praticamente o obrigou a tratar dessa questão com o direito penal. Nessa perspectiva pode se dizer que houve um equilíbrio entre a restrição que a sociedade sofreu e benefício advindo da proteção ao bem jurídico, isto é, na relação custo benefício, este foi maior que aquele.

O princípio da proporcionalidade não é encontrado de forma expressa na constituição, e sobre sua importância cabe ressaltar

O princípio da proporcionalidade desempenha importante função dentro do sistema penal, uma vez que orienta a construção dos tipos incriminadores por meio de uma criteriosa seleção daquelas condutas que possuem *dignidade penal*, bem como fundamenta a diferenciação nos tratamentos penais dispensados às diversas modalidades delitivas. Além disso, estabelece limites à atividade do legislador penal e, também, do intérprete, posto que estabelece até que ponto é legítima a intervenção do Estado na liberdade individual dos cidadãos.(GOMES apud RABELO,2009).

Para que um tipo penal tenha legitimidade, fundamental deve ser proporção que deve haver na relação custo benefício para a sociedade.

Ocorre, porém, que o princípio da proporcionalidade, enquanto princípio constitucional, somente se compreende em seu conteúdo e alcance se considerarmos o advento histórico de duas concepções de estado de direito: uma, em declínio, ou de todo ultrapassada, que se vincula doutrinariamente ao princípio da legalidade, com apogeu no direito positivo da constituição de Weimar; outra, em ascensão, atada ao princípio da constitucionalidade, que deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica”. Dessa forma a inobservância ao princípio da proporcionalidade seria a maior das inconstitucionalidades, sendo que não há ordem constitucional, sem limites prévios que contenha os legisladores no momento de criação de leis e tipos penais (perpetuando a desordem e o autoritarismo), não havendo democracia, e logo a perda do estado de direito (AlgoSobre.com.br, Carlos Affonso Souza e Patrícia Regina P. Sampaio). Havendo a necessidade deste princípio se fazer positivo e garantindo o respeito aos direitos fundamentais, postos nos autos no artigo 5º, §2, CR/88, sendo tido por Paulo Bonavides por um “abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável da unidade da Constituição.

## BIBLIOGRAFIA

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

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva 2007.

CHAGAS, José Ricardo. As penas no ordenamento jurídico brasileiro à luz do princípio da proporcionalidade. **Direitonet**. 29/09/2009. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5224/As-penas-no-ordenamento-juridico-brasileiro-a-luz-do-principio-da-proporcionalidade>>. acesso em: 02/03/2013.

COSTA, Alexandre Araújo. Definição so princípio da proporcionalidade. **Arcos**. Disponível em: <[http://www.arcos.org.br/livros/o-controle-da-razoabilidade-no-direito-comparado/capitulo-iii/a-definicao-do-principio-da-proporcionalidade#\\_ftnref3](http://www.arcos.org.br/livros/o-controle-da-razoabilidade-no-direito-comparado/capitulo-iii/a-definicao-do-principio-da-proporcionalidade#_ftnref3)> acesso em 25/04/2013.

MARTHA RABELO, Grazielle. O princípio da proporcionalidade no Direito Penal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 71, dez 2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6990](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6990)>. Acesso em 20/04/ 2013.