

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP

Virgínia de Oliveira Rosa Dobrianskyj

O Princípio da Proporcionalidade como Critério de Aplicação da Pena

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2009

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP

Virgínia de Oliveira Rosa Dobrianskyj

O Princípio da Proporcionalidade como Critério de Aplicação da Pena

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais (área de concentração Direito Penal), sob a orientação do Prof. Doutor Oswaldo Henrique Duek Marques.

SÃO PAULO

2009

Banca Examinadora

---

---

---

## Agradecimentos,

Agradeço, em primeiro lugar e principalmente a Deus que me deu saúde, disposição e alegria para poder enfrentar essa empreitada de quase quatro anos de viagens semanais entre Goiânia e São Paulo, desde a realização dos créditos até a conclusão deste trabalho dissertativo.

Agradeço aos meus pais, José Bosco e Maria Vilma, e ao meu irmão Marcelo, que desde a infância sempre me incentivaram e fizeram de tudo para me possibilitar o acesso ao ensino superior e, agora, nesta nova etapa, com mais orgulho e satisfação, para a obtenção do grau de mestre.

Agradeço ao meu esposo Aleksander, pela compreensão, companheirismo e entusiasmo na busca constante da minha qualificação. Aos meus filhos Aleksander Filho, João Pedro e Sofia, pelos dias de ausência e sacrifício, que com certeza, no futuro, entenderão os motivos.

Agradeço aos meus professores; Dr. Cláudio DeCicco, Dr. Luiz Alberto David de Araújo, Dr. Marcelo de Souza Aguiar, Dr. Marco Antônio Marques da Silva, pelos dias de convivência e ensinamento. Agradeço em especial, ao Dr. Oswaldo Henrique Duek Marques, que além da convivência em sala de aula, como meu professor, sempre esteve dedicado e paciente, como orientador, repassando-me o conhecimento e a experiência necessários para a conclusão desta jornada.

Agradeço à Diretora Geral da Faculdade Sul-Americana de Goiânia, Dr<sup>a</sup> Milena Silveira Saraiva Maldonado e ao Dr. Ari Ferreira de Queiroz, que possibilitaram a minha ausência na instituição onde trabalhei como Coordenadora Adjunta do Curso de Direito.

Agradeço à colega de trabalho, prof<sup>a</sup> Ms. Ana Kelly Ferreira Souto, pelos debates, trocas de experiência, e pelo empréstimo de seus livros de filosofia.

Agradeço à Domingas, minha funcionária do lar, que sempre esteve presente, ajudando nas tarefas domésticas, durante a minha ausência, e ao motorista de táxi, Sr. Osvaldo, que conduziu meus filhos à escola, durante meses, enquanto estava em São Paulo.

Enfim, agradeço a todas as pessoas que direta ou indiretamente contribuíram para a conclusão deste trabalho, pois, sem elas isso não teria acontecido.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I – O princípio da Proporcionalidade	
1.1 O conceito de princípio constitucional .....	13
1.2 A distinção entre princípios, normas e regras.....	18
1.3 O princípio da isonomia .....	23
1.4 Conceito de princípio da proporcionalidade.....	25
1.5 Origem do princípio da proporcionalidade.....	28
1.6 Elementos do princípio da proporcionalidade .....	31
1.6.1 Adequação .....	32
1.6.2 Necessidade .....	34
1.6.3 Proporcionalidade em sentido estrito .....	36
1.7 Previsão constitucional e fundamentação do princípio da proporcionalidade em matéria penal.....	38
1.8 Proporcionalidade e razoabilidade na doutrina e na jurisprudência .....	41
CAPÍTULO II – A Pena e o Direito Penal	
2.1 A missão do direito penal .....	44
2.2 A origem da pena.....	50
2.3 O conceito de pena .....	54
2.4 Sentido e limite das penas .....	56
2.5 Os movimentos ideológicos .....	64
2.5.1 Abolicionismo .....	64
2.5.2 Movimentos de lei e ordem .....	66
2.5.3 Direito penal mínimo.....	67
2.6 A lei penal.....	68
CAPÍTULO III – A Proporcionalidade na Aplicação da Pena	
3.1 A justiça.....	74
3.2 A proporcionalidade da pena e suas fases .....	77
3.2.1 A individualização legal .....	79

3.2.2 A individualização judicial.....	86
3.2.2.1 As fases da individualização judicial.....	92
3.2.2.1.1 Circunstâncias judiciais.....	94
3.2.2.1.2 Circunstâncias atenuantes e agravantes.....	105
3.2.2.1.3 Causas de diminuição e aumento de pena.....	109
3.2.3 A individualização da execução da pena.....	113
3.2.3.1 O sistema penitenciário brasileiro.....	116
CONCLUSÕES.....	121
BIBLIOGRAFIA.....	124

Virgínia de Oliveira Rosa Dobrianskyj

O Princípio da Proporcionalidade como Critério de Aplicação da Pena

## RESUMO

O Direito Penal brasileiro tem sofrido uma série de alterações em sua estrutura, principalmente no que diz respeito ao critério de previsão e modelo de aplicação das penas pelos crimes cometidos. A grande dificuldade, objeto do presente estudo, é justamente a materialização de um sistema penal que compreenda a aplicação da lei penal e a proteção às garantias individuais, através dos objetivos de um Estado Democrático de Direito que vislumbre no princípio da proporcionalidade o critério de previsão e aplicação da pena pelos legisladores e juízes, pois o que se vê a cada dia são leis publicadas atendendo aos clamores da sociedade. O direito penal tem a finalidade de resolver os conflitos surgidos, entre os indivíduos e a sociedade, na busca da tranqüilidade e segurança jurídica, através da mínima intervenção dos poderes públicos sobre a liberdade dos cidadãos. Sendo assim, deverá ser utilizado apenas como *ultima ratio*, quando outros ramos do ordenamento jurídico não forem suficientes para a solução dos conflitos surgidos na sociedade. Para tanto, deverão ser considerados bens jurídicos merecedores de tutela penal apenas e tão somente aquela categoria de bens de relevo constitucional dotados de dignidade penal. Diante da inflação legislativa penal dos últimos anos, fica claro que falta ao legislador brasileiro parâmetros mínimos para ordenar a sua atividade legislativa no momento de elaboração da norma penal incriminadora, que muitas vezes demonstra-se desproporcional ao próprio ordenamento jurídico. E o juiz nada poderá fazer para alterar a estrutura legislativa ficando apenas limitado em aplicar a pena diante dos parâmetros indicados no texto da lei. Assim, o problema do direito penal não está ligado a sua intervenção propriamente dita, mas à maneira como deve ser feita, ou seja, na forma como será realizada essa intervenção na esfera de liberdade dos indivíduos, não discricionariamente, mas proporcional à violação do bem jurídico protegido. O princípio da proporcionalidade, portanto, apesar de não previsto expressamente no texto constitucional, deverá servir de parâmetro para o legislador e o juiz no momento de elaboração e aplicação da norma penal incriminadora, na busca da concretização da justiça, dando a cada um o que lhe é devido.

Palavras-Chave: Princípio, proporcionalidade, pena.



Virgínia de Oliveira Rosa Dobrianskyj

The Principle of Proportionality as Criterion to the Penalty Application

**ABSTRACT**

The Brazilian Penal Law has suffered lots of alterations in its structure, mainly concerning the criterion of prediction and the model of application of the penalties for the committed crimes. The great difficulty, which is the object of this study, is exactly materializing a penal system which comprises the application of the penal law and the protection of the individual guarantees. This would meet the objectives of a Democratic State of Right that regards the proportionality principle as the criterion to predict and apply the penalty by the legislators and judges, as laws are being published to meet the needs of the society more often at present. The penal law is aimed to solve the conflicts between individuals and society, in search of juridical safety and tranquility through the minimal intervention of the public authorities in the citizens' freedom. In this way, it should be used only as *ultima ratio*, when all the other juridical areas are not enough to solve the conflicts arisen in society. So, only the categories of properties that have constitutional importance will be subject to the penal law. Due to the successive alterations of the penal laws in the past years, it is clear that the Brazilian legislator lacks minimal parameters to arrange his legislative activity at the time of the elaboration of the incriminating penal rule, which most of times is disproportionate to the system of laws. The judge will not be able to alter the legislative structure, and will be limited to apply the penalty according to the parameters indicated by the law. So, the problem of the penal law does not concern its intervention, but how it has to be done. Nevertheless, the principle of proportionality, although it is not expressed in the constitutional text, will serve as parameter to the legislator and judge at the time of elaborating and applying the incriminating penal rule, in search of the realization of justice, giving to each one what they deserve.

Key words: Principle, proportionality, penalty.

## INTRODUÇÃO

A partir da constatação de que, nos últimos anos, o Direito Penal brasileiro tem sofrido uma série de alterações em sua estrutura, principalmente no que diz respeito ao critério de previsão e modelo de aplicação das penas pelos crimes cometidos, o presente estudo pretende fornecer argumentação suficiente para justificar uma mudança de paradigma para os legisladores no momento da edição de novas leis.

O Direito Penal, no Estado Democrático de Direito, deverá observar o equilíbrio entre a materialização do direito à segurança e a dignidade da pessoa humana, através dos princípios constitucionais penais da liberdade, igualdade, individualização da pena, proporcionalidade, dentre outros. E esse equilíbrio deverá ser a busca constante de um Direito Penal moderno embasado no princípio da proporcionalidade como parâmetro para a aplicação das penas pelos crimes cometidos.

A grande dificuldade, objeto do presente estudo, é justamente a materialização de um sistema penal que compreenda a aplicação da lei penal e a proteção às garantias individuais, através dos objetivos de um Estado Democrático de Direito que vislumbre no princípio da proporcionalidade o critério de previsão e aplicação da pena pelos legisladores e juízes, pois o que se vê a cada dia são leis publicadas atendendo aos clamores da sociedade.

O grande desafio, portanto, é saber se o princípio da proporcionalidade tem aplicação no processo de determinação da pena aplicável em três fases distintas: o da individualização legal realizada pelo legislador nas penas cominadas em abstrato; o da individualização

judicial realizada pelo juiz da sentença na aplicação das penas em concreto, e o da individualização penitenciária, pelo juiz da execução.

O primeiro capítulo será destinado ao delineamento do princípio da proporcionalidade em toda a sua essência desde sua origem, seus elementos e a previsão no texto constitucional, sem deixar de lado a distinção entre os princípios, as normas e as regras, bem como o próprio conceito de princípio constitucional e os critérios adotados para dirimir os eventuais conflitos, até a aplicação do princípio da proporcionalidade na doutrina e jurisprudência brasileira, procurando sistematizar seus efeitos em relação à tarefa legislativa e judicial de previsão e imposição da resposta penal.

O segundo capítulo será destinado especificamente ao estudo da pena e do direito penal, através de seu conceito e de sua origem, dos movimentos ideológicos e da própria lei e missão do direito penal, pois, no Estado Democrático de Direito, o limite ao poder punitivo estatal deverá ser basilar para uma moderna doutrina do direito penal voltada para os princípios da igualdade, da proporcionalidade, da humanidade e da individualização da pena.

O terceiro capítulo irá abordar especificamente a maneira de aplicação da pena no Direito Penal brasileiro em suas fases legislativa, judicial e executória, diante do princípio da proporcionalidade. Será demonstrado que somente os direitos fundamentais, constitucionalmente consagrados através dos bens jurídicos, é que deverão orientar e determinar o poder punitivo. Ao final, será feita uma rápida abordagem do sistema penitenciário brasileiro, pois sua ineficácia também contribui para o fracasso da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Será demonstrado que o único caminho viável para compatibilizar a aplicação do Direito Penal com a escalada da violência e, portanto, da inflação legislativa, será a intervenção mínima e controlada do poder punitivo com vista a garantir a segurança pública e

a defesa social, através da previsão e da aplicação proporcional das penas pelos crimes cometidos.

A base utilizada para defender os argumentos acima descritos será a Constituição Federal e o seu perfil de Estado Democrático de Direito, pois o princípio da proporcionalidade é decorrência do próprio sistema jurídico, o qual, a partir da Constituição Federal de 1988, estabeleceu, em seu art.5º, os direitos e garantias individuais e coletivos oriundos da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Assim, os legisladores, no momento da elaboração da norma, e os juízes, no momento da aplicação da pena, deverão ter como baliza o ordenamento jurídico penal como um todo sem cederem às pressões da sociedade que clama por punição a qualquer custo. Ou seja, à medida que as novas leis são editadas, as diversas categorias de bens jurídicos deverão expressar os valores constitucionais previstos e não os anseios temporais de uma sociedade punitiva.

Enfim, este trabalho tentará demonstrar que o princípio da proporcionalidade deverá servir de base para o legislador e aplicador da lei penal brasileira, como medida de justiça na aplicação da pena diante do moderno Estado Democrático de Direito.

# CAPÍTULO I

## O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

### 1.1 O conceito de princípio constitucional

Primeiramente, antes de se falar propriamente sobre o princípio da proporcionalidade, faz-se necessária uma análise do que vem a ser um princípio constitucional, a fim de que se possa estabelecer a inserção do princípio da proporcionalidade no direito penal brasileiro, mais precisamente no momento da aplicação da pena, objeto de estudo da presente dissertação.

A palavra princípio vem do latim *principium* e significa, numa acepção vulgar, início, começo, origem das coisas. No sentido jurídico, indica ordenação de onde se irradiam e imantam os sistemas de normas e é ele que serve de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo.<sup>1</sup>

O legislador brasileiro não deixa claro o significado dos princípios, tampouco diz o que se deve entender por eles; portanto, deve-se interpretar gramaticalmente o sentido desse vocábulo, para assim tentar buscar a vontade do legislador.

Interpretando gramaticalmente a expressão “princípio constitucional”, pode-se dizer que significa o mandamento, o núcleo de todo o ordenamento jurídico-constitucional; portanto, qualquer dispositivo que desatenda aos princípios constitucionais, estará ferindo a própria Constituição Federal.

---

<sup>1</sup> Wellington Pacheco BARROS; Wellington Gabriel Zuchetto BARROS. *A Proporcionalidade como Princípio de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p.13.

Analisando o princípio, dentro de uma concepção sistêmica, ele se confunde com a origem do sistema, ou seja, seu nascedouro, a base ou o mandamento nuclear de todo o sistema em si ou, então, assume a natureza de primeira premissa, de assertiva original, podendo ser estudado e interpretado pelo ponto de vista lógico, normativo ou metafísico, divisão esta que não será objeto do presente estudo.

A maioria das obras de direito penal analisam os princípios constitucionais penais apenas de maneira conceitual, referindo-se apenas e tão somente aos princípios em espécie, quais sejam: legalidade, culpabilidade, humanidade, fragmentariedade, individualização da pena etc., ou seja, não se aprofundam mais especificamente no sentido funcional dos princípios penais dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Assim sendo, as primeiras dúvidas que surgem dizem respeito ao que realmente significam os princípios, ou seja, o que são e para que servem? São normas ou são regras? São fontes de direito? São capazes de influenciar nas decisões judiciais? São ditames que orientam, mas que não possuem força no plano jurídico?

As respostas a essas perguntas poderão ser encontradas de diversas maneiras e posicionamentos dentro da doutrina constitucional, mas, antes de responder a quaisquer dos questionamentos acima mencionados, vale recordar a premissa prevista no art.4º da Lei de Introdução ao Código Civil, a qual estabelece que, quando a lei for omissa, o juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito; e mais adiante, em seu art. 5º, quando preceitua que, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.<sup>2</sup>

Inicialmente devem ser analisados os princípios gerais, pois segundo Jean-Louis Bergel, constituem a base de toda construção jurídica e as regras de direito não podem ser

---

<sup>2</sup> BRASIL. *Código Civil. Código Comercial. Código de Processo Civil e Constituição Federal*. Obra coletiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2005.

promulgadas e evoluir senão de acordo com os princípios gerais aos quais devem amoldar-se. Portanto, os princípios gerais do direito, participam da própria evolução do sistema jurídico e os juízes vão se referir a eles para determinar o sentido dos textos obscuros ou ambíguos.<sup>3</sup>

Miguel Reale conceitua os princípios gerais como sendo:

Enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de normas.<sup>4</sup>

A origem dos princípios gerais do direito é bastante antiga e, de acordo com Francisco Fernandes de Araújo, passou por três fases distintas:

A primeira, chamada de jusnaturalista, originada a partir do século XVI, foi a mais antiga e tradicional, onde os princípios sintonizavam-se num campo abstrato e, portanto, sua normatividade era nula e duvidosa.

A segunda, surgida no início do século XX, chamada de positivista, correspondeu à recepção dos princípios nos códigos das nações na condição de fonte normativa subsidiária.

A terceira, pós-positivista, foi que inaugurou o encontro da norma com a ética e introduziu no ordenamento jurídico positivo as idéias de justiça e legitimidade, materializadas em princípios, sendo os valores compartilhados pela sociedade em um dado momento e lugar.<sup>5</sup>

Na atual fase, pós-positivista, os princípios estão incluídos tanto no conceito de lei quanto no de princípios gerais do direito, dividindo-se apenas como princípios expressos ou implícitos no ordenamento jurídico.

Os princípios, além de condensarem valores, dão unidade ao sistema jurídico e condicionam o trabalho interpretativo. A tradição jurídico-cristã sempre aceitou a

---

<sup>3</sup> Jean-Louis BERGEL. *Teoria Geral do Direito*. Tradução: Torrieri Guimarães. 1 ed. São Paulo: Rideel, 2003. p. 109-120.

<sup>4</sup> Miguel REALE. *Lições Preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 306.

<sup>5</sup> Francisco Fernandes de ARAÚJO. *Princípio da Proporcionalidade. Significado e Aplicação Prática*. Campinas: Copola, 2002. p. 31.

identificação dos princípios no ordenamento jurídico, mas somente no pós-positivismo é que eles foram abrigados pela Constituição como síntese dos valores ideológicos, trazendo harmonia ao sistema.

Devem ser analisadas ainda, quanto à tipologia dos princípios, quatro distinções: em primeiro lugar, temos os princípios jurídicos fundamentais, que são aqueles que foram assimilados pela consciência jurídica ao longo da história e hoje estão previstos de maneira explícita ou implícita nas constituições dos países modernos.

Em segundo lugar, temos os princípios políticos constitucionalmente conformadores, que são os princípios normativos que sustentam o eixo político de uma constituição, reconhecidos como verdadeiros limites ao poder de revisão.

Em terceiro lugar, temos os princípios constitucionais impositivos, que impõem aos órgãos do Estado, principalmente ao legislador, a orientação de sua atividade política e legislativa com a realização de fins e a execução de tarefas.

Em quarto lugar, temos o que Francisco Fernandes de Araújo chama de “outros princípios”, que são os que instituem determinadas garantias aos cidadãos, como é o caso dos princípios do *nullum crimen sine lege* e da *nulla poena sine lege*, do juiz natural, do *non bis in idem* e do *in dubio pro reo*.<sup>6</sup>

Outra distinção que merece destaque é a de Manoel Gonçalves Ferreira Filho ao afirmar que existem duas espécies de princípios constitucionais: os inferidos e os prescritivos. Os inferidos são os princípios implícitos no texto constitucional e os prescritivos, ao contrário, são os explícitos.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Francisco Fernandes de ARAÚJO, *Princípio da Proporcionalidade. Significado e Aplicação Prática*, cit., p. 20-24.

<sup>7</sup> Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 391.



O mais importante, porém, é que independente da distinção adotada, os princípios constitucionais foram estabelecidos a partir das constituições escritas. São vistos como verdadeiros dogmas e representam importantes elementos na elaboração das leis e na fundamentação das decisões dos juízes e dos tribunais.

O primeiro jurista brasileiro, de acordo com Ruy Samuel Espíndola, a tratar de forma monográfica o conceito de princípios constitucionais, foi Sampaio Dória, em 1926, em seu livro “*Princípios Constitucionales*”.<sup>8</sup> E, após sua conceituação, foi Luis Roberto Barroso quem desenvolveu, em 1993, um trabalho voltado para a compreensão dos princípios constitucionais, na obra “*Princípios Constitucionais Brasileiros*”.<sup>9</sup>

Uma das definições mais precisas sobre o conceito de princípios constitucionais é a de Ruy Samuel Espíndola ao expor que:

A idéia de princípio ou sua conceituação seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento-chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam.<sup>10</sup>

Modernamente, todo e qualquer Estado possui uma Constituição, o que significa dizer que todo Estado está submetido ao direito ou ao ordenamento jurídico.<sup>11</sup> As normas do ordenamento não estão todas no mesmo plano. A norma suprema é a norma fundamental que dá unidade e validade a todas as outras normas. Assim, devido à presença de normas superiores e inferiores, o ordenamento tem uma estrutura hierárquica, estando a Constituição Federal no topo da pirâmide.<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> Ruy Samuel ESPÍNDOLA. *Conceito de Princípios Constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 111-117.

<sup>9</sup> Idem, ibidem, p. 142-143.

<sup>10</sup> Idem, ibidem, p. 53.

<sup>11</sup> Rizzatto NUNES. *Manual de Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 133.

<sup>12</sup> Norberto BOBBIO. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução: Maria Celeste C. J. Santos. 10 ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1997. p. 48-58.

Diante dessa hierarquia o principal traço distintivo da Constituição é sua supremacia, pois a Constituição regula tanto o modo de produção das demais normas jurídicas como também delimita o conteúdo que possam ter.<sup>13</sup>

Analisando os princípios sob a ótica penal, pode-se verificar sua presença nas Constituições contemporâneas através dos chamados princípios penais. A relação entre o direito penal e a Constituição surge ligada à necessidade de conformação de todos os ramos do ordenamento jurídico aos preceitos constitucionais, impossibilitando o legislador infraconstitucional de criar normas que contrariem o texto constitucional.<sup>14</sup>

Assim, dentro do texto constitucional, os princípios deverão ser os guias de todas as demais normas jurídicas existentes e nenhuma interpretação será bem feita, se for desprezado algum princípio, pois, quer sejam explícitos ou implícitos, são normas que informam todo o ordenamento jurídico. No Estado Constitucional e Democrático de Direito, os princípios servem de garantia à sociedade contra os ataques do Estado e todas as normas que lhe são contrárias deverão ser consideradas inválidas.

Assim é que os princípios constitucionais penais, implícitos e explícitos, são de fundamental importância para o sistema penal seja na imposição e execução das sanções penais. São orientações que devem ser necessariamente seguidas, sob pena de ausência de justificação do sistema penal, ou, em outras palavras, de flagrante inconstitucionalidade.<sup>15</sup>

## **1.2 A distinção entre princípios, normas e regras**

Na teoria contemporânea do direito, uma das questões mais importantes é a diferenciação e delimitação do campo de abrangência dos princípios e das regras, bem como do próprio sistema jurídico que, muitas vezes é erroneamente considerado apenas como um simples sistema ordenado de regras, desconsiderando-se as implicações das articulações e

---

<sup>13</sup> Luis Roberto BARROSO. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 370.

<sup>14</sup> Mariângela Gama de Magalhães GOMES. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 25.

<sup>15</sup> Paulo César Corrêa BORGES (Org.). *O Princípio da Igualdade na Perspectiva Penal: temas atuais*. São Paulo: Editora UNESP, 2007. p. 12.

interações que ocorrem entre estes princípios e as regras, questionamento este já referido anteriormente e esclarecido nas linhas abaixo.

Primeiramente, deve-se considerar o sistema jurídico como um conjunto de normas e princípios que se relacionam e se organizam dentro de uma pirâmide jurídica, não dotada de rigidez absoluta, para regular a vida em sociedade, em determinado tempo e espaço.

De acordo com Jean-Louis Bergel, as normas jurídicas expressam o “padrão concreto” daquilo que deve ser nas relações jurídicas, sendo produzidas de uma certa maneira por certas fontes determinadas, dotadas de qualidades e providas de coerção jurídica. Assim, a norma jurídica não preceitua determinada conduta por considerá-la boa, mas apenas comina uma sanção no caso de se preferir conduta contrária à juridicamente devida.<sup>16</sup>

José Joaquim Gomes Canotilho, em sua obra “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, aponta cinco critérios de diferenciação entre os princípios e as regras, quais sejam: o grau de abstração, o grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto, o caráter de fundamentalidade no sistema de fontes de direito, a proximidade da idéia de direito e sua natureza normogenética, conforme explicação abaixo:

Os princípios são normas com um grau maior de abstração em relação às regras; os princípios carecem de uma mediação concretizadora, enquanto as regras já seriam aplicáveis diretamente; os princípios são fundamentais, na medida em que correspondem à estrutura do sistema jurídico. As regras apóiam-se nos princípios; os princípios são *standards* ou pautas vinculantes que traduzem as idéias de justiça ou de direito. Já a vinculatividade das regras está ligada ao seu conteúdo meramente funcional; os princípios são fundamentos de regras, isto é, constituem a *ratio* de regras jurídicas.<sup>17</sup>

Por outro lado, Manoel Gonçalves Ferreira Filho demonstra que existem dois tipos de distinções. A primeira, tradicional e clássica, apoiada em um critério formal que determina que os princípios são normas jurídicas gerais, tanto na hipótese quanto no dispositivo. Já a segunda, ligada aos adeptos da doutrina substancialista, que não estabelece um critério único

---

<sup>16</sup> Jean-Louis BERGEL, *Teoria Geral do Direito*, cit., p. 38.

<sup>17</sup> José Joaquim Gomes CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1034-1035.

de diferenciação como na doutrina tradicional, ao contrário, estabelece sua própria distinção de acordo com seus critérios, como se verá mais adiante.<sup>18</sup>

Segundo Wellington Pacheco Barros, os princípios ao lado das regras, são normas jurídicas; entretanto, insertos no sistema normativo, exercem diferentes papéis. As regras são editadas para serem aplicadas a uma situação jurídica determinada. Já os princípios, ao contrário, são genéricos, porque comportam uma série indefinida de aplicações.<sup>19</sup>

Nessa linha de raciocínio, Ruy Samuel Espíndola explica que as regras constitucionais são especificações dos princípios constitucionais e, ao lado de outros princípios de maior densidade semântica, especificam a esfera normativo-aplicativa dos princípios de menor densidade.<sup>20</sup> Luiz Alberto David Araújo, da mesma maneira, entende que os princípios determinam quais regras deverão ser aplicadas pelo intérprete, demonstrando um caminho a seguir.<sup>21</sup>

Nos últimos anos, a Constituição passou a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos supra-positivos, nos quais as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial apóio às concepções de Ronald Dworkin e Robert Alexy.<sup>22</sup>

Segundo Ronald Dworkin, a diferença entre os princípios jurídicos e as regras jurídicas é de natureza lógica. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então, ou a regra é válida e, neste caso, a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida e, neste caso, em nada contribuiu para a decisão. Já os

---

<sup>18</sup> Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 393.

<sup>19</sup> Wellington Pacheco BARROS; Wellington Gabriel Zuchetto BARROS, *A Proporcionalidade como Princípio de Direito*, cit., p. 17.

<sup>20</sup> Ruy Samuel ESPÍNDOLA, *Conceito de Princípios Constitucionais*, cit., p. 250-251.

<sup>21</sup> Luiz Alberto David ARAÚJO; Vidal Serrano NUNES JÚNIOR. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 67.

<sup>22</sup> Luis Roberto BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, cit., p. 351.

princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, contendo apenas fundamentos que devem ser analisados com outros provenientes de outros princípios.<sup>23</sup>

Já para Robert Alexy,

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio de expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.<sup>24</sup>

Demonstra ainda Robert Alexy que, com base nos vários critérios utilizados pelos legisladores para determinar a diferença entre os princípios e as regras, surgiram três teses diferentes. A primeira sustenta a impossibilidade de diferenciação em virtude da diversidade existente. A segunda, por outro lado, está baseada no grau de generalidade. E a terceira, adotada por ele, distingue qualitativamente as regras dos princípios, conforme expõe abaixo.

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.<sup>25</sup>

Humberto Ávila fez uma síntese dos critérios usualmente utilizados para distinguir os princípios das regras quais sejam: critério do caráter hipotético-condicional, critério do modo final de aplicação, critério do relacionamento normativo e critério do fundamento axiológico.<sup>26</sup> E, após analisar fundamentalmente cada um desses critérios, propôs distinguir as

<sup>23</sup> Denílson Feitoza PACHECO. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Processual Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 47.

<sup>24</sup> Robert ALEXY. *Teoria dos Direitos Fundamentais. Teoria & Direito Público*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5 edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 87.

<sup>25</sup> Idem, ibidem, p. 90-91.

<sup>26</sup> Humberto ÁVILA. *Teoria dos Princípios. Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.39.

regras dos princípios segundo três critérios próprios, tais como: critério da natureza do comportamento prescrito, critério da natureza da justificação exigida e critério da medida de contribuição para a decisão, divisão esta que não será objeto de análise no presente trabalho.<sup>27</sup>

Mais adiante, em sua obra, Humberto Ávila, conceitua os princípios e as regras:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.<sup>28</sup>

O grande questionamento estabelecido entre os estudiosos vai além da distinção entre os princípios, as normas e as regras e, refere-se ao conflito entre essas regras e a colisão entre esses princípios, originado a partir do momento em que essas duas normas ou esses dois princípios isoladamente aplicados levam a resultados contraditórios. Para esse questionamento vale os ensinamentos de Ronald Dworkin e Robert Alexy descritos abaixo.

Segundo Ronald Dworkin, a solução é que os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm. Quando os princípios se inter cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Por outro lado, as regras não têm dimensão de peso, sendo possível dizer-se que são funcionalmente importantes ou não, conforme uma regra jurídica seja mais importante do que outra. No caso de conflito entre regras, uma delas deverá ser considerada inválida.<sup>29</sup>

De acordo com Ronald Dworkin:

Em um conflito entre princípios, ambos permanecem válidos, sem necessidade de introdução de exceção em um deles. As regras, normalmente, não entram,

---

<sup>27</sup> Humberto ÁVILA. *Teoria dos Princípios. Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 71-78.

<sup>28</sup> Idem, *ibidem*, p. 78-79.

<sup>29</sup> Denílson Feitoza PACHECO, *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Processual Penal Brasileiro*, cit., p. 48.

propriamente, em conflito, pois, ou uma delas é válida e a outra inválida, ou se introduz uma exceção em uma das regras para que seja compatível com a outra. Todavia, ele admite conflito de regras em casos excepcionais.<sup>30</sup>

Robert Alexy, de maneira diversa explica que:

Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. (...) Se esse tipo de solução não for possível, pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico. As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder.<sup>31</sup>

Assim, para Robert Alexy, a distinção entre os princípios e as regras se resolve em torno da colisão de princípios, ou seja, na dimensão de peso, e do conflito de regras, ou seja, na dimensão de validade.

Portanto, a definição dos princípios jurídicos e sua distinção, com relação às regras, depende do critério em função do qual a distinção é estabelecida, do fundamento teórico utilizado e da finalidade para a qual é feita, variando de acordo com o pensamento jurídico seguido.

### 1.3 O princípio da isonomia

Embora não se pretenda o estudo individualizado quanto ao princípio da isonomia, ao pensar em princípio da proporcionalidade não há como deixá-lo de lado, pois, inclusive já se encontra pacificado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal através da igualdade na lei e da igualdade perante a lei.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> apud Denílson Feitoza PACHECO, *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Processual Penal Brasileiro*, p. 49.

<sup>31</sup> Robert ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais. Teoria & Direito Público*, cit., p. 92-93.

<sup>32</sup> MI 58/DF. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento: 14/12/1990. Publicado no DJ 19-04-1991.

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO - PRETENDIDA MAJORAÇÃO DE VENCIMENTOS DEVIDOS A SERVIDOR PÚBLICO (INCRA/MIRAD) - ALTERAÇÃO DE LEI JA EXISTENTE - PRINCÍPIO DA ISONOMIA - POSTULADO INSUSCETIVEL DE REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA INOCORRENCIA DE SITUAÇÃO DE LACUNA TECNICA - A QUESTÃO DA EXCLUSAO DE BENEFICIO COM OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA - MANDADO DE INJUNÇÃO NÃO CONHECIDO. O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não e - enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica - suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio - cuja observancia vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público - deve ser considerado, em

O ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da igualdade através do art.5º da Constituição Federal, ao determinar que: *“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”*.<sup>33</sup>

O direito à igualdade está arraigado ao homem e se destacou principalmente a partir do Cristianismo e, mais tarde, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que estabelecia a igualdade de todos perante a lei.

Segundo Antonio Scarance Fernandes, o princípio da proporcionalidade está intrínsecamente ligado ao da isonomia:

Há, ainda, íntima ligação entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da isonomia, pois, embora tenham objetos e fins próprios, tangenciam-se principalmente no fato de que, para haver igualdade, devem ser superadas as desigualdades dos indivíduos e especificados os critérios para determinar em que medida as distinções entre eles podem ser admitidas.<sup>34</sup>

Uma das primeiras idéias sobre igualdade foi a de Platão, ao defender, em sua obra “República”, a igualdade de oportunidades e a igualdade de direitos entre o homem e a

---

sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei - que opera numa fase de generalidade puramente abstrata - constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não podera incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderao subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatorio. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador impora ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade. Refoge ao âmbito de finalidade do mandado de injunção corrigir eventual inconstitucionalidade que infirme a validade de ato em vigor. Impõe-se refletir, no entanto, em tema de omissão parcial, sobre as possíveis soluções jurídicas que a questão da exclusão de benefício, com ofensa ao princípio da isonomia, tem sugerido no plano do direito comparado: (a) extensão dos benefícios ou vantagens as categorias ou grupos inconstitucionalmente deles excluídos; (b) supressão dos benefícios ou vantagens que foram indevidamente concedidos a terceiros; (c) reconhecimento da existência de uma situação ainda constitucional (situação constitucional imperfeita), ensejando-se ao Poder Público a edição, em tempo razoável, de lei restabeecedora do dever de integral obediência ao princípio da igualdade, sob pena de progressiva inconstitucionalização do ato estatal existente, porém insuficiente e incompleto.

<sup>33</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>34</sup> Antônio Scarance FERNANDES. *Processo Penal Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 52.



mulher. Posteriormente foi Aristóteles quem retomou o tema sobre a igualdade, defendendo a desigualdade entre os homens.<sup>35</sup>

De qualquer maneira não se pode pensar em justiça coletiva se não há uma relação de igualdade, proporcionalidade e equivalência pois, no momento em que se nega a alguém a igualdade na lei, nega-se a esse ser humano parte de sua liberdade, atingindo-o em sua dignidade e impedindo-se, portanto, a realização da justiça.

Nesse sentido Naele Ochoa Piazzeta entende que:

A igualdade é, também, um princípio normativo, um juízo de valor que se postula porque se reconhecem as distinções entre os indivíduos. A máxima reside em que todas as pessoas devem ser consideradas iguais porque, precisamente, são diferentes.<sup>36</sup>

Sendo assim, o princípio da igualdade é um postulado de racionalidade prática que se dirige ao próprio legislador, vinculando-o à obrigação de criar um direito igual para todos, tratando igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida dessa desigualdade, ou seja, proporcionalmente.

Não obstante o princípio da igualdade ser desprovido de conteúdo exclusivamente penal, ele alcança todo o ordenamento jurídico, inclusive em relação à atividade penal legislativa, limitando o poder punitivo do Estado no que se refere à criação de leis gerais, dirigidas a todos os cidadãos.<sup>37</sup>

#### **1.4 Conceito de princípio da proporcionalidade**

Ultrapassado o questionamento inicial sobre o que vem a ser um princípio constitucional e sua diferenciação com relação às normas e as regras, pode-se chegar objetivamente ao conceito de princípio da proporcionalidade.

---

<sup>35</sup> Paulo César Corrêa BORGES (Org.), *O Princípio da Igualdade na Perspectiva Penal: temas atuais*, cit., p. 138-140.

<sup>36</sup> Naele Ochoa PIAZZETA. *O Princípio da Igualdade no Direito Penal Brasileiro: uma abordagem de gênero*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 86.

<sup>37</sup> Marco Antônio Marques da SILVA. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p.6.

Antes, porém, é preciso analisar a diferença das expressões utilizadas nos diversos países que a adotam, pois a expressão proporcionalidade varia de acordo com sua origem. Os americanos falam em razoabilidade, já os alemães utilizam, indiscriminadamente, o termo proporcionalidade ou proibição de excesso.

No Brasil, de acordo com Suzana de Toledo Barros, o Supremo Tribunal Federal empregou pela primeira vez a expressão princípio da proporcionalidade em sede de controle de constitucionalidade no ano de 1993.<sup>38</sup>

Mas, independente da expressão utilizada, o princípio da proporcionalidade é um princípio muito importante, talvez o mais importante dentro da órbita do direito penal, pois visa garantir o Estado Democrático de Direito, para que não haja a eliminação de um direito fundamental quando em conflito com outro, respeitando o seu núcleo essencial.

Chade Rezek Neto afirma que vários juristas entendem que o princípio da proporcionalidade é um princípio de interpretação constitucional, em virtude de contribuir para a orientação do hermeneuta, em busca das soluções concretas, nos casos de divergência de entendimentos acerca dos direitos fundamentais.<sup>39</sup>

A partir desse entendimento, Chade Rezek Neto, conceitua o princípio da proporcionalidade como:

O princípio construtivo e fundamental, implícito e pressuposto na reunião entre Estado de Direito e Democracia, sendo sua função a de hierarquizar, em situações de conflito, os demais princípios buscando uma verdadeira idéia do Direito[...] tem grande relevância ordenando a aplicação dos princípios contidos na Constituição Federal para que haja o maior atendimento possível de certos princípios, com a mínima desatenção dos demais.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> Suzana de Toledo BARROS. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 75.

<sup>39</sup> Chade REZEK NETO. *O Princípio da Proporcionalidade no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004. p. 56.

<sup>40</sup> Idem, *ibidem*, p. 57.

Diante desse argumento, Chade Rezek Neto, explica que o princípio da proporcionalidade é um verdadeiro princípio ordenador do direito, o princípio dos princípios e, não um simples princípio de interpretação constitucional.

E, de acordo com Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins,

A proporcionalidade deve ser entendida como elemento disciplinador do limite à competência constitucional atribuída aos órgãos estatais de restringir a área de proteção de direitos fundamentais, isto é, como resposta jurídica ao problema do vínculo do legislador aos direitos fundamentais, configurando um limite de seu poder limitador.<sup>41</sup>

Mas, quando se quer buscar uma aplicação prática dos princípios, principalmente do princípio da proporcionalidade na esfera penal, deve-se levar em conta a racionalidade e a dignidade humana, pois o fim que deve ou deveria ser atingido apenas pode ser realizado através dos princípios constitucionais.

No âmbito do direito penal, o princípio da proporcionalidade significa que, em qualquer circunstância, deve ser guardada a devida proporção entre a sanção penal e a gravidade do fato como exigência de justiça e dignidade da pessoa humana.<sup>42</sup>

Jésus-Maria Silva Sánchez ensina que o princípio da proporcionalidade liga os fins do direito penal com o fato cometido pelo delinqüente e explica que:

Por el principio de proporcionalidad se conectan los fines del Derecho penal con el hecho cometido por el delinqüente, rechazandose el establecimiento de conminaciones penales (proporcionalidad abstracta) o la imposición de penas (proporcionalidad concreta) que carezcan de toda reacción valorativa con tal hecho, contemplado en la globalidad de sus aspectos. La mayor dificultad que plantea el referido principio es, obviamente, la concreción de tal relación valorativa, en virtud de la cual se determina que ese hecho merece esa pena, en función de las coordenadas históricas y sócio-culturales. Cabe, sin embargo, apuntar la relación del merecimiento de pena con el dano social causado y su grado. Ello explica que principios como el de exclusiva protección de bienes jurídicos (penales) o el de fragmentariedad, a los que más adelante habrá ocasión de referirse, se entiendan aquí como concreciones del principio de proporcionalidad, aunque no solo de él.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> Dimitri DIMOULIS; Leonardo MARTINS. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 191.

<sup>42</sup> Mariângela Gama de Magalhães GOMES, *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*, cit., p. 37.

<sup>43</sup> Jesús-María Silva SÁNCHEZ. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1992. p. 260.

De acordo com Linda Luiza Johnlei Wu,

O princípio da proporcionalidade será, portanto, sempre o ponto de partida da análise entre os meios soberanos utilizados nas intervenções do Estado na esfera privada, se essa se mantém em proporção ao fim almejado. Ou ainda, entre o ônus imposto ao indivíduo e o fim almejado, e é com base nesse princípio que se avalia o ônus recebido, ou seja, se esse foi necessário, justo e o mais adequado, ou se houve excessos na medida imposta ao indivíduo.<sup>44</sup>

Pode-se, portanto, conceituar o princípio da proporcionalidade no âmbito do direito penal como sendo o princípio constitucional de adequação e equilíbrio que o legislador e o aplicador da lei penal deve utilizar para aplicar a sanção penal à infração correspondente, não ficando aquém e nem além do dano causado à vítima, não importando assim as diferentes expressões utilizadas, mas sim o seu conteúdo.

### **1.5 Origem do princípio da proporcionalidade**

Ao se imaginar um princípio de tamanha dimensão como o da proporcionalidade, principalmente no âmbito do direito penal, deve-se também ter em mente sua origem, para que se possa compreender sua evolução ao longo da história do direito penal.

Desde a Antiguidade já se aludia à idéia de proporcionalidade entre o ato praticado e a sanção imposta, ou seja, já havia um ideal de moderação, equilíbrio e igualdade na sanção penal como resposta ao dano causado.

Luiz Carlos Branco informa que o princípio da proporcionalidade é oriundo da Suíça e da Alemanha, tendo-se estendido posteriormente à Áustria, à Holanda, à Bélgica e a outros países europeus, acompanhando a história da defesa dos direitos humanos.<sup>45</sup>

Nasceu no âmbito do Direito Administrativo, como princípio geral do direito de polícia, e desenvolveu-se como evolução do princípio da legalidade. Requerendo, para tanto, a criação de mecanismos capazes de controlar o Poder Executivo no exercício de suas

---

<sup>44</sup> Paulo César Corrêa BORGES (Org.), *O Princípio da Igualdade na Perspectiva Penal: temas atuais*, cit., p. 44.

<sup>45</sup> Luiz Carlos BRANCO. *Equidade, Proporcionalidade e Razoabilidade; (Doutrina e Jurisprudência)*. São Paulo: RCS Editora, 2006. p. 137.

funções, de modo a evitar o arbítrio e o abuso de poder.<sup>46</sup>

André Ramos Tavares explica que a origem do princípio da proporcionalidade na doutrina norte-americana é oriunda do princípio do devido processo legal, ao contrário do pensamento de Paulo Bonavides que, citado por André Ramos Tavares, encontra seu fundamento no princípio da isonomia.<sup>47</sup>

Mas, independente da controvertida posição no ordenamento jurídico, existe um consenso acerca de sua conceituação e desenvolvimento original pela doutrina alemã, não constituindo um direito da liberdade, mas um direito que protege a liberdade.

Francisco Fernandes de Araújo, analisando historicamente a origem do princípio da proporcionalidade, demonstra em sua obra que o Código de Hamurabi foi, tecnicamente, quem primeiro forneceu a idéia de proporcionalidade, pois ao prever a lei de talião “olho por olho, dente por dente”, estabelecia a qualidade e a intensidade da pena a ser imposta ao autor de uma infração penal. Assim, a idéia de proporcionalidade confunde-se com a própria história da Filosofia e do Direito.<sup>48</sup>

De acordo com Linda Luiza Johnlei Wu,

O princípio da proporcionalidade vista do âmbito constitucional se deu com a Lei Fundamental de Bonn. A partir de sua promulgação, o controle de constitucionalidade passou a considerar três aspectos fundamentais: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade na medida restritiva.<sup>49</sup>

Chade Rezek Neto informa que, em nível constitucional, a origem do princípio da proporcionalidade está ligada à Carta Magna inglesa conquistada pelos barões ingleses auxiliados pelo arcebispo de Canterbury, junto ao rei João “Sem Terra”, em 15 de junho de 1215. Essa Carta compreendia uma espécie de acordo formal entre a coroa e os senhores

---

<sup>46</sup> Chade REZEK NETO, *O Princípio da Proporcionalidade no Estado Democrático de Direito*, cit., p. 15-17.

<sup>47</sup> André Ramos TAVARES. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 680-685.

<sup>48</sup> Francisco Fernandes de ARAÚJO, *Princípio da Proporcionalidade. Significado e Aplicação prática*, cit., p. 36.

<sup>49</sup> Paulo César Corrêa BORGES (Org.), *O Princípio da Igualdade na Perspectiva Penal: temas atuais*, cit., p. 39.

feudais e nela se consignava que o homem livre, quando cometia um delito, deveria ser punido na proporção da gravidade desse delito.<sup>50</sup>

A base que deu origem ao referido acordo foi a defesa que os jusnaturalistas fizeram dos direitos dos cidadãos e, com fundamento nessas idéias, é que sobrevieram as famosas Declarações dos Direitos, de 1776, nos Estados Unidos da América do Norte, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, na França.<sup>51</sup>

Mariângela Gama de Magalhães Gomes expõe que o primeiro trabalho específico sobre a relação proporcional entre os crimes e as respectivas penas, foi o de Montesquieu, em seu trabalho *Lettres persanes*, de 1721, oferecendo importante contribuição ao direito penal, em sua obra *De l'esprit des lois*.<sup>52</sup>

Além da obra de Montesquieu, temos a obra do Marquês de Beccaria, de 1764, *Dei delitti e delle pene*. O Marquês de Beccaria, idealizador do direito penal humanitário, ao tecer críticas às falhas verificadas no sistema penal de sua época, as quais possibilitavam o arbítrio dos juízes, pregava que deveria haver uma proporção entre os crimes e os castigos afirmando que:

O interesse geral não se funda apenas em que sejam praticados poucos crimes, porém ainda que os crimes mais prejudiciais à sociedade sejam os menos comuns. Os meios de que se utiliza a legislação para obstar os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais freqüente. Deve, portanto, haver proporção entre os crimes e os castigos.<sup>53</sup>

Posteriormente, o princípio da proporcionalidade foi erigido à categoria de princípio constitucional e hoje, por exemplo, no direito português, consta expressamente previsto no

---

<sup>50</sup> Chade REZEK NETO, *O Princípio da Proporcionalidade no Estado Democrático de Direito*, cit., p. 17.

<sup>51</sup> Francisco Fernandes de ARAÚJO, *Princípio da Proporcionalidade. Significado e Aplicação prática*, cit., p. 38-39.

<sup>52</sup> Mariângela Gama de Magalhães GOMES, *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*, cit., p. 45.

<sup>53</sup> Cesare BONESANA. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução: Torrieri Guimarães. 1 ed. São Paulo: Rideel, 2003. p. 84-85.

art. 18 da Constituição de 1976, com a função de proteção do núcleo dos direitos fundamentais.<sup>54</sup>

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da proporcionalidade foi recepcionado a partir da influência portuguesa, mas, apesar de não haver ainda nenhuma norma prevista sob o princípio da proporcionalidade, a Constituição Federal o prevê implicitamente como será visto mais adiante.

## 1.6 Elementos do princípio da proporcionalidade

Após a conceituação do que vem a ser um princípio constitucional e sua distinção com relação às regras, principalmente nos casos de conflito e colisão, Robert Alexy pondera que:

A natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.<sup>55</sup>

Por outro lado, Antônio Scarance Fernandes dispõe que existem pressupostos essenciais para a atuação do princípio da proporcionalidade. A legalidade, como pressuposto formal, indica que não poderia a restrição a direito individual ser admitida sem prévia lei, elaborada por órgão constitucionalmente competente, imposta e interpretada de forma estrita. E a justificação teleológica, como pressuposto material, indica que a limitação a direito individual só tem razão de ser, se tiver como objetivo efetivar valores relevantes do sistema constitucional.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> Art. 18 (Força Jurídica) 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

<sup>55</sup> Robert ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais. Teoria & Direito Público*, cit., p. 116-117.

<sup>56</sup> Antonio Scarance FERNANDES, *Processo Penal Constitucional*, cit., p. 53.

Portanto, no processo de elaboração e conceituação do princípio da proporcionalidade consolidou-se a idéia de que o exercício do poder é limitado, só sendo justificadas as restrições a direitos individuais, em face da Constituição, por razões de necessidade, adequação e supremacia do valor a ser protegido em confronto com aquele a ser restringido.

Nesse sentido, demonstra Luiz Carlos Branco que,

Em razão da decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão no ano de 1971, que transportou o princípio da proporcionalidade do Direito Administrativo para o Direito Constitucional, foi incentivado na doutrina seu debate, sob a fórmula das suas sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.<sup>57</sup>

Mariângela Gama de Magalhães Gomes destaca que a verificação da proporcionalidade acontece em dois níveis diversos:

No primeiro deles, o que há de ser valorado é se a conduta a ser incriminada preenche os requisitos constitucionais necessários a ser elevada à categoria de ilícito criminal (...). No segundo momento do juízo de proporcionalidade em sentido amplo, após feita a valoração de que determinada conduta poder ser elevada à categoria de ilícito criminal, surge o problema de ponderar a medida em que o direito penal a proíbe, ou, em outras palavras, a medida em que o bem pode ser protegido pela norma.<sup>58</sup>

### 1.6.1 Adequação

O primeiro requisito intrínseco do princípio da proporcionalidade é o da adequação ou da idoneidade, também denominado princípio da pertinência, aptidão ou conformidade. Por esse requisito não será admitido o ataque a um direito do indivíduo, se o meio utilizado não se mostrar idôneo à consecução do resultado pretendido.

Havendo uma relação de adequação entre meio e fim, baseada no interesse público, não é necessário que o meio utilizado se apresente como o melhor possível ou o mais adequado, sendo suficiente que ele tenha aptidão para alcançar o fim objetivado pela medida.

---

<sup>57</sup> Luiz Carlos BRANCO, *Equidade, Proporcionalidade e Razoabilidade; (Doutrina e Jurisprudência)*, cit., p.132.

<sup>58</sup> Mariângela Gama de Magalhães GOMES, *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*, cit., p. 80-81.



Assim, ao se tutelar criminalmente determinado bem jurídico, o que se deve considerar é a medida em que a incriminação cumprirá a tarefa constitucional à qual o direito penal se propõe. A exigência é endereçada ao legislador para que, na elaboração do tipo, atente para sua aptidão quanto à obtenção da tutela do bem jurídico.

Nas palavras de Mariângela Gama de Magalhães Gomes, o conceito de idoneidade diz respeito à avaliação sobre a qualidade instrumental do meio, de modo a identificar sua aptidão para alcançar a finalidade proposta, exigindo uma adequação entre meio e fim.

Afirma ainda Mariângela Gama de Magalhães Gomes que, na esfera penal, é pressuposto indispensável, para que a intervenção estatal seja idônea para a proteção de determinado bem jurídico, que a finalidade da norma possa ser por ela alcançada.<sup>59</sup>

Em consonância com a exigência de que a pena deve ser idônea, devendo guardar uma certa proporcionalidade entre o delito, 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.

Alice Bianchini pondera que:

Uma lei, portanto, quando de sua edição, pode parecer adequada, mas, no momento de sua aplicação concreta, ou porque as circunstâncias se alteraram, ou porque deixou-se de considerar questões relevantes e de implicação prática direta, pode ocorrer de ela não se apresentar apta a contribuir para o fim instituído.<sup>60</sup>

Assim sendo, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si só apropriados, não existe a adequação. E, para avaliar a adequação, há que perguntar se o meio escolhido foi adequado e pertinente para atingir o resultado almejado.

---

<sup>59</sup> Mariângela Gama de Magalhães GOMES, *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*, cit., p. 126-127.

<sup>60</sup> Alice BIANCHINI, *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 118.

A lei penal, portanto, deverá ser elaborada de forma a garantir que independente das diversas circunstâncias que possam surgir estará sempre apta a atingir o fim da prevenção e ressocialização do delinqüente, como se verá mais adiante.

### **1.6.2 Necessidade**

O segundo requisito a ser verificado é o da necessidade, exigibilidade ou intervenção mínima. Por esse requisito não basta que haja a adequação do meio ao fim. É preciso, para não ser desproporcional, que o meio utilizado seja necessário ao objetivo almejado, devendo-se escolher dentre os meios adequados aquele que trouxer menores conseqüências negativas aos interessados.<sup>61</sup>

A pena, como será visto no capítulo seguinte, é um mal e como mal serve para dissuadir a prática de outros delitos e para evitar que as pessoas façam justiça com as próprias mãos. O art. 59 do Código Penal brasileiro determina que o juiz ao aplicar a pena deverá fazê-lo de maneira necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Sendo assim, o grande questionamento que surge, objeto do presente estudo, é exatamente determinar o tipo e a quantidade de pena necessária para a consecução de seus fins.

Deve-se verificar ainda se o interesse a ser protegido pela norma penal apresenta relevância suficiente que justifique uma limitação na esfera de liberdade do indivíduo. Impõe-se, assim, ao legislador infraconstitucional que atente a dois momentos distintos. No primeiro, devem ser identificados quais são os bens jurídicos que podem ser elevados à categoria de bem jurídico-penal; em seguida, deverá ser analisada a medida em que determinado bem, pode ser tutelado criminalmente.<sup>62</sup>

De acordo com Mariângela Gama de Magalhães Gomes, decorrente do sub-princípio da necessidade é o princípio da intervenção mínima, pelo qual o direito penal só pode intervir

---

<sup>61</sup> Francisco Fernandes de ARAÚJO, *Princípio da Proporcionalidade. Significado e Aplicação Prática*, cit., p. 62.

<sup>62</sup> Mariângela Gama de Magalhães GOMES, *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*, cit., p. 83.

nos casos necessários, com a missão de proteger os bens jurídicos fundamentais contra os ataques mais graves, e apenas quando os demais ramos do direito não forem capazes de tal proteção, ou seja, de maneira subsidiária. Assim, a ofensa a um bem juridicamente tutelado é a base para justificar a intervenção do Estado na esfera de liberdade do indivíduo.<sup>63</sup>

Alice Bianchini, nesse mesmo sentido, explica que o princípio da necessidade é a primeira perspectiva de análise do princípio da intervenção mínima, sendo decorrente dos valores e princípios constitucionais, razão pela qual a utilização do direito penal refere-se somente às situações que não possam ser resolvidas por outros meios ao dispor do Estado. Assim, a pena só é admitida quando não há outro mal menor capaz de substituí-la.<sup>64</sup>

Em relação ao caráter subsidiário do direito penal, Alice Bianchini afirma ainda 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 (princípio da necessidade), o que caracteriza o direito penal como sendo subsidiário.<sup>65</sup>

Carmen Silvia de Moraes Barros, sobre a necessidade da pena, pondera que:

Num direito penal que encontra sua legitimação na necessidade de proteção e que tem por limite os princípios constitucionalmente consagrados, a intervenção punitiva só pode ocorrer onde houver dissenso, lesividade e necessidade de aplicação de pena para a proteção de bens jurídicos relevantes e do próprio indivíduo.<sup>66</sup>

José Joaquim Gomes Canotilho entende que, no sub-princípio da necessidade, tem-se a idéia de que o cidadão tem direito a uma menor desvantagem social e estabelece quatro condições à noção de necessidade (necessidade material, exigibilidade espacial, exigibilidade temporal e exigibilidade pessoal), divisão esta que não será objeto de estudo neste trabalho.<sup>67</sup>

<sup>63</sup> Mariângela Gama de Magalhães GOMES, *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*, cit., p. 85.

<sup>64</sup> Alice BIANCHINI, *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*, cit., p. 28.

<sup>65</sup> Idem, ibidem, p.142.

<sup>66</sup> Carmen Silvia de Moraes BARROS. *A Individualização da pena na execução Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 72.

<sup>67</sup> José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 264.

Já, segundo André Ramos Tavares, dentro da concepção do Estado de Direito, essa escolha corresponde àquela que menos ônus traga ao cidadão. Não se questiona, portanto, a escolha do fim, mas apenas o meio utilizado em sua relação de custo/benefício.<sup>68</sup>

Esta exigibilidade deve ser associada à busca do meio mais suave dentre os vários possíveis, para que se possa atingir o fim almejado, pois, caso se constate que o meio não serve para atingir o fim, sua utilização deve ser repelida e afastada. A análise da necessidade, contudo, é feita mediante um juízo positivo, por meio do qual se indica, entre os vários meios adequados para atingir um fim, o mais adequado.

Na proporcionalidade, está esculpida a idéia de vedação de excesso, ou seja, a medida há de ser estritamente necessária. Portanto, para aferir a necessidade deve-se perguntar se o meio escolhido foi o menos gravoso dentre as opções existentes.

### **1.6.3 Proporcionalidade em sentido estrito**

Este requisito é também chamado de “máxima do sopesamento”. A proporcionalidade em sentido estrito refere-se a uma questão de medida ou desmedida, a fim de se obter um resultado. Haverá observância do princípio da proporcionalidade, se predominar o valor de maior relevância. Assim, o meio, adequado e necessário para determinado fim, é justificável, se o valor por ele resguardado prepondera sobre o valor protegido pelo direito a ser restringido.<sup>69</sup>

Suzana de Toledo Barros afirma que o legislador, no momento de elaboração da lei penal, abstratamente irá valorar a quantidade de pena que determinada ofensa a um bem jurídico merece como reprimenda, pois o texto constitucional estabelece apenas quais são os bens merecedores de tutela penal, ficando a critério do legislador a quantificação.

---

<sup>68</sup> André Ramos TAVARES, *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 686.

<sup>69</sup> Chade REZEK NETO, *O Princípio da Proporcionalidade no Estado Democrático de Direito*, cit., p 40.

Assim, a proporcionalidade em sentido estrito é um princípio que pauta a atividade do legislador segundo a exigência de uma equânime distribuição de ônus, mas que, por si só, não indica a justa medida do caso concreto, devendo ser realizada a ponderação de bens em jogo.<sup>70</sup>

Segundo Mariângela Gama de Magalhães Gomes, este é o último momento em que se efetua o juízo de pertinência constitucional da norma incriminadora, impondo que meio e fim devem resultar proporcionais, um em relação ao outro. Afirma ainda que cabe ao legislador penal ponderar o valor do bem jurídico a ser protegido criminalmente, assim como o desvalor da conduta a ele afrontosa, com o valor da liberdade ameaçada, e enfim estabelecer a medida em que é cabível abrir mão de um direito individual em nome do coletivo.<sup>71</sup>

André Ramos Tavares explica que a doutrina alemã não é unânime em aceitar esse requisito do princípio da proporcionalidade, pois alguns consideram uma etapa com alto grau de subjetividade e, assim, imprestável para servir de critério.<sup>72</sup>

De acordo com o requisito da proporcionalidade em sentido estrito, deve ser verificado se a medida utilizada ocasionará mais vantagens do que desvantagens. Nesse sentido, pergunta-se: existe proporcionalidade entre a medida infligida ao indivíduo e o benefício que ela institui à coletividade?

Finalizando, Denílson Feitosa Pacheco expõe que o princípio da proporcionalidade enquanto constituído pelas regras da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido

---

<sup>70</sup> Suzana de Toledo BARROS, *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, cit., p. 87.

<sup>71</sup> Mariângela Gama de Magalhães GOMES, *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*, cit., p. 170-171.

<sup>72</sup> André Ramos TAVARES, *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 687.

estrito é uma implicação lógica do caráter jurídico da constituição, como norma rígida e hierarquicamente superior.<sup>73</sup>

### **1.7 Previsão constitucional e fundamentação do princípio da proporcionalidade em matéria penal**

Após analisar detidamente a origem do princípio da proporcionalidade e sua relação no direito de outros povos, bem como seus elementos, deve-se questionar acerca de sua previsão no texto da Constituição Federal brasileira de 1988.

O direito penal, como se verá no capítulo seguinte, tem a finalidade de resolver os conflitos surgidos entre os indivíduos e a sociedade na busca da tranquilidade e segurança jurídica, através da mínima intervenção dos poderes públicos sobre a liberdade dos cidadãos.

Mas o problema do direito penal não está ligado a sua intervenção propriamente dita, mas sim à maneira como deve ser feita, ou seja, na forma como será realizada essa intervenção na esfera de liberdade dos indivíduos, não discricionariamente, mas proporcional à violação do bem jurídico protegido pela norma.

Mariângela Gama de Magalhães Gomes afirma que é possível extrair o princípio da proporcionalidade, a partir do art.1º da Constituição Federal brasileira de 1988,<sup>74</sup> através da expressão “Estado Democrático de Direito”, pois os direitos fundamentais daí decorrentes só poderão ser limitados pelo Poder Público para a tutela de interesses públicos.<sup>75</sup>

Esse é o entendimento também de Linda Luiza Johnlei Wu ao dizer que: “*Partindo-se da análise do modelo de Estado adotado, conclui-se que o princípio da proporcionalidade é*

---

<sup>73</sup> Denílson Feitoza PACHECO, *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Processual Penal Brasileiro*, cit., p. 89.

<sup>74</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...).

<sup>75</sup> Mariângela Gama de Magalhães GOMES, *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*, cit., p. 63.

*um princípio garantidor da realização do Estado Democrático de Direito, uma vez que esse preza pela proteção da liberdade e pela igualdade de todos os indivíduos.*<sup>76</sup>

Afirma ainda, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, que as concepções de justiça, liberdade, dignidade da pessoa humana, igualdade, proibição de penas cruéis e desumanas, devido processo legal, proporcionalidade do direito de resposta e proibição de arbitrariedade dos poderes públicos são decorrências do princípio da proporcionalidade contido implicitamente no texto constitucional.<sup>77</sup>

Tal proporcionalidade em matéria penal, ainda que não proclamada expressamente no texto constitucional brasileiro, encontra-se inserida na própria lógica do sistema de penas erigido pela legislação quando da fixação dos tipos e suas respectivas penas.

Sobre a falta de previsão expressa do princípio da proporcionalidade Linda Luiza Johnlei Wu expõe:

O princípio da proporcionalidade é justamente um dos princípios que se encontram implícitos na Constituição Federal de 1988, possível de ser extraído em razão do modelo de Estado ora escolhido. Isso porque exerce papel fundamental na concretização da justiça e da igualdade material proposta. É um princípio que possui um grande conteúdo ético, pois ao propor a ponderação, a moderação, o equilíbrio, está na verdade buscando por valores éticos como o bom, o bem, o belo e o justo; é, sem dúvida alguma, um dos princípios do “Direito Justo”.<sup>78</sup>

Assim, a grande dificuldade está em delimitar a exata fundamentação do princípio da proporcionalidade diante da falta de expressa previsão constitucional, pois inúmeros são os caminhos que podem ser utilizados para justificar e fundamentar normativamente o princípio da proporcionalidade.

Paulo Bonavides entende que o princípio da proporcionalidade é um princípio positivado em nosso ordenamento jurídico-constitucional inserido no Estado Democrático de

---

<sup>76</sup> Paulo César Corrêa BORGES (Org.), *O Princípio da Igualdade na Perspectiva Penal: temas atuais*, cit., p. 41.

<sup>77</sup> Mariângela Gama de Magalhães GOMES, *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*, cit., p. 72.

<sup>78</sup> Paulo César Corrêa BORGES (Org.), *O Princípio da Igualdade na Perspectiva Penal: temas atuais*, cit., p. 34.

Direito, fluindo do artigo 5º, § 2º da Constituição Federal brasileira de 1988,<sup>79</sup> que abrange a parte não expressa dos direitos e garantias da constituição, decorrentes da natureza do regime, do Estado de Direito e dos princípios expressos e que tornam o texto inviolável.<sup>80</sup>

Prescreve ainda os textos constitucionais onde o princípio da proporcionalidade está previsto como norma, quais sejam:

Incisos V, X e XXV do art. 5º sobre direitos e deveres individuais e coletivos; incisos, IV, V e XXI do art. 7º sobre direitos sociais; § 3º do art. Sobre intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal; inciso IX do art. 37 sobre disposições gerais pertinentes à administração pública; § 4º, bem como alíneas *c* e *d* do inciso d III do art. 40 sobre aposentadoria de servidor público; inciso V do art. 40 sobre competência exclusiva do Congresso Nacional; inciso VIII do art. 71 da Seção que dispõe sobre fiscalização contábil, financeira e orçamentária; parágrafo único do art. 84 relativo à competência privativa do Presidente da República; incisos II e IX do art. 129 sobre funções constitucionais do Ministério Público; *caput* do art. 170 sobre princípios gerais da atividade econômica pelo Estado; § 1º do art. 174 e inciso IV do art. 175 sobre prestação de serviços públicos.<sup>81</sup>

Chade Rezek Neto informa que, apesar da fundamentação acima demonstrada, alguns juristas fundamentam o princípio da proporcionalidade no princípio do devido processo legal do art. 5º, LIV da Constituição que dispõe que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.<sup>82</sup>

O devido processo legal é originário do direito anglo-saxão, cuja cláusula *law of the land*, constante da Magna Carta do Rei João Sem-Terra, evoluiu para o que, é hoje chamado no direito norte-americano de *due process of law* e que já se irradiou para diversos outros ordenamentos jurídicos.

De acordo com Suzana de Toledo Barros, embora o princípio da proporcionalidade tenha se consagrado no direito norte-americano há mais de um século, no Brasil o mesmo não

---

<sup>79</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Art. 5º, §2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

<sup>80</sup> Paulo BONAVIDES. *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 436.

<sup>81</sup> Idem, *ibidem*, p. 434-435.

<sup>82</sup> Chade REZEK NETO, *O Princípio da Proporcionalidade no Estado Democrático de Direito*, cit., p. 33.



aconteceu em virtude da falta de um estudo minucioso sobre o princípio do devido processo legal.<sup>83</sup>

Suzana de Toledo Barros reitera que:

A existência do princípio da proporcionalidade no nosso sistema não depende, assim, de estar contido em uma formulação textual na Constituição. Desde que seja possível hauri-lo de outros princípios constitucionais, estará caracterizado e, de resto, sua aplicação será obra dos Tribunais.<sup>84</sup>

No âmbito da elaboração legislativa penal, o princípio da proporcionalidade encontra seu fundamento na Constituição, principalmente nas expressões: proibição de penas cruéis, justiça, liberdade, dignidade da pessoa humana, igualdade, direito de resposta, devido processo legal, dentre outras.

Ora, sendo o princípio da proporcionalidade a regra que estabelece a necessidade de se encontrar a medida da consequência jurídica do delito, ainda que não previsto expressamente, diz respeito à forma penal de tutela dos direitos do cidadão em como se punir, revelando-se, portanto, como um princípio constitucional.

Assim sendo, independente da origem e do fundamento jurídico em que se baseia, entende-se que o princípio da proporcionalidade, ao lado de outros princípios constitucionais, explícita ou implicitamente previstos, confere validade e existência ao ordenamento jurídico.

### **1.8 Proporcionalidade e razoabilidade na doutrina e na jurisprudência**

A proporcionalidade e a razoabilidade não se confundem, pois possuem origens distintas. A proporcionalidade com origem germânica, enquanto que a razoabilidade resulta da construção jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana.

A razoabilidade exerce a função controladora na aplicação do princípio da proporcionalidade ao se questionar se, nas circunstâncias, era possível adotar outra medida ou

---

<sup>83</sup> Suzana de Toledo BARROS, *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, cit., p.68.

<sup>84</sup> Idem, *ibidem*, p. 93.

meio menos grave ao cidadão. Efetivamente, foi nos Estados Unidos que houve o aprofundamento do princípio da razoabilidade em virtude da Inglaterra não possuir uma Constituição escrita nem rígida.

Luís Roberto Barroso entende que tanto a proporcionalidade quanto a razoabilidade constituem “parâmetro de valorização dos atos do Poder Público para aferir se estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça”. Razoável e proporcional são expressões fungíveis, aplicáveis em todas as vezes que houver equilíbrio e moderação.<sup>85</sup>

De maneira diversa, Humberto Ávila, explica que a razoabilidade estrutura a aplicação de outras normas, princípios e regras, sendo utilizada em vários contextos e com várias finalidades. Para ele, a aplicação da proporcionalidade ocorre quando é avaliado se a adequação e necessidade de uma medida, bem como sua correlação meio-fim, não afastam, *in abstracto*, um bem jurídico igualmente tutelável. Já a razoabilidade implica numa análise da situação pessoal do sujeito envolvido, do caso concreto em que se apresenta.<sup>86</sup>

Na jurisprudência brasileira, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade têm sido utilizados com muita frequência como um só princípio, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal que utiliza indistintamente os dois princípios. Existem casos em que o mesmo ministro como neste julgamento descrito abaixo, o ministro Menezes Direito, em situações semelhantes utiliza os dois termos como expressões sinônimas.<sup>87</sup>

---

<sup>85</sup> Luis Roberto BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, cit., p. 305.

<sup>86</sup> Humberto ÁVILA, *Teoria dos Princípios. Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, cit., p. 138-148.

<sup>87</sup> HC 89032/SP. Relator: Min. Menezes Direito. Julgamento: 09/10/2007. Publicado no DJ 23-11-2007. EMENTA Habeas corpus. Constitucional. Penal e processual penal. Sentença condenatória fundada em provas ilícitas. Inocorrência da aplicação da teoria dos "frutos da árvore envenenada". Provas autônomas. Desnecessidade de desentranhamento da prova ilícita. Impossibilidade de aplicação do art. 580 do CPP à espécie. Inocorrência de ofensa aos artigos 59 e 68 do Código Penal. Habeas corpus indeferido. Liminar cassada. 1. A prova tida como ilícita não contaminou os demais elementos do acervo probatório, que são autônomos, não havendo motivo para a anulação da sentença. 2. Desnecessário o desentranhamento dos autos da prova declarada ilícita, diante da ausência de qualquer resultado prático em tal providência, considerado, ademais que a ação penal transitou em julgado. 3. É Impossível, na espécie, a aplicação da regra contida no art. 580 do Código de

Sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, o Direito Penal brasileiro há de ser legítimo, democrático e obediente aos princípios constitucionais que o informam, passando o tipo penal a ser preenchido com os princípios derivados deste perfil político-constitucional.

Portanto, independente do termo utilizado, seja proporcionalidade ou razoabilidade, os princípios constitucionais devem atuar como balizas para a correta interpretação e a justa aplicação das normas penais no Direito Penal brasileiro.

---

Processo Penal, pois há diferença de situação entre o paciente e o co-réu absolvido, certo que em relação ao primeiro existiam provas idôneas e suficientes para respaldar sua condenação. 4. No que se refere aos fundamentos adotados na dosimetria da pena, não se vislumbra ofensa aos artigos 59 e 68 do Código Penal. A motivação dada pelo Juízo sentenciante, além de satisfatória, demonstrou **proporcionalidade** entre a conduta ilícita e a pena aplicada em concreto, dentre os limites estabelecidos pela legislação de regência. 5. Habeas corpus denegado e liminar cassada. (grifo nosso).

HC 92116/RJ. Relator: Min. Menezes Direito. Julgamento: 25/09/2007. Publicado no DJ 11-10-2007.

EMENTA Habeas corpus. Receptação. Material bélico de propriedade da Aeronáutica. Dosimetria da pena. Aplicação do artigo 69 do Código Penal Militar. Fixação da pena-base no máximo legal permitido. **Razoabilidade**. Fundamentação apropriada. 1. A avaliação das circunstâncias judiciais previstas no artigo 69 do Código Penal Militar, que enseja aplicação transparente do juízo de **razoabilidade** formulado pelo Magistrado para aplicar a reprimenda, pode ser realizada em qualquer parte da sentença. Não há falar, assim, em ausência de fundamentos para a aplicação da pena-base no máximo legal permitido sem que se examine todo o corpo da decisão judicial. 2. A dosimetria da pena reclama fundamentação idônea, não a utilização de critérios matemáticos. 3. Eventual excesso na fixação da pena-base, o que não ocorre no caso, estaria corrigido pela não-aplicação, na hipótese vertente, da agravante da reincidência. 4. Habeas corpus indeferido. (grifo nosso).

## CAPÍTULO II

### A PENA E O DIREITO PENAL

#### 2.1 A missão do direito penal

Analisado o princípio da proporcionalidade, desde a origem até sua previsão jurisprudencial, faz-se necessário neste momento observar sua ligação no âmbito do direito penal, mais precisamente nos termos deste trabalho, em relação à aplicação da pena.

Antes de se pensar propriamente em pena, deve-se ter em mente qual é a missão do Direito Penal, pois o direito como regra de conduta social surge com a sociedade, e o Direito Penal é o instrumento utilizado pelo Estado no combate à criminalidade, sendo o meio mais brutal de privação da liberdade dos indivíduos, privando-os ainda de outros direitos como o de acompanharem o desenvolvimento de seus filhos, de participarem da vida em sociedade, do contato com seus familiares e colegas de trabalho, bem como de participarem da vida política.<sup>88</sup>

Conforme acentua Eugenio Raúl Zaffaroni,

O direito penal tem como caráter diferenciador, o de procurar cumprir a função de promover à segurança jurídica mediante a coerção penal, e esta, por sua vez, se distingue das restantes coerções jurídicas, porque aspira assumir caráter especificamente preventivo ou particularmente reparador.<sup>89</sup>

A maior característica do direito penal, segundo Jesús-María Silva Sánchez, é seu alto grau de formalização traduzido pelo exercício estatal do direito de punir, conforme pode ser verificado na seguinte passagem:

---

<sup>88</sup> Janaina Conceição PASCHOAL. *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p.25.

<sup>89</sup> Eugenio Raúl ZAFFARONI; José Henrique PIERANGELI. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 99.

La característica que singulariza al Derecho penal respecto a otros medios del control social radica, como al principio se señaló, no en lo punitivo, sino en lo jurídico y, en concreto, en el alto grado de formalización que esto último supone. Esta formalización preside el ejercicio jurídico-penal del ius puniendi mostrándolo como un ejercicio controlado, no ya por consideraciones de utilidad social, sino por garantías establecidas en favor del individuo delincuente.<sup>90</sup>

Segundo Hassemer, o Direito penal pôde ser visto de acordo com o contexto histórico como mal, puro, curativo e finalmente protetor, pois, não se compõe apenas de ameaças de punição e de proibições, mas também de segurança nos processos e de promessa de garantías para os que nele atuam; ele consiste em garantías jurídicas para aqueles que estão sujeitos à ameaça de punição, ao processo penal e à execução da pena.<sup>91</sup>

Sebastián Soler pondera que:

Son muy variadas las razones por las cuales la ley apela a esta manera reforzada de proteger un derecho. En general, conduce a esa forma de protección un conjunto de principios y de razones cuyo balanceamiento es una delicada tarea de política legislativa.

En líneas generales es posible senalar:

- a) la importância del bien jurídico o del valor jurídico que se vincula con determinada norma.
- b) Aun no tratándose de valores supremos como los de la vida, la libertad o la seguridad, la perturbación traída por la mera frecuencia de la transgresión.
- c) La real irreparabilidad del dano, como ocurre con el homicidio, que ninguna compensación satisfactoria puede tener.
- d) La forma misma que la lesión asume y la manera de producirla. En general, son particularmente objeto de reprobación la violencia y el fraude.
- e) Cuando un bien es muy valioso, se disponen defensas que previenen el mero peligro del dano a ese bien, y aun el peligro remoto (contravenciones). Cuando median razones de ese tipo, se acentúa la necesidad de evitar la lesión, la voluntad preventiva. Se acentúa solamente; pero no cambia.<sup>92</sup>

Luiz Luisi explica que a necessidade de conter os excessos criminalizadores conduz o direito penal a tutelar não só direitos subjetivos, mas também bens jurídicos. Cada sociedade valora seus bens de acordo com sua cultura, havendo situações em que uma determinada classe de bens é valorada por várias sociedades, enquanto outras, não; portanto, o critério de

<sup>90</sup> Jesús-María Silva SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, cit., p. 250.

<sup>91</sup> Winfried HASSEMER. *Direito Penal Libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 70-79.

<sup>92</sup> Sebastián SOLER. *Derecho Penal Argentino*. Actualizador: Guillermo J. Fierro. Vol II. 11 ed. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 2000. p.397.

proteção dos bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade, não é absoluto, oscilando em diversos países.<sup>93</sup>

Carmen Silvia de Moraes Barros, nesse mesmo sentido, pondera que:

Assim, no Estado democrático de direito, o direito penal só pode intervir quando se mostrar imprescindível para a proteção dos cidadãos. Vale dizer, legitimada a intervenção penal na necessidade de proteção de bens jurídicos, o direito penal intervém exclusivamente de forma subsidiária – quando não for possível a utilização de outros meios de controle – e fragmentária – só nos casos de ataques especialmente graves –, visando a proteção dos bens cuja tutela é necessária.<sup>94</sup>

Janaina Conceição Paschoal, analisando a evolução do conceito de bem jurídico, afirma que Paul Johann Anselm Feuerbach foi o primeiro estudioso a limitar o recurso ao Direito penal à proteção de um direito subjetivo, visando limitar o poder do Estado, mesmo quando admite as simples violações de polícia como crimes, impedindo sua aplicação arbitrária independentemente de qualquer lesão.

Segue expondo que o primeiro estudioso a considerar o conceito de bem jurídico foi Johan Michael Franz Birnbaum, demonstrando que o Direito penal visava garantir a proteção de bens jurídicos, como objeto ou coisa, e não direitos subjetivos.

Mais adiante, Janaina Conceição Paschoal informa que Binding acrescenta que não é qualquer bem jurídico que o direito penal visa proteger, mas sim aqueles que apresentam relevância jurídica para o legislador, sendo o primeiro registro do caráter fragmentário do direito penal. Contrariando o pensamento de Binding, Franz Von Liszt entendia que o bem jurídico penal não era criado pelo legislador, mas pela norma penal.<sup>95</sup>

Hoje, os bens jurídicos, para os quais se reclama a proteção do direito penal, têm natureza diferente daqueles que, desde o iluminismo, integravam o núcleo de sua

---

<sup>93</sup> Luiz LUISI. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003. p.168-171.

<sup>94</sup> Carmen Silvia de Moraes BARROS, *A Individualização da Pena na Execução Penal*, cit., p.69-70.

<sup>95</sup> Janaina Conceição PASCHOAL, *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*, cit., p.27-29.

preocupação. O direito penal tradicional cuidava de bens eminentemente individuais, como a vida, a saúde, o patrimônio, a honra, cujas lesões eram facilmente identificadas e sancionadas.

Nos últimos anos, a revolução tecnológica provocou uma profunda transformação na sociedade, alterando a forma da criminalidade, que aparece cada vez mais difícil de ser identificada, o que se traduz na grande dificuldade em sancionar ações que, por vezes, parece não ter previsão legal. Daí a necessidade de aplicação proporcional da pena à violação da conduta.

O direito penal deve respeitar as garantias fundamentais do indivíduo e do Estado Democrático de Direito e o bem jurídico é que pode fornecer esses elementos; portanto, a constituição, através dos seus princípios, é a base para um Direito Penal garantidor, liberal e mínimo.

Assim, dignos ou merecedores de tutela penal são aqueles bens que integram a ordem constitucional por terem sido reconhecidos em uma dada sociedade como relevantes para sua conservação, observando-se que essa dignidade não é suficiente para justificar a criminalização, fazendo-se ainda mister verificar, no caso concreto, se existe a necessidade da tutela de natureza penal.<sup>96</sup>

O fundamento do Direito Penal na proteção de bens jurídicos é o entendimento também de Bruno de Moraes Ribeiro, de acordo com a seguinte passagem:

Assim, o Direito Penal se fundamenta na necessidade de proteção subsidiária de bens jurídicos, conforme os legítimos interesses da coletividade, e de preservação da relativa tranquilidade do convívio social, visando a defesa da sociedade contra a prática de infrações penais.<sup>97</sup>

Leonardo Sica, resumidamente, expõe também que não há questionamento quanto à missão precípua do direito penal na proteção de bens jurídicos, de forma subsidiária e fragmentária:

Esse escopo implica:

a) definição e concepção do fato criminoso (crime) em sua extensão social; b) compreensão do verdadeiro significado de bem jurídico e eleição daqueles

---

<sup>96</sup> Janaina Conceição PASCHOAL, *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*, cit., p.51.

<sup>97</sup> Bruno de Moraes RIBEIRO. *A função de Reintegração Social da Pena Privativa de Liberdade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008. p.24.

considerados vitais à comunidade, ou carentes de tutela penal; c) seleção das condutas lesivas dignas de serem criminalizadas; e d) escolhas das respostas penais menos ofensivas ao cidadão.<sup>98</sup>

Alice Bianchini pondera que para se criminalizar determinada conduta não basta que o bem jurídico tenha dignidade penal, deve-se verificar ainda se está criminalizando uma conduta danosa para a sociedade.<sup>99</sup>

Sob a ótica do Direito Penal, a definição de crimes e a cominação de penas seguem o mandamento do princípio da legalidade previsto no art.1º do Código Penal brasileiro e do art. 5º, XXIX, da Constituição Federal.

Vale ressaltar que o bem jurídico serve de critério de interpretação dos tipos penais, condicionando seu sentido e alcance. Ao analisar o Código Penal brasileiro observa-se, na parte especial, um escalonamento e uma graduação diferente nos diversos tipos penais, isso porque o direito penal valora diferentemente os bens jurídicos que quer proteger.

Assim, embora a individualização constitucional dos bens jurídicos penalmente importantes sejam imprescindível para a avaliação da legitimidade da intervenção penal, somente ela não é suficiente para se apreender quais sejam as diversas intensidades que tal tutela pode apresentar, ou seja, qual a intensidade necessária para que o bem jurídico encontre-se efetivamente protegido. Uma vez superada a verificação de que o bem jurídico apresenta-se digno de tutela penal, resta observar o requisito da lesividade ou periculosidade que deve caracterizar a conduta àquele afrontosa.<sup>100</sup>

A opção pela criminalização de determinadas condutas deve levar em conta o processo de ponderação dos bens jurídicos através do texto constitucional, garantindo-se a dignidade da pessoa humana, fundamento de existência do Estado Democrático de Direito, sendo a constituição um limite positivo ao direito penal.

A concepção da Constituição, enquanto limite do Direito Penal, permite que se faça uma reflexão integrada com a sociedade, quando da promulgação da norma constitucional (que deve refletir os valores que lhe são caros, em um dado

---

<sup>98</sup> Leonardo SICA. *Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 55-56.

<sup>99</sup> Alice BIANCHINI, *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*, cit., p. 57.

<sup>100</sup> Mariângela Gama de Magalhães GOMES, *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*, cit., p. 115.



momento), possibilitando, igualmente, que essa mesma reflexão integrada com a necessidade social seja realizada quando da eventual elaboração da norma penal.<sup>101</sup>

Analisar a Constituição apenas como limite ao direito penal corrobora com o princípio da intervenção mínima que demonstra ser o direito penal pautado na necessidade efetiva e não meramente formal da tutela penal; portanto, deve ser e é a *ultima ratio*, mas a *ultima ratio* em duplo sentido.

Primeiro, porque, somente quando todos os outros ramos do direito não conseguirem responder às necessidades de tutela dos bens jurídicos necessitados de proteção, é que devem ser empregados os mecanismos de tutela repressiva pelo direito penal. Segundo, porque ele representa o último poder legítimo para ofender o próprio corpo.<sup>102</sup>

Compreendendo-se a atuação estatal penal como a *ultima ratio* para a solução dos conflitos nominados como criminais, quando num Estado Democrático de Direito decidem os poderes públicos incriminar uma conduta – o que significa definitivamente o reconhecimento do fracasso de sua política social –, o objeto de proteção da norma penal deve ser estritamente individualizado. Isto significa assinalar claramente, livre de qualquer encobrimento ideológico, o que realmente deve ser protegido pela norma penal.<sup>103</sup>

Mas, embora exista a concepção minimalista do direito penal, nem sempre a sociedade compartilha dessa postura ideológica, pois a cada dia novos delitos são praticados, levando à tipificação de novos comportamentos delitivos que antes eram indiferentes penais, o que gera uma inflação legislativa que conduz ao descrédito e à desmoralização do direito penal.<sup>104</sup>

Essa política de criminalização nos dias atuais tem levado à hipertrofia do Direito Penal, diante das frequentes alterações da legislação, quer seja pela tipificação de novas condutas delitivas ou pelo endurecimento das sanções penais ou ainda pela não obediência ao

---

<sup>101</sup> Janaina Conceição PASCHOAL, *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*, cit., p. 84.

<sup>102</sup> José de Faria COSTA. *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: Alguns Cruzamentos Reflexivos*. Coimbra Editora, 2005. p. 89.

<sup>103</sup> André COPETTI. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 100.

<sup>104</sup> Rogério GRECO. *Direito Penal do Equilíbrio: Uma visão Minimalista do Direito Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2006. p.72-73.

princípio da proporcionalidade. Assim, a busca deve orientar-se pela escolha de penas menos agressivas como forma de limitar o *jus puniendi* do Estado.

## 2.2 A origem da pena

Após a análise e constatação de que a principal função do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos mais importantes para a vida em sociedade, faz-se necessário neste momento analisar essa forma de proteção, que é a pena.

Ao se falar em pena, a primeira preocupação que se deve ter é a de determinar precisamente a sua origem. Historicamente falando, não se sabe ao certo a origem da palavra pena, para uns com origem latina (*poena ou punere*) para outros grega (*ponos, poiné*).

Mas, independente de sua origem, voltando ao passado mais longínquo do homem, já nas Sagradas Escrituras, o primeiro pecado que representa uma das primeiras formas de pena, foi o de Adão e Eva, no momento em que não resistiu à tentação e comeu o fruto da árvore do bem e do mal; portanto, desde seu surgimento até os dias atuais, o homem sempre teve sanções pelos delitos que praticou, sendo que a quantidade e a forma de punição é que variou de acordo com a época e com os povos que a aplicaram.<sup>105</sup>

O instituto da pena sofreu inúmeras transformações nas várias sociedades, desde os tempos primitivos até a atualidade, passando pelas fases da vingança privada, vingança divina, vingança pública e do período humanitário.

Sobre as diversas formas de vingança, Francesco Carrara, expõe que:

Sempre, porém, em todo o curso de tal processo de idéias, perseverou-se em considerar a vingança como eixo dominante na punição dos delinquentes; e decorreram séculos sob a fórmula da vingança privada, divina ou pública, sem muito se preocupar com a legitimidade jurídica das punições.<sup>106</sup>

---

<sup>105</sup> José Antônio Paganella BOSCHI. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 91.

<sup>106</sup> Francesco CARRARA. *Programa do Curso de Direito Criminal*. Parte Geral. Vol. II, Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2002. p. 53.

Na origem do direito dos povos, o direito sempre esteve ligado à religião, sendo a única lei conhecida. Os crimes praticados eram considerados atentados contra a divindade, cuja ira seria aplacada através do castigo de todo o grupo social, nascendo a pena com a marca da vingança social, pois a religião, o culto, o totem e o tabu eram comuns a toda a sociedade.<sup>107</sup>

Na sua fase mais rudimentar, o homem primitivo, como assinala Oswaldo Henrique Duek Marques:

encontrava-se muito ligado à sua comunidade, pois fora dela sentia-se desprotegido dos perigos imaginários. Essa ligação refletia-se na organização jurídica primitiva, baseada no chamado vínculo de sangue, representado pela recíproca tutela daqueles que possuíam uma descendência comum. Dele se originava a chamada vingança de sangue, definida por Erich Fromm como um dever sagrado que recai num membro de determinada família, de um clã ou de uma tribo, que tem de matar um membro de uma unidade correspondente, se um de seus companheiros tiver sido morto.<sup>108</sup>

Sucedendo à vingança de sangue vieram as penas de expulsão do ofensor e seu banimento do próprio território. Era uma modalidade superior de pena em relação à vingança, uma vez que distinguia a pessoa do criminoso dos demais membros do clã, excluindo os inocentes de pagarem pelos pecadores.

Com o advento de uma maior organização social, a civilização ocidental substituiu a vingança divina pela vingança pública. A transformação acontecida foi a passagem de um período nitidamente religioso, em que se punia em nome de uma divindade sobrenatural, para um período eminentemente público, surgido com a instauração do direito escrito, onde a pena passa a ser codificada.<sup>109</sup>

Com o surgimento do Estado e com a organização política da sociedade, a pena passou a ter um sentido político, racionalizando-se o poder de punir exercido pelo Estado. Nesse

---

<sup>107</sup> Antônio Maria ISERHARD. *Caráter Vingativo da Pena*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005. p.15-23.

<sup>108</sup> Oswaldo Henrique DUEK MARQUES. *Fundamentos da Pena*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 9-10.

<sup>109</sup> Antônio Maria ISERHARD, *Caráter Vingativo da Pena*, cit., p.32.

período, a pena visava à segurança do príncipe ou à estabilidade do Estado, pelo terror, medindo-se a força do soberano pela crueldade das penas aplicadas a seus súditos.

As penas aplicadas variavam entre queimar membros do criminoso com enxofre, chumbo derretido, ou esquartejá-lo em praça pública conforme narra Michel Foucault em sua obra “Vigiar e Punir”.

(Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757), a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris (aonde devia ser) levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; (em seguida), na dita carroça, na praça de Grève, e sobre o patíbulo que ai seria erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimado com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento.<sup>110</sup>

De acordo com Mariano Ruiz Funes

As penas do passado são transpessoais. Ignoram o homem e só se propõem a sua destruição ou a sua mutilação. Tratam de associar o delito à representação duma dor física e à sua recordação. Deste modo, vingam pelo sofrimento o fato criminoso e pensam que a marca desse sofrimento será bastante para impedir as futuras condutas criminosas.<sup>111</sup>

Assim sendo, nas comunidades mais antigas, aplicava-se a pena como imposição natural, decorrente de normas pressupostas, sem qualquer perquirição sobre a racionalidade, a proporcionalidade e a justiça e, com maior percepção, sobre a necessidade de impedir a utilização desmedida da aflição.

A pena de talião constituiu o início da penalidade na origem do direito escrito dos povos, como forma de limitação de reação à ofensa, punindo o delinqüente com um mal idêntico ao praticado. É o sangue por sangue, olho por olho, dente por dente. Foi adotado no Código de Hamurabi, no Êxodo e na Lei das XII Tábuas, e, embora atingisse apenas o

---

<sup>110</sup> Michel FOULCAULT. *Vigiar e Punir*. 24 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2001. p. 9.

<sup>111</sup> Mariano Ruiz FUNES. *A Crise nas Prisões*. São Paulo: Saraiva, 1953. p. 45.

delinqüente, ainda era por demais rigorosa, embora de forma rudimentar fosse proporcional ao crime praticado.<sup>112</sup>

Sucedendo ao Talião, surgiu a pena de composição como alternativa às penas corporais e de vingança, mediante a compra da liberdade através do pagamento de indenização em dinheiro ou bens de valor econômico à vítima ou a seus familiares, de acordo com as regras vigentes à época. E considerada como a origem mais remota das modernas formas de indenização.

Somente com o advento da Revolução Francesa é que as penas bárbaras tiveram fim, advindo um novo período, iluminado pelos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade, ou seja, a pena abandonou seu fundamento teológico e assumiu o fim utilitário. Foi nesse momento que o homem tomou consciência crítica do problema penal.<sup>113</sup>

Figura ilustre e de extraordinária importância nesse campo é a de Cesare Bonesana, também conhecido como Marquês de Beccaria, nascido em Milão, em 1738, filósofo seguidor das idéias de Rousseau e Montesquieu, autor do famoso livro “*Dei delitti e delle pene*”. Em sua visão, a pena seria o meio de evitar que o criminoso incidisse no pecado e, não como um castigo imposto ao delinqüente por haver pecado. Para ele, a pena seria tanto mais justa e útil quanto mais próxima e rápida estivesse do crime. Observou que as penas deviam ser proporcionais entre elas mesmas e os crimes.<sup>114</sup>

René Ariel Dotti, de forma sintética, expõe as principais contribuições críticas que Beccaria fez ao sistema criminal vigente da época:

a) denuncia o uso da lei em favor de minorias autoritárias; b) sustenta a idéia da proporcionalidade entre os delitos e as penas; c) prega a necessidade de clareza das leis e rejeita o pretexto adotado por muitos magistrados de que era preciso “consultar o espírito da lei”, visando aplicá-la de forma injusta; d) analisa as origens das penas e do direito de punir, sustentando que a moral política não pode proporcionar nenhuma vantagem durável se não estiver baseada “sobre sentimentos indeléveis do

---

<sup>112</sup> Antônio Maria ISERHARD, *Caráter Vingativo da Pena*, cit., p.31.

<sup>113</sup> Inácio de CARVALHO NETO. *Aplicação da Pena*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 9.

<sup>114</sup> Antônio Maria ISERHARD, *Caráter Vingativo da Pena*, cit., p.38.

coração do homem”; e) advoga a moderação das penas opondo-se vigorosamente à pena de morte e as demais formas de sanções cruéis; f) condena a tortura como meio para obter confissões e sustenta a necessidade da lei estabelecer, com precisão, quais seriam os indícios que poderiam justificar a prisão de uma pessoa acusada de um delito; g) reprovava o costume de se pôr a cabeça a prêmio, i.e., de oferecer recompensa para a captura do criminoso; h) reivindica a necessidade de uma classificação de delitos e a descriminalização de vários deles.<sup>115</sup>

As concepções filosóficas e as idéias libertárias de Beccaria constituíram um divisor de águas entre o passado e o futuro de um Direito Penal caracterizado por postulados da Filosofia e pelo sentido de humanização do direito de punir.

### 2.3 O conceito de pena

A pena é coação, sanção, e é através do Direito Penal que as sociedades politicamente organizadas distribuem as penas, sendo a última instância comunitariamente legitimada, para ter o monopólio da produção e distribuição da pena.

Aníbal Bruno conceitua a pena como sendo “a sanção consistente na privação de determinados bens jurídicos, que o Estado impõe contra a prática de um fato definido como crime.”<sup>116</sup>

Fran von Liszt, em seu Tratado de Direito Penal Alemão, conceitua a pena como sendo:

I. A pena é o mal, que, por intermédio dos órgãos da administração da justiça criminal, o Estado inflige ao delinqüente em razão do delito.

1º A pena é um mal que o delinqüente sofre, é lesão de bens, ofensa de interesses juridicamente protegidos pela mesma ordem jurídica que os protege. (...)

2º A pena é ofensa de um bem jurídico, pertencente ao delinqüente e tem por fim lesá-lo nesse seu interesse. Se a ofensa não recaí sobre o delinqüente ou se somente o atinge indiretamente, não se dá pena. (...)

3º A pena resulta da ofensa cometida, e, conquanto se estenda, pelo seu destino, ao futuro, liga-se, como efeito do injusto, a um fato passado.(...)

4º A pena deve ser imposta pelos órgãos da administração da justiça criminal. (...)<sup>117</sup>

<sup>115</sup> René Ariel DOTTL. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 144.

<sup>116</sup> Aníbal BRUNO. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo III. 4 ed. Forense: Rio de Janeiro, 1984. p. 22.

<sup>117</sup> Fran Von LISZT. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tradução: José Higino Duarte Pereira. Tomo I, 1 ed. Campinas: Russel Editores, 2003. p. 371-377.

Nesse mesmo sentido é a conceituação de Sebastián Soler que entende que: “a pena es un mal amenazado primero, y luego impuesto al violador de un precepto legal, como retribución, consistente en la disminución de un bien jurídico, y cuyo fin es evitar los delitos.”<sup>118</sup>

A pena é a mais importante consequência jurídica do delito, só podendo ser aplicada posteriormente à conduta violadora da norma penal; portanto, o crime é a condição indispensável para a existência da pena e para o surgimento do direito de punir.

No momento em que o cidadão viola o tipo penal descrito na lei, surge para o Estado o direito de punir, pois cabe a ele o dever de garantir a preservação da segurança e da paz social. O direito de punir, modernamente, é exercido pelo Estado através da sanção penal que se realiza nas penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa, conforme preceitua o art. 32 do Código Penal Brasileiro.<sup>119</sup> Por outro lado o texto constitucional, art. 5º, XLVI, determina outras espécies.<sup>120</sup>

Rogério Lauria Tucci, sobre o poder de punir, expõe que:

Por outro lado, o *ius puniendi* não se apresenta indiscriminado, sofrendo, pelo contrário, limitação ditada pelo denominado *princípio da reserva legal*, consubstanciado na parêmia *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*, em que sobrelevada a inadmissibilidade da punição de ente humano, membro da comunidade, que não tenha praticado ato tido, na legislação específica, como infração penal.<sup>121</sup>

Atualmente, vivemos num Estado Democrático de Direito, sendo que a Constituição Federal brasileira, de 1988, determina em seu artigo 5º, inciso XLVII, ao assegurar os direitos

---

<sup>118</sup> Sebastián SOLER, *Derecho Penal Argentino*, cit., p. 400.

<sup>119</sup> BRASIL. *Código Penal e Constituição Federal*. 46 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Art. 32. As penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - multa.

<sup>120</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Art. 5º, XLVI. A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

<sup>121</sup> Rogério Lauria TUCCI. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 24-25.

e garantias individuais, que: “não haverá penas: de morte, salvo em caso de guerra declarada; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento e cruéis”.<sup>122</sup>

Isso significa um salto qualitativo de especial significação, já que conceitualmente a pena, para os modernos penalistas, vive seus dias de ocaso, conforme preleciona César Barros Leal, em sua obra, *Prisão Crepúsculo de uma Era*.

Saudada no princípio como uma conquista humanizante, a prisão não pode mais sobreviver qual sanção prioritária. Seu declínio é irreversível, apesar das resistências de parcela significativa da sociedade, defensora do endurecimento das penas, mormente da privativa de liberdade. Até quando assistiremos ao uso excessivo, indiscriminado e oneroso do cárcere? Até quando se persistirá neste erro? São perguntas que certamente serão feitas com insistência no novo milênio.<sup>123</sup>

Diante do que foi exposto, entende-se que a pena é o meio juridicamente instituído pelo qual o Estado procura promover a defesa social contra a agressão a bens jurídicos fundamentais e que consiste na privação ou diminuição de um bem individual como a vida, a liberdade, o patrimônio, etc., para a preservação e defesa da ordem jurídica ameaçada.

## 2.4 Sentido e limite das penas

A grande dificuldade de imposição de uma pena é justamente fundamentar quais são os motivos que autorizam a intervenção do Estado na esfera de liberdade dos indivíduos. Para essa resposta, três teorias surgiram ao longo da história do direito penal e justificaram, de acordo com seu tempo, a intervenção estatal.

Para a primeira teoria, chamada de retribucionista ou absoluta, a pena é a retribuição de um mal ao autor de uma infração penal, com a justificativa de se fazer justiça: *malum propter malum*.

Essa é a concepção mais tradicional da pena, fundada em razões éticas, religiosas e políticas. A pena, de acordo com essa teoria, não serve para nada, contendo um fim em si

---

<sup>122</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>123</sup> César Barros LEAL. *Prisão: Crepúsculo de uma Era*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 180.



mesma, ou seja, a retribuição para a realização da justiça. Essa retribuição implica na restrição a um bem jurídico do agente do delito.

Sebastián Soler em sua obra expõe que

El pensamiento común que caracteriza estas teorías es el de juzgar a la pena como una consecuencia necesaria e ineludible del delito, ya sea porque el delito debe ser reparado, ya porque debe ser retribuído. Por una u otra razón, lo fundamental es que la pena sigue tan necesariamente al delito como el efecto a la causa. Ninguna consideración de carácter utilitário o externo a esa necesidad pued valer para impedir la aplicación de la pena; su razón está toda en el delito cometido: *punitur quia peccatum est.*<sup>124</sup>

Aníbal Bruno pondera que “as teorias absolutas partem de uma exigência de justiça e encaminham-se para a realização do justo na retribuição da pena. Retribuição justa do mal injusto que o criminoso praticou e pela qual se processa a reintegração da ordem jurídica violada.”<sup>125</sup>

Leonardo Sica explica que:

A chamada teoria absoluta (correspondente à retribuição), todavia, tem importante contribuição à formulação da teoria da pena: a limitação da pena à culpabilidade do agente. Ao fundamentar a pena na idéia de proporção entre os males, reivindicou, de certa forma, que cada pessoa fosse tratada de acordo com o crime cometido.<sup>126</sup>

De acordo com Santiago Mir Puig, a teoria da retribuição também se relaciona com o critério da proporcionalidade, entendido como limite de garantia do cidadão, conforme expõe a seguir:

É correto assinalar a necessidade de que a pena guarde uma certa ‘proporcionalidade’ com o delito, mas disso não se deriva a validade da teoria da retribuição. A proporcionalidade pode ser concebida como um limite que deve ser respeitado pelo exercício da função punitiva, e que como tal não fundamente a necessidade desta função, mas que, ao contrário, a restrinja.<sup>127</sup>

Essa teoria tem como origem o idealismo alemão fundado na teoria da retribuição ética ou moral de Kant, pois a aplicação da pena decorre de uma necessidade ética, de uma

<sup>124</sup> Sebastián SOLER, *Derecho Penal Argentino*, cit., p. 372-373.

<sup>125</sup> Aníbal BRUNO, *Direito Penal*, cit., p. 32-33.

<sup>126</sup> Leonardo SICA, *Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão*, cit., p.57.

<sup>127</sup> Santiago MIR PUIG. *Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito*. Tradução: Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 61.

exigência absoluta de justiça, sendo os eventuais efeitos preventivos alheios a sua essência. O réu, portanto, deve ser castigado pela única razão de ter delinqüido, sem nenhuma consideração sobre a utilidade da pena.<sup>128</sup>

Segundo Claus Roxin, a teoria da retribuição não serve “porque deixa na obscuridade os pressupostos da punibilidade, porque não estão comprovados os seus fundamentos e porque, como profissão de fé irracional e além do mais contestável, não é vinculante.”<sup>129</sup> Crítica esta realizada por entender outro sentido e fundamento da pena como se verá mais adiante.

Mas, independente dos questionamentos anteriores, o que se deve ter em mente é que ao se exigir que a pena seja proporcional, exige-se que seja idônea e, portanto, incompatível com as teorias absolutas que não atribuem qualquer utilidade à intervenção penal.

A segunda teoria, chamada de relativa ou utilitária, encontra o fundamento da pena na necessidade de evitar a prática futura de delitos, ou seja, também na prevenção e não somente na realização da justiça sem levar em consideração outros fins como na teoria absoluta.

As teorias preventivas têm a finalidade de proteger a sociedade, preservando a convivência pacífica de seus integrantes, a qual será tão mais harmoniosa quanto menores forem os índices de delinqüência. O delito deixa de ser considerado a causa da pena e passa a ser visto como ocasião para aplicá-la.

De acordo com Aníbal Bruno, para as teorias relativas ou finalistas,

a razão de ser da pena está na necessidade de segurança social, a que ela serve, como instrumento de prevenção do crime. Nela está presente a justiça com critério regulador, a limitar as exigências da segurança em relação ao criminoso. Mas o que justifica e lhe dá a sua orientação é o fim de defesa da sociedade.<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup> Cezar Roberto BITENCOURT. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 69-72.

<sup>129</sup> Claus ROXIN. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3 ed. Lisboa: Vega. p. 19.

<sup>130</sup> Aníbal BRUNO, *Direito Penal*, cit., p. 34.

Sebastián Soler estabelece a diferença entre as teorias absoluta e relativa dispondo que:

A diferencia de las doctrinas absolutas, éstas no consideran a la pena desde el punto de vista estricto de la *retribución*, y como algo justificado en sí y por sí mismo. La pena no es un fin sino que *tiene* un fin. Su justificación no se encuentra, pues, en ella misma, sino en otro principio.

Presentando las cuestiones con el esquematismo inevitable en esta clase de síntesis, podría decirse que en toda teoría relativa, la pena no se explica por un principio de justicia, entendida ésta en el sentido del equilibrio o retribución, sino que la hace justa su *necesidad* social. La pena es un *médio necesario* para la seguridad social, o para la defensa social.<sup>131</sup>

Comparando as teorias absolutas com as relativas, Aníbal Bruno conclui:

Para a teoria absoluta, a razão de ser da sanção penal está no passado, no crime cometido pelo agente, que uma exigência de ordem religiosa, moral ou jurídica força a castigar. Para as teorias relativas, aquela razão de ser está no futuro, na prática de novos crimes, que o Estado tem o dever de prevenir.<sup>132</sup>

A teoria da prevenção pode ser dividida em geral e especial. A prevenção geral dirige-se à coletividade e ocorre no momento da cominação legal, dividindo-se em: a) negativa, ou seja, dirigida a todos os membros da sociedade com o objetivo de coação psicológica e de intimidação, de maneira que os cidadãos deixarão de praticar os crimes em razão do temor de sofrer a aplicação de uma pena; b) positiva, estabilizadora ou integradora, demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do Direito Penal.<sup>133</sup>

Edmundo Mezger ensina que a teoria da prevenção geral teve como precursor Pablo Anselmo Von Feuerbach, considerado o fundador da moderna ciência do direito penal, e expõe que:

La prevención de los delitos exige que sobre la colectividad actúe una coacción psicológica, interna, que en los casos de una posible infracción del Derecho ejerza un influjo motivador e inhibitorio. Esta coacción psíquica se halla en la amenaza legal de la pena, que, por tanto, debe actuar de manera “intimidadora” sobre el conjunto de los ciudadanos. La ejecución de la pena, que en todo momento fué causa de ciertas dificultades en la fundamentación de la teoría de Feuerbach, dificultades

<sup>131</sup> Sebastián SOLER, *Derecho Penal Argentino*, cit., p. 376.

<sup>132</sup> Aníbal BRUNO, *Direito Penal*, cit., p. 34.

<sup>133</sup> Guilherme de Souza NUCCI. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral: Parte Especial. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 359.

exageradas con frecuencia por sus adversários, es solo la consecuente realización en la práctica de la amenaza precedente.<sup>134</sup>

De acordo com Luiz Regis Prado, a doutrina moderna, de linha funcionalista, defende a chamada teoria da prevenção geral positiva ou integradora, considerando que a pena não serve para intimidar os criminosos, mas tão somente como instrumento de estabilização normativa, tendo como consequência o reforço geral da consciência jurídica da norma.<sup>135</sup>

Santiago Mir Puig defende a teoria da prevenção geral embasada nas duas vertentes, tanto a negativa quanto a positiva, expondo que:

Assim, exigir que se busque a prevenção geral não apenas por meio do medo da pena, mas também uma razoável afirmação do Direito em um Estado social e democrático de Direito, implicará limitar a prevenção geral por intermédio de uma série de princípios que devem restringir o Direito penal neste modelo de Estado. Entre tais princípios encontra-se a exigência de ‘proporcionalidade’ entre o delito e a pena. Admiti-lo permitirá evitar as graves objeções que têm sido dirigidas contra uma prevenção geral ilimitada.<sup>136</sup>

Leonardo Sica resumidamente expõe as principais idéias da prevenção geral:

Em resumo, a prevenção geral, seja negativa ou positiva, radica-se em duas idéias: a utilização do medo e o reconhecimento da racionalidade do homem, que, submetido à pressão resultante do poder intimidativo ou comunicativo da pena, não atentaria contra os valores por esta protegidos.<sup>137</sup>

Por outro lado, Claus Roxin, ao criticar a teoria da prevenção geral negativa afirma que:

Essa teoria não pode fundamentar o poder punitivo do Estado nos seus pressupostos, nem limitá-lo nas suas consequências; é político-criminalmente discutível e carece de legitimação que esteja em consonância com os fundamentos do ordenamento jurídico.<sup>138</sup>

Sobre as críticas da prevenção geral, Sebastián Soler explica que:

El principio de la prevención general podrá ser criticado como más o menos eficaz; pero no es posible negar que una ley que prohíbe una acción e intenta evitarla, debe *necesariamente* cotener una amenaza, y que no se puede amenazar ofreciendo un

<sup>134</sup> Edmundo MEZGER. *Tratado de Derecho Penal*. 2 ed. Tomo I. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1946. p. 56-57.

<sup>135</sup> Luiz Regis PRADO. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. I. Parte Geral. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 527-529.

<sup>136</sup> Santiago MIR PUIG, *Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito*, cit., p. 65.

<sup>137</sup> Leonardo SICA, *Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão*, cit., p. 63.

<sup>138</sup> Claus ROXIN, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, cit., p. 25.

bien, sino prometiendo un mal. Que a ese mal se le llame sanción o tratamiento es un eufemismo sin consecuencias; su nombre tradicional es pena.<sup>139</sup>

Assim como na prevenção geral, a especial, que é dirigida a determinada pessoa e ocorre no momento de imposição e execução da pena, também se divide em negativa e positiva. A especial negativa significa a intimidação do autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, e a especial positiva que consiste na ressocialização do condenado para o convívio social.<sup>140</sup>

Luiz Regis Prado expõe que a prevenção especial negativa consiste na atuação sobre a pessoa do delinqüente, evitando que volte a delinqüir, manifestando-se como advertência ou intimidação individual, quando incorrigel ou de difícil correção. Sua idéia essencial é de que a pena justa é a pena necessária.<sup>141</sup>

Claus Roxin critica a teoria da prevenção especial expondo que:

A teoria da prevenção especial não é idônea para fundamentar o direito penal, porque não pode delimitar os seus pressupostos e conseqüências, porque não explica a punibilidade de crimes sem perigo de repetição e porque a idéia de adaptação social coactiva, mediante a pena, não se legitima por si própria, necessitando de uma legitimação jurídica que se baseia noutro tipo de considerações.<sup>142</sup>

Esse também é o pensamento de Santiago Mir Puig exposto na seguinte passagem:

No entanto, o otimismo da prevenção especial tem diminuído em grande medida nos últimos anos, sobretudo ante as ‘dificuldades teóricas e práticas suscitadas pela meta da ressocialização’, principal esperança que alentava a fé na prevenção especial.<sup>143</sup>

No entanto, as funções de reprovar e prevenir a prática de futuras infrações penais é que ditam a necessidade da pena e, atualmente, a pena de prisão apresenta-se incapaz de corresponder aos anseios da política criminal, como será visto no capítulo seguinte.

Atualmente, buscando conciliar a proposta da teoria absoluta com a da relativa, surgiu a denominada teoria mista ou eclética. De acordo com essa teoria, a pena justa não é a que

---

<sup>139</sup> Sebastián SOLER, *Derecho Penal Argentino*, cit., p. 410.

<sup>140</sup> Guilherme de Souza NUCCI, *Manual de Direito Penal*, cit., p. 359.

<sup>141</sup> Luiz Regis PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, cit., p. 532.

<sup>142</sup> Claus ROXIN, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, cit., p. 22.

<sup>143</sup> Santiago MIR PUIG, *Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito*, cit., p. 69.

primordialmente ressocializa o delinqüente ou evita a prática de futuras infrações penais, mas sim aquela que retribui o mal do delito proporcionalmente, realizando justiça, e, como consequência dessa função, satisfaz as exigências preventivas.<sup>144</sup>

Sobre as teorias mistas, Sebastián Soler sinteticamente explica que:

Llámanse mixtas las teorías que hacen incidir sobre la pena un carácter absoluto y uno o más relativos. Reconocen que al lado de la *necesidad* debe considerarse la *utilidad*, sin acordar a ninguno de estos dos principios un carácter exclusivo o excluyente. Son éstas las teorías más variadas y que gozan actualmente de mayor difusión.<sup>145</sup>

Claus Roxin, analisando a ligação da culpabilidade com a pena, expõe:

Se a pena pressupõe culpabilidade, mas também uma necessidade preventiva de punição, é uma consequência necessária desta concepção de fins da pena que também os pressupostos da punição devam ser medidos com base nesta premissa. A categoria do delito que se segue ao ilícito deve, portanto – obviamente, permanecendo-se vinculado à lei – , tomar por objeto, além da culpabilidade, também a necessidade preventiva do sancionamento penal, englobando as duas sob o conceito de “responsabilidade”.<sup>146</sup>

Mais adiante, sinteticamente, Claus Roxin explica:

Se quiséssemos consagrar numa só frase o sentido e limites do direito penal, poderíamos caracterizar a sua missão como protecção subsidiária de bens jurídicos e prestações de serviços estatais, mediante prevenção geral e especial, que salvaguarda a personalidade no quadro traçado pela medida da culpa individual.<sup>147</sup>

Vale ressaltar que, às vezes, retribuição e prevenção podem colidir ao perseguirem metas diferentes; é o que se chama de antinomias dos fins da pena. A pena meramente retributiva pode ser insuficiente ou, às vezes, excessiva para as exigências preventivas. Por outro lado, a pena que satisfaça somente as expectativas de prevenção pode não ser adequada para realizar a retribuição justa e proporcional ao mal do delito.<sup>148</sup>

Diante dessa constatação, Claus Roxin, contrapondo às teorias anteriores, elaborou a teoria unificadora dialética que propõe que a pena criminal só pode ter como finalidade a

<sup>144</sup> Luiz Regis PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, cit., p. 534.

<sup>145</sup> Sebastián SOLER, *Derecho Penal Argentino*, cit., p. 384.

<sup>146</sup> Claus ROXIN, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, cit., p. 89.

<sup>147</sup> Idem, *ibidem*, p. 43.

<sup>148</sup> Marcus Alan de Melo GOMES. *Princípio da Proporcionalidade e Extinção Antecipada da Pena*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008. p. 125.

prevenção geral e a especial, relacionando-se mutuamente nos momentos da cominação, da aplicação e da execução da pena; esse raciocínio, porém, só será válido com a busca da ressocialização do delinqüente.<sup>149</sup>

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Bruno de Moraes Ribeiro, esposado na seguinte passagem:

Acreditamos que a forma mais fácil de se fazer uma distinção segura entre um e outro aspecto talvez seja aludir ao fato de que a prevenção geral negativa atua principalmente sobre aqueles membros da comunidade que, seja lá por quais motivos for, apresentam uma especial propensão ao cometimento de delitos (no sentido de cogitarem, freqüentemente, perpetrar delitos); enquanto que a prevenção positiva refere-se principalmente àqueles que, não se impressionam propriamente com a ameaça penal, pois não a percebem subjetivamente como a eles dirigida, mas se tranqüilizam e se sentem seguros com a percepção de que o sistema penal está operando satisfatoriamente, ou seja, está protegendo com eficiência os valores escolhidos pela coletividade para gozarem de tutela penal. Já a prevenção especial refere-se à atuação sobre o indivíduo que já delinqüiu, a fim de que ele não volte a delinqüir, e teoricamente opera de três diferentes formas: através da intimidação pessoal do condenado, da sua inocuidade ou neutralização, decorrente da segregação compulsória e, afinal, da sua ressocialização ou reintegração social.<sup>150</sup>

Luiz Regis Prado afirma que:

A justificação da pena envolve a prevenção geral e especial, bem como a reafirmação da ordem jurídica, sem exclusivismos. Não importa exatamente a ordem de sucessão ou de importância. O que deve ficar patente é que a pena é uma necessidade social – *ultima ratio legis* -, mas também indispensável para a relativa proteção de bens jurídicos, missão primordial do Direito Penal. De igual modo, deve ser a pena, sobretudo em Estado constitucional e democrático, sempre justa, inarredavelmente adstrita à culpabilidade (princípio e categoria dogmática) do autor do fato punível.<sup>151</sup>

O Código Penal brasileiro, em seu art. 59, determina que o juiz deverá fixar a pena necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Por outro lado, a Lei de Execuções Penais, em seu art. 10, dispõe que “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”. Sendo assim, deve-se conciliar de acordo com os objetivos da legislação penal brasileira, para o

---

<sup>149</sup> Santiago MIR PUIG, *Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito*, cit., p. 75-76.

<sup>150</sup> Bruno de Moraes RIBEIRO, *A função de Reintegração Social da Pena Privativa de Liberdade*, cit., p. 33.

<sup>151</sup> Luiz Regis PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, cit., p. 537.

sentido e limites das penas, os aspectos da prevenção geral e especial e da ressocialização do condenado.

O grande problema atualmente é que os altos índices de reincidência, após o cumprimento das penas privativas de liberdade, têm-se mantido elevados, demonstrando que a finalidade da pena, principalmente a da reintegração social, não tem acontecido de forma eficiente como será visto no próximo capítulo.

## **2.5 Os movimentos ideológicos**

Após analisar a origem e o conceito, bem como o sentido e o limite das penas, vale ressaltar, neste momento, os movimentos ideológicos a que a história do direito penal esteve ligada. Rogério Greco demonstra a existência de três movimentos distintos: o abolicionismo, os movimentos de Lei e Ordem e o direito penal mínimo.

### **2.5.1 Abolicionismo**

O abolicionismo teve como precursores Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis, autores comprometidos com o princípio da dignidade da pessoa humana, que verificaram a irracionalidade do sistema penal, ao punir pequenos delitos deixando impunes outros de maior gravidade.<sup>152</sup>

O movimento abolicionista trata da descriminalização e da despenalização como soluções para o caos do sistema penitenciário, vivenciado na maioria dos países. Louk Hulsman observa que, ao se falar em abolicionismo, não se está querendo apenas propor sanções alternativas, mas a verdadeira eliminação da justiça criminal, mudando-se os conceitos e redefinindo-se as fórmulas de solução dos conflitos sociais.<sup>153</sup>

---

<sup>152</sup> Rogério GRECO, *Direito Penal do Equilíbrio: Uma visão Minimalista do Direito Penal*, cit., p. 7.

<sup>153</sup> Ana Cláudia Bastos de PINHO, *Direito Penal e Estado Democrático de Direito. Uma abordagem a Partir do Garantismo de Luigi Ferrajoli*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 18.



De um modo geral, os abolicionistas consideram que os custos gerados pela violência do sistema penal são superiores a suas vantagens, não havendo justificativa válida para utilização da violência para conter a violência.<sup>154</sup>

Para os abolicionistas, o sistema penal foi concebido para fazer o mal, nele só há violência, pois independe da vontade das pessoas que o acionam, estigmatizando aquele que deve ser julgado, levando à perda da dignidade do que vem a ser condenado.

Luigi Ferrajoli, sobre o tema, preleciona que:

Considero abolicionistas somente aquelas doutrinas axiológicas que acusam o direito penal de ilegítimo, ou porque moralmente não admitem nenhum tipo de objetivo como capaz de justificar as aflições que o mesmo impõe, ou porque consideram vantajosa a abolição da forma jurídico-penal da sanção punitiva e a sua substituição por meios pedagógicos ou instrumentos de controle de tipo informal e imediatamente social.<sup>155</sup>

Guilherme de Souza Nucci entende que a descriminalização e a despenalização de várias condutas poderiam facilitar a reeducação dos delinquentes, através da adoção de outras medidas menos violentas. Para isso, faz uma síntese das recomendações do abolicionismo:

a) abolicionismo acadêmico, ou seja, a mudança de conceitos e linguagem, evitando a construção de resposta punitiva para situações-problema; b) atendimento prioritário à vítima (melhor seria destinar dinheiro ao ofendido do que construindo prisões); c) guerra contra a pobreza; d) legalização das drogas; e) fortalecimento da esfera pública alternativa, com a liberação do poder absorvente dos meios de comunicação de massa, restauração da auto-estima e da confiança dos movimentos organizados de baixo para cima, bem como a restauração do sentimento de responsabilidade dos intelectuais.<sup>156</sup>

Por outro lado, Luiz Flávio Borges D'Urso afirma que o que deve ser observado não é a completa eliminação do sistema penal, o que traria um verdadeiro caos nas relações humanas, mas sim, a descriminalização de alguns tipos penais desatualizados.<sup>157</sup>

---

<sup>154</sup> Ana Cláudia Bastos de PINHO, *Direito Penal e Estado Democrático de Direito. Uma abordagem a Partir do Garantismo de Luigi Ferrajoli*, cit., p. 15

<sup>155</sup> Luigi FERRAJOLI. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 231.

<sup>156</sup> Guilherme de Souza NUCCI, *Manual de Direito Penal*, cit., p. 360-361.

<sup>157</sup> Luiz Flávio Borges D'URSO. *Direito Criminal na Atualidade*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 40-41.

O grande problema desse movimento é o fato de deixar de lado as situações que somente podem ser resolvidas com a aplicação da lei penal, como a repressão de comportamentos aos bens mais importantes e necessários ao convívio social, equiparando-os aos demais bens jurídicos.

Em nossos dias, essa corrente perdeu a força intelectual que tinha nos anos sessenta e setenta, mas suas críticas serviram para a verificação dos graves problemas na aplicação da lei penal.

### **2.5.2 Movimentos de lei e ordem**

Rogério Greco acentua que, ao contrário do movimento abolicionista, os movimentos de lei e ordem atribuem o aumento da criminalidade ao tratamento brando imposto aos infratores. Esses movimentos pregam o direito penal máximo ao fazerem a sociedade acreditar que o direito penal é o caminho mais adequado para a promoção da tranquilidade e segurança da sociedade.<sup>158</sup>

Através desse movimento todos os bens existentes na sociedade devem ser protegidos pelo direito penal, não se perguntando a respeito de sua importância. Qualquer infração penal deve ser punida severamente, com o objetivo de servir de exemplo à sociedade e buscando evitar que o agente possa cometer atos mais graves. O direito penal, para os movimentos de Lei e Ordem, deve ser utilizado como *prima ratio* e não como *ultima ratio*.

Os defensores desse movimento defendem o retorno da pena de morte, na crença da eficácia preventiva do seu poder intimidativo e por impossibilitar qualquer reincidência. De tal forma, através de um endurecimento das penas, seria possível promover uma sensação

---

<sup>158</sup> Rogério GRECO, *Direito Penal do Equilíbrio: Uma Visão Minimalista do Direito Penal*, cit., p. 15-16.

geral de segurança. A grande dificuldade desse movimento é a diminuição da possibilidade de punição das condutas em face do aumento do número de infrações penais.<sup>159</sup>

Na mesma esteira do direito penal máximo está o direito penal do inimigo, desenvolvido por Gunter Jakobs, ao final da década de noventa, que se caracteriza pela falta de observância aos princípios fundamentais, não enxergando o criminoso como um cidadão possuidor de direitos e garantias, mas, sim, como um inimigo.

O direito penal do inimigo constitui uma reação de combate, do ordenamento jurídico, contra indivíduos especialmente perigosos, que nada significam, já que de modo paralelo às medidas de segurança, supõe tão-só um processamento desapaixonado, instrumental, de determinadas fontes de perigo, especialmente significativas. Com este instrumento, o Estado não fala com seus cidadãos, mas ameaça seus inimigos.<sup>160</sup>

Mas, independente de se considerar atozes determinadas condutas ilícitas, por mais vil que seja o cidadão, ele não pode perder seus direitos e garantias, pois não podemos perder as conquistas alcançadas ao longo de anos de sofrimento, considerando o cidadão um inimigo.

### **2.5.3 Direito penal mínimo**

Por outro lado, o terceiro movimento, chamado de direito penal mínimo, preconiza que a finalidade do direito penal é a proteção apenas e tão somente dos bens necessários ao convívio social.

Para esse movimento, o sistema penal não se destina a alcançar todos os responsáveis pelas condutas criminalizadas, residindo, ao contrário, sua real eficácia, exatamente na excepcionalidade de sua atuação.

O direito penal mínimo, através da doutrina do garantismo penal, obedece à estrita legalidade presente no Estado Democrático de Direito, através do equilíbrio entre os modelos do abolicionismo e do direito penal máximo.

---

<sup>159</sup> Rogério GRECO, *Direito Penal do Equilíbrio: Uma Visão Minimalista do Direito Penal*, cit., p. 19.

<sup>160</sup> Gunther JAKOBS; Manuel Cancio MELIÁ. *Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas*, Tradução: André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 70-71.

Luigi Ferrajoli, ao abordar o garantismo, entende que:

São simplesmente reformadoras as doutrinas penais que preceituam a redução da esfera de intervenção penal, ou, ainda, a abolição da específica pena moderna que constitui a reclusão carcerária em favor de sanções penais menos aflitivas.<sup>161</sup>

Segundo esse movimento, não é legítima qualquer imposição de pena sem que ocorra um fato exterior danoso para terceiro, produzido por sujeito imputável, previsto anteriormente pela lei como delito, sendo necessária sua proibição e punição. As provas devem ser produzidas mediante processo contraditório e com julgamento imparcial.

Assim, buscando redefinir o sistema penal sobre bases racionais, os juristas modernos centraram-se na intervenção mínima e no garantismo como alternativas à crise emergencial, mas infelizmente o atual sistema penal continua ineficaz, conforme observa Leonardo Sica:

Historicamente, percebe-se que o Direito Penal passou por movimentos antagônicos: a doutrina caminhando continuamente no sentido da humanização da punição, diminuição da intervenção penal e da repressão. Por sua vez, a prática legislativa foi descontínua: ora abrandando, ora recrudescendo as penas, sendo que, logicamente, ao final sempre predominou a violência punitiva.<sup>162</sup>

## 2.6 A lei penal

Após a análise dos movimentos ideológicos ligados ao Direito Penal e à constatação de que atualmente a influência é do direito penal mínimo, passa-se agora a análise da lei penal, pois esse é momento quando se verificará a presença ou não do critério da proporcionalidade no preceito secundário da norma penal incriminadora.

O sistema penal, de acordo com Eugenio Raúl Zaffaroni, é o controle social punitivo institucionalizado que surge desde o momento da prática do crime até a execução da pena, pressupondo a atividade normativa que cria a lei, institucionaliza os procedimentos e define sua maneira de atuação.<sup>163</sup>

---

<sup>161</sup> Luigi FERRAJOLI, *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*, cit., p. 231.

<sup>162</sup> Leonardo SICA, *Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão*, cit., p. 42.

<sup>163</sup> Eugenio Raúl ZAFFARONI; José Henrique PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, cit., p. 69.

Originariamente a lei foi criada com o fim de manter a paz em uma determinada sociedade e, com o aumento da complexidade social, passou a ser utilizada como recurso para a manutenção do *status quo* social. Hoje, de acordo com Rizzatto Nunes, a finalidade da lei é buscar a máxima satisfação das necessidades humanas com um mínimo de sacrifício.<sup>164</sup>

Em um Estado Democrático de Direito, a lei é a regra jurídica escrita instituída pelo legislador, no cumprimento de um mandato outorgado pela comunidade de cidadãos. Assim sendo, a lei penal destina-se a todas as pessoas que vivem sob a jurisdição do Estado brasileiro, estejam em território nacional ou estrangeiro.

Francesco Carrara expõe que:

Se o homem está submetido à lei penal, enquanto é um ente dirigível, essa sua subordinação tem origem no próprio intelecto e na própria vontade. Mas a ninguém pode ser atribuída a vontade de violar uma lei inexistente ou que o agente não conheça. Conseqüentemente, não pode constituir delito qualquer ação sem que tenha sido promulgada e publicada a Lei que a profba.<sup>165</sup>

A lei é o meio utilizado para o controle social determinar quais caminhos deverão ser seguidos pela sociedade. Toda lei deve ser elaborada e seguida de acordo com os princípios constitucionais em face da supremacia da constituição, sob pena de ser declarada inconstitucional.<sup>166</sup>

Assim, os delitos e as penas devem ser estabelecidos por meio de lei, formulada pelo Poder Legislativo e promulgada de acordo com procedimento fixado constitucionalmente; entretanto, apesar de a lei penal servir de controle social deverá fazê-lo somente quando for absolutamente necessária para a sobrevivência da sociedade, pois é a forma mais violenta de intervenção na esfera de liberdade dos indivíduos.

O sistema penal deve corresponder ao princípio da intervenção mínima na América Latina, não somente pelas razões que se apresentam como válidas nos países centrais, mas também em face de nossa característica de países periféricos, que

---

<sup>164</sup> Rizzatto NUNES, *Manual de Filosofia do Direito*, cit., p. 151-153.

<sup>165</sup> Francesco CARRARA, *Programa do Curso de Direito Criminal*, cit., p. 58.

<sup>166</sup> Rizzatto NUNES, *Manual de Filosofia do Direito*, cit., p. 149.

sofrem os efeitos do injusto jushumanista de violação do direito ao desenvolvimento.<sup>167</sup>

Essa intervenção na esfera de liberdade dos indivíduos somente poderá ser realizada, se estiver previamente fixada e delimitada, como decorrência que é do princípio da legalidade, previsto no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal e art. 1º do Código Penal.

Alice Bianchini enfatiza que somente bens de extrema importância para os indivíduos na sociedade é que poderão ser objeto de lei penal, em decorrência da concepção minimalista do direito penal. Assim, para a criminalização estar legitimada, a conduta terá de ofender valores que são considerados essenciais constitucionalmente, sob pena de não possuir dignidade.<sup>168</sup>

Nesse sentido, Alice Bianchini expõe que existem duas teorias que fundamentam na Constituição o respaldo do bem jurídico a ser tutelado, quais sejam: as teorias constitucionais amplas e as teorias constitucionais de caráter restrito.

Para estas, é a Constituição que determina que bens jurídicos serão, efetivamente, protegidos pelo direito penal, enquanto para aquelas a Carta serve de parâmetro para o reconhecimento desses referidos bens, sem esgotar a questão.<sup>169</sup>

Luigi Ferrajoli, analisando os modelos de justiça e legalidade, explica que:

Precisamente, sempre que um ordenamento positivo, como acontece em todos aqueles que possuem constituições rígidas, incorpore um modelo de justiça, imperioso será pronunciar-se, assertivamente, sobre um modelo de legalidade constitucional referente às normas constitucionais que o incorporam, e, normativamente, sobre as leis ordinárias conformes ou não a ele.<sup>170</sup>

De acordo com Paulo Nader, o funcionamento da sociedade pressupõe comando e ordem, através da organização do poder e do estabelecimento do ordenamento jurídico, que cria as normas e institucionaliza os modelos de organização social. O poder cria o Direito e a ele se submete em suas funções de planejar e promover o bem-estar social.<sup>171</sup>

---

<sup>167</sup> Eugenio Raúl ZAFFARONI; José Henrique PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, cit., p. 79.

<sup>168</sup> Alice BIANCHINI, *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*, cit., p. 28-37.

<sup>169</sup> Idem, *ibidem*, p. 44.

<sup>170</sup> Luigi FERRAJOLI, *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*, cit., p. 220.

<sup>171</sup> Paulo NADER. *Filosofia do Direito*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 40.

O legislador, ao elaborar uma lei, há de prepará-la de tal modo que possa ser um efetivo processo de adaptação social, pois cabe a ele acompanhar a evolução histórica e realizar as alterações do ordenamento jurídico.<sup>172</sup>

Todas as normas de conduta social são dotadas de sanções na hipótese de transgressão, atingindo a esfera de liberdade do indivíduo; portanto, a sociedade pode, previamente, analisar o tipo de sanção incidente para cada tipo de conduta ilícita e escolher entre o certo e o errado, o justo e o injusto.

A lei não pode fazer distinções entre as pessoas que ela considera iguais, mas ao mesmo tempo pode fazer distinções para buscar igualar a desigualdade existente no meio social. É nada mais que a antiga fórmula: tratar os iguais com igualdade e os desiguais desigualmente.<sup>173</sup>

Norberto Bobbio ensina que a norma que estabelece uma determinada pena para um determinado delito, que impõe um determinado dever a quem estipula um contrato, que atribui um determinado direito a quem goza de um certo *status*, fixa um critério de juízo unívoco, que seja válido para todos os sujeitos que se encontram nessa situação prevista, e desse modo estabelece seu igual tratamento.<sup>174</sup>

Montesquieu, em sua obra *O Espírito das Leis*, demonstra que as leis em seus significados mais extensos são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas; nesse sentido, todos os seres têm suas leis. Os seres particulares inteligentes podem ter leis que eles próprios elaboraram, mas possuem também leis que não elaboraram. O homem, enquanto ser físico, é, assim como os outros corpos, governado por leis invariáveis.<sup>175</sup>

---

<sup>172</sup> Paulo NADER. *Filosofia do Direito*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 41.

<sup>173</sup> Rizzatto NUNES, *Manual de Filosofia do Direito*, cit., p. 345.

<sup>174</sup> Norberto BOBBIO, *Teoria Geral da Política. A filosofia Política e as Lições dos Clássicos*, Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997. p.12.

<sup>175</sup> MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 11-13.

Afirmava ainda Montesquieu que, quanto mais o governo se aproxima da república, mais a forma de julgar se torna fixa. No governo republicano, é da natureza da constituição que os juízes sigam a letra da lei. Não há cidadão contra quem se possa interpretar uma lei, quando se trata de seus bens, de sua honra ou de sua vida.<sup>176</sup>

O exercício do direito estatal de punir manifesta-se no momento de criação, promulgação e aplicação das leis aos casos concretos. Assim, há limites impostos pelo Estado Democrático de Direito que atuam na construção do sistema penal positivo e na aplicação e execução das sanções penais.

Para os efeitos penais, o processo legislativo compreende a elaboração de emendas à constituição, de leis complementares e de leis ordinárias. Não há como admitir a previsão de infrações penais, a cominação de penas e medidas de segurança e a criação de normas de outra natureza por meio de medidas provisórias, de leis delegadas, de decretos legislativos e de resoluções.

Interpretando o Código Penal à luz da Constituição Federal brasileira de 1988, observa-se a adoção dos seguintes princípios basilares: a legalidade, devido processo legal, a culpabilidade, a lesividade, a proporcionalidade, a individualização, a humanização e o valor social da pena, a subsidiariedade, a fragmentariedade etc.

De acordo com Lydio Machado Bandeira de Mello a lei penal deve ser tal:

- a) que restabeleça ou restaure, na medida do possível, a ordem jurídica violada;
- b) que PROMOVA, PREPARE OU FACILITE, na medida do possível, o ARREPENDIMENTO EFICAZ DO INFRATOR: a sua recuperação completa para a sociedade e a sua recuperação completa para o reino de DEUS.<sup>177</sup>

A lei penal, portanto, fixa um âmbito dentro do qual o sistema penal de que faz parte, pode selecionar e incriminar pessoas. Ela tem o dever de prevenir os mais graves custos

---

<sup>176</sup> MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.87.

<sup>177</sup> Lydio Machado BANDEIRA DE MELLO. *Da Capitulação dos Crimes e da Fixação das Penas. Teoria e Prática da Capitulação dos Crimes e da Fixação das Penas. O Juiz Criminal. A Pena de Morte*. 4 ed. Belo Horizonte: Editora Bernardo Álvares S. A., 1963. p. 25.



individuais e sociais representados por esses efeitos lesivos e somente eles podem justificar o custo das penas e proibições. Enfim, a lei penal serve como barreira de defesa do indivíduo em face do poder punitivo do Estado.

O princípio da intervenção mínima aponta para um direito penal que só intervenha nos casos de real necessidade, com a missão de proteger os bens jurídicos fundamentais em face dos ataques mais graves, e apenas quando os outros ramos do direito se mostrarem ineficientes para tal proteção. Com base, ainda, na idéia de que 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 prestam a tutelar os interesses sociais, extraem-se duas características atreladas a este ramo do direito e que, pode-se dizer, representam duas faces da mesma moeda: são a subsidiariedade e a fragmentariedade da intervenção penal.<sup>178</sup>

Atualmente, uma das causas que preocupam o Direito Penal é a forma como o aplicador do Direito entende e conhece a dogmática penal, para poder aplicar as normas, seja princípio, seja regra, de forma a garantir a aplicação de um Direito Penal justo, adequado e proporcional ao delito cometido. O grande problema é que atualmente, com o aumento da violência, a cada dia que se passa, novas leis são editadas e novos problemas surgem para adaptar a sistemática punitiva às novas formas de delitos.

Sobre a lei penal Francesco Carnelucci pondera que:

A multiplicação dos tipos, das famílias, das variedades, dos delitos particulares, por um lado e dos requisitos, das circunstâncias e das condições do delito em geral, por outro lado, além de não ter outra razão de que a mania do legislador de querer fazer tudo por si, terminou por complicar e por tornar rígido o instituto penal até o ponto de determinar sua falência. Na verdade, falta ao direito penal a sua finalidade quando a lei não serve mais para fazer saber aos cidadãos o que sob ameaça da pena, devem ou não devem fazer; pois, a fim de que possa servir para isso, mediante o conhecimento que os cidadãos procuram dela, a lei penal deve ser simples e concisa.<sup>179</sup>

---

<sup>178</sup> Mariângela Gama de Magalhães GOMES, *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*, cit., p. 85.

<sup>179</sup> Francesco CARNELUTTI, *O Problema da Pena*, p. 58-59.

## CAPÍTULO III

### A PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA

#### 3.1 A justiça

Verificado no capítulo anterior que a missão do direito penal é a proteção dos bens jurídicos mais importantes da vida social, chega-se ao ponto culminante do presente trabalho ao se indagar: será que o princípio da proporcionalidade, apesar de não previsto expressamente no texto constitucional, é utilizado pelo legislador e pelo juiz como critério de aplicação da pena?

Analisando historicamente, o homem, a despeito da norma de Cristo precisa julgar seu semelhante como forma de viabilizar o convívio social, pois o sentimento de justiça é peculiar a cada ser humano, variando em face da carga de valores individuais, do nível cultural e da época vivida.

Chade Rezek Neto ensina que a justiça é uma virtude, isto é, a qualidade de ser justo e, segundo Aristóteles, a lei somente pode ser determinada em relação ao justo, que é entendido no sentido de igual, distinguindo a igualdade numérica da igualdade proporcional. Ao elaborar a distinção de Monarquia, Aristocracia e Democracia, afirmou que a justiça distributiva traduz-se em conferir prêmios iguais para ações iguais.<sup>180</sup>

Mas, no sentido jurídico, a justiça não é uma virtude, significa o ato de se dar a cada um o que lhe cabe segundo seus méritos, seja um prêmio ou uma punição. Assim, o Direito é

---

<sup>180</sup> Chade REZEK NETO, *O Princípio da Proporcionalidade no Estado Democrático de Direito*, cit., p.13.

um meio para a consecução da Justiça. Cabe à justiça dar sentido à ordem jurídica e presidir à realização do Direito, tanto na elaboração da norma quanto na aplicação da lei.

A idéia de justiça e de igualdade, que surgiu desde Platão e Aristóteles, ficou evidenciada a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que, em seu art. 6º, proclama que todos os cidadãos são iguais e a lei é a expressão da vontade geral.<sup>181</sup>

Nelci Silvério de Oliveira entende que a idéia de justiça também se relaciona com a idéia de liberdade, nos mesmos termos da idéia de igualdade, até porque esta completa aquela, sendo, entretanto, preceitos distintos: uma constitui um direito do cidadão perante a lei e a outra, um direito natural do homem. Mas, sendo uma só entidade, cuja conceituação e aplicação pode variar no tempo e no espaço, a justiça toma uma forma tridimensional, distinguindo-se em comutativa, distributiva e social.

A justiça comutativa é aquela através da qual um particular dá a outro particular o que lhe é rigorosamente devido, segundo uma igualdade absoluta ou aritmética, ou seja, estabelece-se uma proporcionalidade entre o ato de dar e o ato de receber.

Já a justiça distributiva é aquela que manda a comunidade dar a cada um de seus membros uma participação no bem comum, conforme uma igualdade relativa ou proporcional, ou seja, ocorre uma divisão proporcional de bens corpóreos ou incorpóreos, de acordo com a necessidade e o mérito de cada um.

Finalmente, a justiça social é aquela que manda os membros darem à comunidade uma contribuição para o bem comum, segundo as condições de tempo e espaço às quais fica naturalmente sujeita, tendo em vista uma igualdade basicamente proporcional.<sup>182</sup>

---

<sup>181</sup> Walter Vieira do NASCIMENTO. *A Justiça*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 33.

<sup>182</sup> Nelci Silvério de OLIVEIRA. *Curso de Filosofia do Direito*. 2 ed. Goiânia: AB, 2001. p. 163-179.

A justiça existe somente entre pessoas cujas relações mútuas são regidas pela lei, e a lei existe para pessoas, entre as quais pode haver injustiça, pois a justiça no sentido legal é a discriminação entre o que é justo e o que é injusto.

Uma das formas visíveis de injustiça seria, portanto, adotar medidas diferentes para aplicar uma sanção, em atitudes de iguais reprovações, em razão de o bem jurídico tutelado ser o mesmo.

Dessa forma, verifica-se que, para considerar uma decisão justa ou injusta, é imprescindível analisar a medida adotada e, ao tratar de medida ideal, é inevitável remeter-se à questão de proporção.<sup>183</sup>

Toda a humanidade é uma comunidade baseada na justiça. Os traços comuns a todos os seres humanos começam no preceito da igualdade. A imagem da deusa justiça com os olhos vendados representa que não importa se mulher ou homem, se rico ou pobre, poderoso ou fraco, todos são iguais perante a lei. A espada simboliza a sua dupla tarefa, tanto proteger quanto punir.

Pertence também à herança comum de justiça a idéia de justiça compensatória. Em todos os lugares são punidos os assassinatos, os furtos, os roubos etc. Há, assim, um consenso quanto ao preceito de punir apenas os culpados e, quanto ao preceito subsequente, de punir com mais brandura violações menores contra o direito penal e com mais rigor as violações mais graves.

Segundo Hassemer, o objeto da justiça é seguramente o oposto das necessidades executivas: não é o combate, mas a ponderação, não é a determinação, mas a prudência. Ela não impulsiona, mas acompanha, sob o peso dos princípios, que mais impedem do que possibilitam uma solução rápida e efetiva do problema: proporcionalidade ao invés de intervenção, profundidade ao invés de prontidão. Assim qualquer abordagem sobre as exigências da atualidade e de um futuro próximo apresenta-se sob a ressalva de não ser permitido danificar o objeto da justiça.<sup>184</sup>

---

<sup>183</sup> Paulo César Corrêa BORGES (Org.), *O Princípio da Igualdade na Perspectiva Penal: temas atuais*, cit., p. 51.

<sup>184</sup> Winfried HASSEMER, *Direito Penal Libertário*, cit., p. 30-31.

O direito sempre esteve atrelado à idéia de justiça, todavia diante de diversas decisões de juízes e tribunais, a indagação se o direito traduz-se na justiça vem dia a dia ecoando. Assim, o conceito de justiça é de difícil definição, variando de acordo com o tempo e o modelo de sociedade que se estuda.

A grande dificuldade, portanto, está em saber se a lei penal é proporcional, justa e adequada como sanção imposta ao autor de uma infração penal. Será que os legisladores e os juízes baseiam-se em todos esses critérios para aplicar uma pena justa e necessária à prevenção e à reprovação do crime? Para essa resposta será analisada a proporcionalidade diante da aplicação da pena em suas três fases, quais sejam: legislativa, judicial e executória.

### **3.2 A proporcionalidade da pena e suas fases**

O questionamento anterior pode ser resolvido através da análise da aplicação da lei penal em todas as suas fases, pois a idéia de proporção é inerente ao ser humano e está ligada à noção de justiça. Assim, um dos maiores problemas do direito penal é justamente encontrar qual a pena proporcional a cada tipo de delito previsto expressamente em lei que se ajuste às demais normas do próprio ordenamento.

Assim, quando incide na etapa legislativa (cominação), o princípio da proporcionalidade relaciona a pena a uma hipótese legal, um comportamento previsto em lei e cuja verificação futura é incerta (pena x delito-hipótese); quando incide na etapa de aplicação judicial, relaciona a pena a um fato já ocorrido, a uma conduta já praticada, delimitada em todas as suas circunstâncias (pena x delito-fato); e quando incide na etapa de execução, o princípio da proporcionalidade orienta o juiz na concretização da pena necessária para a obtenção de determinados fins, tendo-se em conta não mais o fato praticado, mas o homem que o praticou (pena x homem), dada a preponderância, aqui, da prevenção especial.<sup>185</sup>

André Copetti sobre a proporcionalidade da pena ensina que:

Necessariamente o controle dos poderes do Estado, especialmente o de impor sanções criminais, deve ser desenvolvido sobre a proporcionalidade da pena, como manifestação de uma regulação das medidas limitativas de direitos no momento de sua aplicação judicial, visando a coibir todos os excessos dos poderes públicos.<sup>186</sup>

---

<sup>185</sup> Marcus Alan de Melo GOMES, *Princípio da Proporcionalidade e Extinção Antecipada da Pena*, cit., p. 160.

<sup>186</sup> André COPETTI, *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*, cit., p. 132.

Francesco Carrara estabelece que:

Sobre este grave assunto da proporção entre a pena e o delito, que todos proclamam dever ser uma verdade como proposição geral, mas que, a seguir, entendem a seu modo quando se trata de aplicá-la, nós dizemos que a proporção das penas aos delitos: 1º, não se deve procurar no talião; 2º, não se deve procurar na proporção qualitativa; 3º, nem na analogia, que acendeu as piras na Europa; 4º, nem na prevenção, que conduz às mutilações; 5º, nem na dificuldade da prova, que aumenta os perigos à inocência; 6º, nem na frequência dos delitos, que torna a pena aberrativa; 7º, nem na condição pessoal do delinqüente; 8º, não deve ser deixada ao arbítrio do juiz; 9º, deve procurar-se o impulso criminoso para a escolha da qualidade, mas nem sempre da quantidade da pena; 10º, deve a quantidade proporcional das penas ser medida unicamente pela força moral objetiva do delito, irrogando um mal que tenha, por sua vez, uma força moral objetiva proporcional àquela a que deve trazer reparação.<sup>187</sup>

Mas, conforme analisado no capítulo anterior, somente será possível saber se o princípio da proporcionalidade está sendo respeitado, se previamente conhecermos o grau de importância dos valores e bens jurídicos protegidos pela norma penal.

A grande dificuldade, portanto, está justamente em determinar o *quantum* necessário e eficaz para a reprovação e a prevenção do delito, pois, como visto anteriormente, ao lado da atual concepção minimalista do direito penal, passamos por uma fase de inflação legislativa oriunda de uma resposta imediata que a sociedade exige em virtude do aumento da violência.

Apesar de não existir nenhuma relação naturalística entre pena e delito, não podemos excluir que a primeira deva ser adequada ao segundo em alguma medida. O controle do *quantum* da pena está diretamente ligado ao controle sobre o conteúdo de desvalor do delito, mais precisamente sobre os seus conteúdos substanciais. É indubitável que qualquer juízo sobre a medida da pena, sobretudo se conduzido à maneira do critério da proporção, pressupõe necessariamente o acerto do intrínseco desvalor do delito, se não absolutamente a reconstrução conceitual da *ratio legis* e dos objetivos da disciplina. É o desvalor do delito que constitui, na verdade o parâmetro de valoração da proporcionalidade da pena, assim como são os objetivos assumidos pelo legislador os pertinentes para valorar-se a adequação.<sup>188</sup>

Mariângela Gama de Magalhães Gomes afirma que:

No direito penal brasileiro é flagrante o desrespeito à recomendação do princípio da proporcionalidade. Pode-se verificar a grande aleatoriedade com que são formulados os preceitos secundários das normas incriminadoras, sem qualquer preocupação em limitar, mediante a utilização de algum critério, a razão entre o tempo mínimo de pena privativa de liberdade e seu limite máximo.<sup>189</sup>

<sup>187</sup> Francesco CARRARA, *Programa do Curso de Direito Criminal*, cit., p. 164-165.

<sup>188</sup> André COPETTI, *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*, cit., p. 133.

<sup>189</sup> Mariângela Gama de Magalhães GOMES, *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*, cit., p. 167.

Segundo Marina Engracia de Moraes Rioto,

A idéia de proporcionalidade da pena ao delito não oferece, no entanto, um critério objetivo de ponderação, de forma que a justificação do tipo e da medida da pena aplicável a cada caso, independentemente do delito cometido, será, assim como na fixação do limite máximo da pena, um problema de ordem moral e política, mediante utilização de critérios pragmáticos, baseados em valorações ético-políticas e de oportunidade.<sup>190</sup>

O grande desafio, pois, é saber se o princípio da proporcionalidade tem aplicação no processo de determinação da pena aplicável em sua três fases distintas, quais sejam: o da individualização legal, realizada pelo legislador nas penas cominadas em abstrato; o da individualização judicial, realizada pelo juiz da sentença na aplicação das penas em concreto, e o da individualização penitenciária, realizada pelo juiz da execução.

### 3.2.1 A individualização legal

O legislador no momento de elaboração da norma deve ter como base um pensamento futuro e que suporte as diversas mudanças e evolução da sociedade, pois a lei é sempre elaborada para prever situações futuras tendo em vista a não ofensa ao princípio da legalidade.

Outra análise a ser feita é a da adequação, ou seja, o legislador ao cominar a pena ao delito deverá perguntar se a sanção que ele está vinculando àquela conduta irá contribuir para a obtenção dos fins de prevenção penal, pois nesta etapa não se tem ainda o fato delituoso concretamente cometido, nem seu agente individualizado.<sup>191</sup>

Nesse sentido, Carmen Silvia de Moraes Barros pondera que:

Num direito penal que tem por função limitar a violência punitiva, o princípio da proporcionalidade implica a necessidade de adotar-se alguma forma de adequação entre pena e fato desde a cominação penal, permitindo a graduação da pena em razão do fato praticado. A proporcionalidade entre pena e crime constitui um limite à individualização legislativa.<sup>192</sup>

<sup>190</sup> Paulo César Corrêa BORGES (Org.), *O Princípio da Igualdade na Perspectiva Penal: temas atuais*, cit., p. 127.

<sup>191</sup> Marcus Alan de Melo GOMES, *Princípio da Proporcionalidade e Extinção Antecipada da Pena*, cit., p. 137.

<sup>192</sup> Carmen Silvia de Moraes BARROS, *A Individualização da Pena na Execução Penal*, cit., p. 113.

Sobre a análise da necessidade, Carmen Silvia de Moraes Barros esclarece que:

Cabe ainda ao legislador, ao cominar penas, considerar que as restrições dos direitos fundamentais (que sempre implicam em alguma criminalização e respectiva punição) devem limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. O conteúdo da necessidade se atualiza na história, da mesma forma que o direito se legitima pela sua realização em cada momento histórico.<sup>193</sup>

Mas, ao se criar um novo tipo incriminador, deverá ser observado ainda se esse bem jurídico a ser tutelado é constitucional e legítimo dentro do Estado Social e Democrático de Direito, pois as leis aprovadas atendendo aos clamores sociais não possuem eficácia.

Como condição básica para a realização concreta do Estado Democrático de Direito, o submetimento de todos à lei apresenta-se como um requisito inquestionável, qualquer que seja a posição social ocupada e a função que exerça, incluindo-se neste rol não só os habitantes de um território, mas, também e principalmente, o próprio Estado, cuja atuação, historicamente arbitrária, foi a razão maior da instituição do núcleo liberal do Estado moderno. Com isso, exige-se de todos condutas que não afetem bens jurídicos.<sup>194</sup>

Dessa forma, para que seja legítima a intervenção do Estado na esfera de liberdade do indivíduo, é preciso que sejam considerados bens jurídicos fundamentais apenas aqueles que tenham suporte constitucional.<sup>195</sup>

A escolha dos bens jurídicos que merecem proteção do Estado é realizada através do legislador que, no regime democrático de direito, é eleito como representante da sociedade. Assim, no momento da elaboração da lei penal é ele quem irá determinar qual o limite mínimo e máximo de pena correspondente a cada tipo penal.

Leonardo Sica explica que:

O princípio da proporcionalidade abstrata e concreta prevê que, abstratamente, só as graves violações a direitos humanos podem ser objeto de pena, que deve, ainda, ser proporcionada ao dano social advindo da violação.<sup>196</sup>

---

<sup>193</sup> Carmen Silvia de Moraes BARROS, *A Individualização da Pena na Execução Penal*, cit., p. 115.

<sup>194</sup> André COPETTI, *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*, cit., p. 60.

<sup>195</sup> Yuri Carneiro COELHO. *Bem Jurídico-Penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 95.

<sup>196</sup> Leonardo SICA, *Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão*, cit., p. 93.



A Constituição Federal brasileira de 1988, ao autorizar a lei que restringe direitos, liberdades e garantias, de forma que permita ao legislador a realização de uma tarefa de concordância prática justificada pela defesa de outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos, impõe uma clara vinculação ao exercício dos poderes discricionários do legislador.

Segundo Rogério Greco, o legislador encarregado da seleção dos bens jurídicos, que merecem proteção do Estado, deverá considerar como princípios norteadores da sua atividade a chamada intervenção mínima, ressaltando sua natureza subsidiária, bem como a lesividade e a inadequação social do comportamento que se quer proibir sob a ameaça da sanção penal.<sup>197</sup>

Assim, de acordo com o momento histórico pelo qual cada sociedade passa é que o movimento de política criminal determinará quais são os bens jurídicos que merecem proteção do Estado, partindo essa análise, primeiramente, dos bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

A Constituição Federal brasileira de 1988, no Título II, capítulo I, declara expressamente quais são os direitos e deveres individuais e coletivos da sociedade brasileira e, nos termos do art. 5º, XLI, determina que: “A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.<sup>198</sup>

Visto isso, pode-se dizer que o texto constitucional serve de parâmetro para indicar quais são os bens que merecem tutela penal, bem como, para proibir a incriminação de determinadas condutas e sanções penais, sendo o limite para a atuação do Poder Judiciário, como se depreende da análise dos seguintes artigos:

Art. 5º, XXXV – A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

---

<sup>197</sup> Rogério GRECO, *Direito Penal do Equilíbrio: Uma Visão Minimalista do Direito Penal*, cit., p. 75.

<sup>198</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Art. 5º XLVI – A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

Art. 5º, XLVII – Não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis.<sup>199</sup>

Todas as proibições para fins de cominação das penas, ou seja, o seu limite negativo, giram em torno do princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no texto constitucional em seu art.1º:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I – a soberania;
- II – a cidadania;
- III – a dignidade da pessoa humana;
- IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V – o pluralismo político.<sup>200</sup>

Diante disso, o legislador no momento da escolha do bem, além de observar seu grau de importância, deverá observar ainda se os outros ramos do ordenamento jurídico poderão ser eficazes na proteção daquele bem e somente após essa verificação é que, em última instância, poderá permitir a proteção dos bens jurídicos através do direito penal.

Nesse sentido, pondera Carmen Sivia de Moraes Barros,

Os princípios constitucionais não devem ser levados em conta só no momento da imposição da pena concreta, senão que incidem diretamente na justificação do direito penal moderno. O desempenho da função garantista do direito penal começa já no primeiro momento de intervenção, qual seja o momento da seleção e definição das condutas abstratamente puníveis, mais precisamente no momento da seleção e definição do bem jurídico protegido.<sup>201</sup>

<sup>199</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>200</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>201</sup> Carmen Silvia de Moraes BARROS, *A Individualização da Pena na Execução Penal*, cit., p. 72.

O legislador deverá ainda observar se a sociedade considera aquele bem jurídico merecedor de tutela penal, de acordo com o princípio da adequação social, pois de nada adianta que o legislador incrimine uma conduta tolerada e aceita pela sociedade.

(...) por se tomar a Constituição como fundamento e não apenas como limite do Direito Penal, vem-se considerando que as determinações expressas de criminalização obrigam o legislador ordinário a tipificar, quando, na verdade, ao se tomar a Constituição como um limite positivo do Direito punitivo estatal, as referidas determinações passam a integrar o quadro máximo dentro do qual o legislador ordinário poderá se movimentar.<sup>202</sup>

O Estado, para realizar a justiça, tem de analisar o valor que a segurança traduz e o difícil é saber qual é o valor da vida, da honra, do patrimônio, da liberdade sexual, dentre outros bens, que se quer e se deve proteger, pois o legislador é quem, abstratamente, determina qual deverá o ser o limite da sanção penal correspondente a cada bem jurídico violado.

Dois critérios tem sido utilizados pelos legisladores para determinar qual a gravidade do delito, ou seja, a quantidade de pena de cada tipo penal. O primeiro, objetivista, mede a pena de acordo com o dano causado. Já o segundo, de acordo com o grau de culpabilidade do acusado; entretanto, num Estado Democrático de Direito de cunho garantista como o brasileiro, os dois critérios têm sido utilizados concomitantemente.<sup>203</sup>

De acordo com José Antônio Paganella Boschi, a sociedade está impregnada de valores, afirmando que:

Não podendo o ordenamento jurídico ser reduzido a juízos meramente lógico-formais, como queria Kelsen, ao conceber o direito como sistema de normas em que a validade de uma norma depende da validade da outra, o intérprete e o aplicador da lei com muita freqüência precisarão se socorrer dos valores e dos princípios para poderem encontrar a solução da questão concreta e específica posta diante de si.<sup>204</sup>

---

<sup>202</sup> Janaina Conceição PASCHOAL, *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*, cit., p.115.

<sup>203</sup> Paulo César Corrêa BORGES (Org.), *O Princípio da Igualdade na Perspectiva Penal: temas atuais*, cit., p. 128.

<sup>204</sup> José Antônio Paganella BOSCHI, *Das Penas e Seus Critérios de Aplicação*, cit., p. 27.

O valor é um componente básico do Direito. Os valores fazem-se presentes por intermédio de normas e, ao seguirem as normas jurídicas, os destinatários destas realizam valores. A grande dificuldade está em atribuir o valor devido a cada tipo de transgressão. O legislador elabora a norma e sua respectiva sanção, mediante um processo de reflexão e juízo de valoração, determinando a medida do que é justo.<sup>205</sup>

Assim, o valor expresso no sentido de dignidade da pessoa humana é a medida para a determinação e a aplicação das penas, quer seja em qualidade ou em quantidade, evitando que o réu seja humilhado em nome de finalidades alheias.

Ana Cláudia Bastos de Pinho explica que, na órbita legislativa, a carga de racionalidade deve estar presente no momento da formulação das normas penais incriminadoras, devendo o legislador observar a taxatividade e a precisão empírica das formulações legais.<sup>206</sup>

André Copetti enfatiza que é essencial que as penas se harmonizem, porque é essencial que se evite mais um grande crime do que um crime menor, aquilo que agride mais a sociedade do que aquilo que a fere menos. O espírito da moderação deve ser o do legislador.

Considerando-se que a legislação penal constitui-se majoritariamente como horizonte de projeção das construções da ciência penal, e agregando-se a isto o fato de que jamais houve, na história penal brasileira, qualquer limite substancial a atividade legislativa definidora de delitos, o que resultou, em nossos dias, numa predatória inflação penal, é de concluir que tais conceitos e concepções doutrinárias não tiveram qualquer eficácia no sentido de limitar conteudisticamente a atuação legislativa incriminadora, especialmente porque em momento algum houve qualquer critério limitador externo ao sistema normativo penal.<sup>207</sup>

O legislador não pode, sob pena de transformar o direito penal em um instrumento simbólico, acreditar que a norma penal tem condições de resolver todas as espécies de conflito da sociedade, pois, como já foi visto anteriormente, o direito penal deverá ser utilizado apenas

---

<sup>205</sup> Paulo NADER, *Filosofia do Direito*, cit., p. 53.

<sup>206</sup> Ana Cláudia Bastos de PINHO, *Direito Penal e Estado Democrático de Direito. Uma Abordagem a Partir do Garantismo de Luigi Ferrajoli*, cit., p. 8.

<sup>207</sup> André COPETTI, *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*, cit., p. 136.

como *ultima ratio*, quando outros ramos do ordenamento jurídico não conseguirem dirimir os conflitos.

Analisando o Código Penal brasileiro, pode-se verificar através de uma rápida pesquisa, que os legisladores não utilizaram o critério proporcional e lógico para fixar os limites das penas nos diferentes tipos penais existentes.

Observando, por exemplo, o delito de homicídio simples e o de extorsão mediante seqüestro, pode-se verificar que é mais grave para a legislação penal brasileira o delito de extorsão do que o próprio delito de homicídio, o que é um grande absurdo, pois a vida é, ou deveria ser, o bem jurídico de maior importância para a sociedade, tanto que está inserido no primeiro artigo da parte especial do Código Penal.

Nesse mesmo sentido, se alguém produz uma lesão corporal grave (art.129, §1º do Código Penal brasileiro), a pena será de um a cinco anos de reclusão, mas, se alguém furtar um objeto no interior de uma residência em concurso com outra pessoa, sem causar nenhum tipo de dano à integridade física ou à saúde de outrem, sua pena poderá variar entre dois a oito anos de reclusão.

Outro exemplo é o de que, se alguém ao manusear imprudentemente uma arma de fogo atingir outra deixando-a tetraplégica para o resto da vida, a pena poderá variar entre dois meses e um ano, e bastará adquirir um objeto, que ele sabe ser produto de furto, e sua pena agora terá os limites de um a quatro anos de reclusão.

Então a resposta do questionamento realizado anteriormente sobre a aplicação proporcional das penas aos delitos é negativa, pois a própria sistemática do Código Penal, imposta pelos legisladores, é contraditória.

Outro grande exemplo da falta de proporcionalidade na aplicação da pena no Direito Penal brasileiro refere-se à atual Lei nº 11.705, sancionada em 19 de junho de 2008, também

chamada de Lei Seca. Nela, o motorista que for flagrado dirigindo com qualquer concentração de álcool no sangue pagará pena de multa, terá sua carteira de motorista suspensa e incorrerá em infração gravíssima.

Observe-se o absurdo dessa lei, ao equiparar quem bebe pouco com quem bebe muito, ou seja, é uma grave ofensa ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, além de uma violação da individualização da pena, não permitindo levar em consideração circunstâncias relacionadas ao infrator.

Assim, diante das situações expostas, pergunta-se: como falar-se em aplicação proporcional da pena no Direito Penal brasileiro, se o juiz terá como parâmetros limites totalmente desproporcionais previstos dentro do próprio ordenamento jurídico?

Será que o aumento da violência na sociedade atual tem exercido o papel de obstáculo à previsão proporcional das penas aos crimes, pois, a cada dia que passa, novos delitos são tipificados por pressão da sociedade na busca constante de punição? Ou será que o que falta são pessoas qualificadas para a elaboração de nossa legislação?

Verifica-se, portanto, que a análise da proporcionalidade por parte do legislador não tem sido realizada, haja vista o grande número de distorções que existem dentro da legislação penal vigente, principalmente como foi visto, no que diz respeito à quantidade de pena prevista para cada delito.

### **3.2.2 A individualização judicial**

Foi visto anteriormente que, na fase da individualização legal, o legislador ordinário, à primeira vista, não utiliza o critério da proporcionalidade no Direito Penal brasileiro para impor os limites de penas aos diferentes tipos previstos dentro do Código Penal. Passa-se agora à análise da individualização judicial, para verificar se o princípio da proporcionalidade

tem sido utilizado como parâmetro pelo juiz, no momento de aplicação da pena no caso concreto.

A fixação da pena constitui a primeira reação do Direito Penal moderno ao arbítrio judicial dos tempos antigos, pois nessa segunda fase, apesar de preponderar o caráter retributivo da pena, essa retribuição não deverá exceder em gravidade e intensidade ao valor do bem violado dentro do ordenamento jurídico, ou seja, tem de ser retribuição proporcional à ofensa do bem jurídico tutelado.<sup>208</sup>

O juiz, para impor a pena, deverá utilizar-se de um meio adequado, a sentença, pois a fase da vingança pública, quando as penas eram aplicadas arbitrariamente, não existe mais, e o Estado, detentor do direito de punir, para aplicar a sanção penal deverá fazê-lo de maneira justa e adequada, e isso se realizará através do processo penal que tem como ápice a sentença penal condenatória.

Art. 387. O juiz, ao proferir a sentença condenatória:

I – mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal, e cuja existência reconhecer;

II – mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 59 e 60 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III – aplicará as penas de acordo com essas conclusões;

IV – fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

V – atenderá, quanto à aplicação provisória de interdições de direitos e medidas de segurança, ao disposto no Título XI deste Livro;

VI – determinará se a sentença deverá ser publicada na íntegra ou em resumo e designará o jornal em que será feita a publicação (art. 73, § 1º, do Código Penal).

Parágrafo único. O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.<sup>209</sup>

Em virtude dos princípios ligados à aplicação da pena, os quais asseguram-lhe a individualização, a proporcionalidade, a limitação e determinam a responsabilidade pessoal do agente e sua culpabilidade, a dosimetria da pena constitui, uma das principais dificuldades da sentença criminal.

<sup>208</sup> Marcus Alan de Melo GOMES, *Princípio da Proporcionalidade e Extinção Antecipada da Pena*, cit., p. 138.

<sup>209</sup> BRASIL. Código de Processo Penal e Constituição Federal. 47 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Artigo com redação alterada pela Lei nº 11.719/2008.

A primeira decisão do julgador na sentença penal é a escolha do tipo de pena dentre as cominadas. O ordenamento penal, por vezes, prevê um ou outro tipo de pena, que deve ser aplicado de acordo com o livre arbítrio do juiz.

A escolha dentre as penas aplicáveis deve ser fundamentada, em especial quando onerar o réu. Assim, para afastar a pena de multa e escolher a privativa de liberdade, o julgador deve justificar e deve fazê-lo de forma mais consistente, quando decidir pela aplicação de ambas.<sup>210</sup>

Ao aplicar a pena, o magistrado faz a justiça distributiva, no sentido proposto por Aristóteles e analisado anteriormente, porque, ao responsabilizar os autores do fato, ele não pode desprezar as diferenças de cada indivíduo.<sup>211</sup>

No Estado Democrático de Direito, o compromisso do juiz é, acima de tudo, com a Constituição. A lei é utilizada apenas se se harmonizar com os princípios e valores expressos no texto constitucional, pois se estiver em desacordo, será declarada inconstitucional; o juiz, portanto, deverá primeiramente interpretar o conteúdo da norma e somente depois disso aplicá-la.

O texto da Constituição Federal brasileira de 1988, mais precisamente, em seu art. 5º, XXXIX, determina que: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.<sup>212</sup> Da mesma forma determina o art. 1º do Código Penal: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”, é pelo princípio da

---

<sup>210</sup> HC 81875/RJ. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 25/06/2002. Publicado no DJ 13-09-2002. EMENTA: Individualização da pena: substituição por multa da privação da liberdade: fundamentação necessária de sua denegação, injustificada se aplicada a pena mínima. 1. Presentes as condições que a propiciem, a substituição da pena privativa de liberdade - ultima ratio da repressão penal contemporânea - pela pena de multa ou de restrição de direitos não é livre faculdade do juiz - que jamais a tem - mas poder-dever, a ser exercido conforme as diretrizes da ordem jurídica e por decisão fundamentada. 2. Impõe-se, de logo, a substituição da pena de detenção pela de multa, pois a fixação da privação da liberdade no mínimo da cominação legal, implica reputar inexistentes os óbices legais ao seu deferimento, que, se existentes, teriam determinado a sua exacerbação.

<sup>211</sup> José Antônio Paganella BOSCHI, *Das Penas e Seus Critérios de Aplicação*, cit., p. 68-69.

<sup>212</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.



individualização da pena que se determina a sanção penal corresponde à cada tipo de infração penal.<sup>213</sup>

Francesco Carnelucci, sobre a aplicação da pena pelo juiz, afirma que:

O juiz é considerado como o legislador da cadeia. A pena legal é semelhante a um vestido pronto, que o juiz, até certo ponto, sabe cortar ou aumentar, alargar ou estreitar, mas, fora disso, para quem tenha de vesti-lo é necessário que se acomode a ir mal vestido. A pena, em mais de suas três quartas partes, adapta-se não ao fato, em sua concretização, mas ao esquema que o legislador construiu. Aonde vai parar este caminho, sabem os especialistas do processo: o juiz, ou se ajusta à lei, e então a pena, freqüentemente, não é adequada ao delito; ou melhor quer que seja adequada, e, freqüentemente também, para consegui-lo, a lei resulta desvirtuada.<sup>214</sup>

Vale ressaltar os ensinamentos de Mariângela Gama de Magalhães Gomes, quando afirma que não basta apenas analisar o princípio da legalidade para a aplicação da pena no caso concreto. Cabe ao intérprete da lei adequar a pena ao agente, ou seja, ele deverá individualizar a pena de acordo com a gravidade do fato e a culpabilidade do agente.<sup>215</sup>

Esse é o entendimento também de Carmen Silvia de Moraes Barros, exposto na seguinte passagem:

A individualização judicial da pena vem limitada pelo princípio da legalidade e pelo princípio da culpabilidade. O princípio da legalidade vincula o juiz à lei quanto à tipicidade do fato e o *quantum* da pena, enquanto o princípio da culpabilidade vincula o juiz a determinar a pena de acordo com a culpabilidade individualizada. Dessa forma a aplicação da pena será justificada se se conseguir harmonizar a sua necessidade com a devida proporcionalidade e a autonomia da personalidade do delinquente, que o direito tem que garantir.<sup>216</sup>

A pena a ser aplicada no caso concreto obedece ao preceito constitucional da individualização, sendo uma garantia constitucional. A lei penal, de forma abstrata, determina a quantidade mínima e máxima de pena a cada um dos crimes que descreve, permitindo certos agravamentos e atenuações, aumentos e diminuições.

Segundo José Antônio Paganella Boschi, a pena assegura a punição pelo fato:

---

<sup>213</sup> BRASIL. *Código Penal e Constituição Federal*. 46 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

<sup>214</sup> Francesco CARNELUTTI. *O Problema da Pena*. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2008. p. 59.

<sup>215</sup> Mariângela Gama de Magalhães GOMES, *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*, cit., p. 158.

<sup>216</sup> Carmen Silvia de Moraes BARROS, *A Individualização da Pena na Execução Penal*, p. 116-117.

Situando o juiz dentro de limites extremos, e não, aprioristicamente, frente à espécie ou à quantidade fixa de pena, como acontecia nos Códigos Penais brasileiros de 1830 e de 1890, o princípio da individualização, interagindo com os demais princípios penais, como vasos comunicantes, cumpre a função política de assegurar a punição pelo fato, resguardando as diferenças.<sup>217</sup>

A individualização da pena na fase judicial é uma garantia constitucional, sendo o segundo momento da análise do princípio da proporcionalidade. Cabe, pois ao juiz no caso concreto, dentro dos limites previamente estabelecidos e com observância dos aumentos e diminuições possíveis, adequá-la àqueles imperativos de necessidade e suficiência à reprovação e prevenção do crime.

A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réus.<sup>218</sup>

O juiz, pelo fato de não ser eleito pelo voto popular, está, em tese, menos sujeito às pressões sociais do que os membros do legislativo e, por isso, deve obedecer às garantias fundamentais expressas na Constituição Federal, além de o seu poder de decisão estar limitado às normas constitucionais presentes no Estado Democrático de Direito.<sup>219</sup>

Assim, o juiz, no momento da aplicação da lei ao caso concreto, possui discricionariedade para indicar o *quantum* de pena o autor do delito irá receber, dentro da margem estabelecida pela legislação, devendo dessa maneira ser proporcional à gravidade do delito.

Na relação entre poder punitivo estatal e cidadão infrator da norma penal, não é difícil identificar o hipossuficiente. É contra o eventual infrator que será infligida a vingança pública. Exatamente por isso, o poder de castigar – que ofende direitos fundamentais, ainda que de forma legítima – precisa de controle e de técnicas efetivas de minimização. Quanto maior for a limitação do poder de punir, maior será a garantia de respeito aos direitos fundamentais da pessoa imputada.<sup>220</sup>

---

<sup>217</sup> José Antônio Paganella BOSCHI, *Das Penas e Seus Critérios de Aplicação*, cit., p. 70.

<sup>218</sup> Guilherme de Souza NUCCI, *Individualização da Pena*, cit., p. 31.

<sup>219</sup> Ana Cláudia Bastos de PINHO, *Direito Penal e Estado Democrático de Direito. Uma Abordagem a Partir do Garantismo de Luigi Ferrajoli*, cit., p. 76.

<sup>220</sup> Idem, *ibidem*, p. 80.

Chade Rezek Neto demonstra que o princípio da proporcionalidade funciona para verificar se os fatores de restrição da liberdade são adequados à realização dos direitos fundamentais, fornecendo ao magistrado um instrumental prático, quando se observar uma excessiva intervenção do legislador frente aos direitos individuais.<sup>221</sup>

Essa é a atribuição mais marcante do juiz, que lhe sublima a atividade, tanto que a ausência de uma individualização da pena converte o julgamento em ato de tirania, passível de ser anulado, por ferir a lei ordinária e a Constituição Federal.

Assim, cabe ao juiz, dentro dos limites estabelecidos em abstrato pelo legislador, tentar encontrar a proporcionalidade da reprimenda a cada caso concreto, o que tem a cada dia se tornado uma tarefa árdua diante das distorções mencionadas anteriormente.

Para a individualização da pena, vale-se o magistrado das circunstâncias ditas judiciais, previstas no artigo 59 do Código Penal. A valoração de cada uma delas é ato próprio do juiz, ficando a seu prudente arbítrio e estando livre para aferir seu conteúdo e seu valor, de acordo com o seu livre convencimento motivado.

O legislador, com a edição da lei nº 7.209/84, que reformulou a parte geral do Código Penal, deu especial ênfase à individualização da pena. Esse princípio encontra-se expressamente previsto na Constituição Federal brasileira de 1988 e significa que a pena não deve ser padronizada, pois o justo é fixar a pena de maneira individualizada, estabelecendo a cada um o que lhe é devido.

Art. 5º, XLVI - A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos.<sup>222</sup>

---

<sup>221</sup> Chade REZEK NETO, *O Princípio da Proporcionalidade no Estado Democrático de Direito*, cit., p 47.

<sup>222</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Guilherme de Souza Nucci observa que deve ser analisado ainda o princípio da responsabilidade pessoal no momento da individualização da pena, princípio este previsto no art. 5º, XLV da Constituição Federal brasileira de 1988, e que determina que a pena não passará da pessoa do delinqüente, ou seja, jamais transcende a pessoa do criminoso, tendo como decorrência o princípio da culpabilidade, sendo imperioso que o agente tenha agido com dolo ou culpa.<sup>223</sup>

Vale ressaltar ainda que o homem é um indivíduo e como tal difere dos demais. Dois homicídios nunca são iguais, havendo entre eles diferenças que clamam por uma análise individual, de sorte a permitir que se chegue a uma pena adequada, capaz de produzir os efeitos mais imediatos que são a justa retribuição e uma eficaz ressocialização.

### **3.2.2.1 As fases da individualização judicial**

O legislador brasileiro, superando a tradicional polêmica entre Néelson Hungria e Roberto Lyra, adotou, com o advento da Lei nº 7.209/84 que reformou a parte geral do Código Penal, o método trifásico para chegar à pena privativa de liberdade eventualmente imposta ao acusado, no que diz respeito ao seu *quantum*.<sup>224</sup>

Tal método revela-se no artigo 68 do citado diploma legal, onde se lê: “*A pena base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e aumento.*”<sup>225</sup>

---

<sup>223</sup> Guilherme de Souza NUCCI, *Individualização da Pena*, cit., p. 41-42.

<sup>224</sup> REsp 38020/SP. Relator Min. Vicente Leal. Julgamento: 29/08/1995. Publicado no DJ 23-10-1995.

Penal. Recurso especial. Fixação da pena. Critério trifásico. Inobservância. Nulidade da sentença. Após a reforma introduzida pela lei nº 7.209/84, o nosso estatuto punitivo instituiu o método trifásico na aplicação da pena, operando-se em fases sucessivas que se inicia pela fixação da pena-base com o exame das circunstâncias judiciais (art. 59), seguindo-se a verificação das circunstâncias legais (agravantes ou atenuantes genéricas) e concluindo-se com a incidência das causas de aumento ou diminuição (majorantes ou minorantes), (art. 68). É nula a sentença que, numa só operação, fixa a pena definitiva em seis anos de reclusão pela prática de roubo praticado com uso de arma (art. 157, parágrafo 2,i), sem distinguir o quantum da pena-base e percentual relativo a causa de aumento de pena. Recurso especial não conhecido.

<sup>225</sup> BRASIL. *Código Penal e Constituição Federal*. 46 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Percebe-se com facilidade que o juiz deverá encontrar primeiro a pena base, analisando as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal, para depois fazer incidirem as agravantes e atenuantes, e, por último, as causas de diminuição e aumento, chegando-se enfim à pena a ser aplicada.

De fato, o Código Penal brasileiro não apresenta uma definição ou conceito do que seja a pena base, uma vez que a lei substantiva não tem a função de conceituar; entretanto, em consonância com seu próprio nome, pena base é aquela fixada pelo juiz, após a análise detalhada das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal. A pena base é como que um ponto de partida, ou marco inicial, sendo um paradigma para as operações seguintes na busca da pena a ser aplicada.

Inácio de Carvalho Neto ensina que o juiz, para fixar a pena base, deve partir da pena mínima prevista abstratamente e, a partir daí, aumentá-la com a existência de cada circunstância desfavorável verificada.<sup>226</sup>

Esse também é o ensinamento de José Antônio Paganella Boschi ao afirmar que os tribunais, ao estabelecerem o critério de fixação da pena-base, determinam que:

- 1- quando todas as circunstâncias judiciais forem valoradas em favor do réu, a pena-base, por ser mínimo o grau de culpabilidade, deverá ser individualizada no mínimo legal;
  - 2- quando algumas circunstâncias judiciais forem valoradas negativamente (ou desfavoravelmente), a pena-base deverá ser quantificada um pouco acima do limite mínimo cominado.
  - 3- se o conjunto das circunstâncias judiciais forem desfavoráveis, a pena-base, refletindo grau máximo de censura, aproximar-se-á do termo médio.
- (...) das regras sobre a matéria, ora transcritas, identificadas a partir da reiteração dos precedentes, depreende-se que o magistrado, após decidir que o réu é culpado, valorará cada circunstância judicial, separadamente, para poder, ato contínuo, valorar o conjunto e baseado no resultado da valoração, identificar o percentual de favorabilidade ou desfavorabilidade deste, que projetará o correspondente quantum de pena-base.<sup>227</sup>

---

<sup>226</sup> Inácio de CARVALHO NETO, *Aplicação da Pena*, cit., p. 90.

<sup>227</sup> José Antônio Paganella BOSCHI, *Das Penas e Seus Critérios de Aplicação*, cit., p. 218-224.

De acordo com Guilherme Souza Nucci,<sup>228</sup> a fixação da pena base deve dar-se nos elementos expressamente indicados em lei e de maneira motivada nos termos do art.93, IX, da Constituição Federal brasileira de 1988.<sup>229</sup> Raciocínio diverso da posição jurisprudencial que permite a ausência de fundamentação, quando o juiz elege o mínimo legal previsto no tipo como pena-base.<sup>230</sup>

### 3.2.2.1.1 Circunstâncias judiciais

A primeira fase de fixação da pena é o estabelecimento da pena base. Essa fixação far-se-á através da análise das circunstâncias judiciais, objetivas e subjetivas, previstas no art. 59 do Código Penal.

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.<sup>231</sup>

A reforma penal de 1984 acrescentou duas circunstâncias ao antigo artigo 42 do Código Penal, quais sejam: a conduta social e o comportamento da vítima, além de substituir a intensidade do dolo e o grau da culpa pela culpabilidade do agente, como se verá a seguir.

<sup>228</sup> Guilherme de Souza NUCCI, *Individualização da Pena*, cit., p. 179.

<sup>229</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Art. 93, IX. “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

<sup>230</sup> HC89380/SP. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento: 28/11/2006. Publicado no DJ 16-02-2007.

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. ESTELIONATO. PENA MÍNIMA. REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVOSO QUE O PREVISTO EM LEI. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO QUANTO AO CRITÉRIO TRIFÁSICO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. 1. Fixada a pena mínima de um ano, prevista para o crime de estelionato, à falta de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a imposição de regime mais gravoso que o previsto em lei revela-se incongruente, consubstanciando constrangimento ilegal sanável em habeas corpus. 2. Falta o interesse de agir no que tange à alegação de ausência de fundamentação quanto ao critério trifásico se a pena não excede o mínimo legal, como é o caso dos autos. Ordem concedida.

<sup>231</sup> BRASIL. *Código Penal e Constituição Federal*. 46 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

O art. 59 do Código Penal brasileiro, portanto, estabelece que a culpabilidade é a base da individualização da pena e, além de reconhecer o princípio da culpabilidade, assinala que deverá haver proporcionalidade entre fato e culpabilidade e que a pena só será aplicada se houver necessidade.

A expressão circunstância é derivada do latim *circum* (círculo) e *stare* (estar) e designa o que pode estar em volta, em torno do fato natural e típico em si.<sup>232</sup> Como circunstâncias subjetivas temos a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade e os motivos. Já as circunstâncias objetivas são as circunstâncias e as conseqüências do crime, bem como o comportamento da vítima.

Denominam-se circunstâncias judiciais pelo fato de, embora previstas na lei, possibilitarem uma carga de valor dada pelo juiz na análise de cada caso concreto. Cada situação colocada a julgamento frente ao Estado-Juiz, sofrerá uma valoração distinta no que concerne às referidas circunstâncias.

A própria lei traça a orientação a que o juiz obedecerá no exercício desse poder relativamente discricionário, prescrevendo-lhe, ou de maneira geral ou especificadamente, circunstâncias a que deve atender nesse juízo, circunstâncias objetivas do fato e circunstâncias subjetivas do agente reveladoras da veemência da sua culpabilidade ou do íntimo fundamento do seu impulso criminoso.<sup>233</sup>

No julgamento do caso concreto, deverá o juiz analisar de forma clara cada uma das circunstâncias, sendo de todo inadequado o uso de expressões lacônicas nesse momento processual. As circunstâncias judiciais, valoradas pelo juiz na busca da pena-base, tanto poderão sê-las de forma positiva quanto de forma negativa em relação ao acusado. Nesse caso, o arbítrio do juiz é de grande relevância, o que não o dispensa de analisar detidamente cada uma delas, sob pena de ser arbitrário.

---

<sup>232</sup> José Antônio Paganella BOSCHI, *Das Penas e Seus Critérios de Aplicação*, cit., p. 187.

<sup>233</sup> Aníbal BRUNO, *Direito Penal*, cit., p. 105.

O Superior Tribunal de Justiça já anulou a dosimetria da pena em sentença pela pouca motivação da análise das circunstâncias judiciais, mostrando que algumas delas deveriam ter sido mais bem analisadas.<sup>234</sup>

A primeira circunstância judicial prevista no art. 59 do Código Penal é a culpabilidade, que é o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente, mas que, no momento da dosimetria penal, segundo Euler Jansen, deve ser sinônimo de reprovabilidade exacerbadora do tipo penal, pois a simples reprovabilidade já foi analisada no momento da tipificação da norma penal.<sup>235</sup>

Nesse mesmo sentido é a visão de Guilherme de Souza Nucci ao enfatizar que o juiz, ao analisar a culpabilidade, deve ter em vista o sentido lato e não o estrito, pois esse já foi analisado anteriormente para verificação da própria existência do crime. O que se deve analisar, portanto, é a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem.<sup>236</sup>

---

<sup>234</sup> HC59116/SP. Relatora: Ministra. Laurita Vaz . Julgamento: 29/08/2007. Publicado no DJ 08-10-2007. HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ROUBO QUALIFICADO. NEGATIVA DE AUTORIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ANÁLISE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO. RECONHECIMENTO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. IMPROPRIEDADE. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, E § 3º DO CÓDIGO PENAL. NEGATIVA AO CONDENADO DE AGUARDAR EM LIBERDADE O JULGAMENTO DA APELAÇÃO CRIMINAL. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. 1. A alegação de negativa de autoria não foi apreciada pelo Tribunal a quo, impossibilitando-se, assim, seu conhecido por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância. Ademais, a via escolhida do habeas corpus não comporta o exame de tal pretensão, em razão da necessidade de se analisar todo o conjunto probatório, devendo, assim, ser discutida e comprovada no âmbito da instrução criminal. 2. Fixada a pena-base no mínimo legal, porquanto reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário e de bons antecedentes, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal. Incidência das Súmulas n.º 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal. 3. Sendo a prisão cautelar uma medida extrema e excepcional, que implica em sacrifício à liberdade individual, é imprescindível, em razão do princípio constitucional da inocência presumida, a demonstração dos motivos concretos autorizadores da medida constritiva. 4. A alegação judicial genérica da necessidade da custódia processual, dissociada de qualquer outro elemento concreto e individualizado, não tem, de per si, o condão de justificar a prisão cautelar. Precedentes do STJ. 5. Habeas corpus conhecido em parte e, na parte conhecida, concedida a ordem para assegurar ao Paciente o direito de apelar em liberdade, determinando, por consequência, a expedição de alvará de soltura em seu favor se por outro motivo não estiver preso, bem como para fixar o regime semi-aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente.

<sup>235</sup> Euler JANSEN, *Manual de Sentença Criminal*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 75.

<sup>236</sup> Guilherme de Souza NUCCI, *Individualização da Pena*, cit., p. 187-188.



Esse é o entendimento também de Carmen Silvia de Moraes Barros ao diferenciar a culpabilidade do agente da culpabilidade pelo fato.

É exigência do Estado Democrático de direito a responsabilidade pelo fato, que se opõe à possibilidade de castigar pelo caráter ou pelo que se é. O princípio da culpabilidade pelo fato deriva do próprio princípio da legalidade e é uma exigência do respeito devido à dignidade da pessoa humana e ao princípio da igualdade, na medida em que todos os homens são punidos pelo que fazem e não pelo que são e enquanto só suas ações, e não sua personalidade, podem ser culpabilizadas como desviadas.<sup>237</sup>

A culpabilidade a que se refere o art.59 do Código Penal não é o fundamento da pena. Não se trata de ter ou não consciência da ilicitude, exigibilidade de conduta diversa e imputabilidade, que são elementos inerentes à culpabilidade do agente, pois estes devem ser analisados na motivação da sentença, no momento de determinar se o agente é considerado culpado ou não pelo crime, e não na dosimetria da pena em que se analisa a culpabilidade do fato.

A estrutura do direito penal moderno, fundada no princípio da culpabilidade, requer, portanto, respeito à máxima de que não há pena, se a conduta não é reprovável ao autor, pressupondo o homem como ente capaz de autodeterminação. Assim a culpabilidade hoje serve não mais como fundamento da pena, mas tão somente como limitação do poder de punir.

Outro cuidado que o julgador deve ter no momento de aferir a culpabilidade do agente é de não confundí-la com preceitos de ordem moral. A culpabilidade a ser considerada deve cingir-se ao fato e não ao íntimo do agente, ou seja, não se pode fazer uma avaliação subjetiva do mesmo, de todas as suas idiossincrasias, sob pena de se extrapolar a avaliação do fato praticado. Aliás, esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.<sup>238</sup>

---

<sup>237</sup> Carmen Silvia de Moraes BARROS, *A Individualização da Pena na Execução Penal*, cit., p. 85.

<sup>238</sup> HC66238/GO. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgamento: 06/12/2007. Publicado no DJ 19-12-2007.

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. PECULATO. DOSIMETRIA.PENA-BASE. ELEVAÇÃO. 1. CAPACIDADE PARA ENTENDER O CARÁTER ILÍCITO DA CONDUTA E DE SE

O Juiz ao analisar a culpabilidade do agente deverá ter em mente um maior grau de relativismo, onde seus elementos sejam dissecados de tal modo que a individualização da pena, imperativo constitucional, se opere de forma cabal.

Carmen Silvia de Moraes Barros, sobre a ligação da culpabilidade pelo fato e a proporcionalidade da pena, pondera que:

Conclui-se, pois, que na culpabilidade do fato o objeto do juízo de censura da culpa é o fato. Já na culpabilidade do autor, esse objeto se alarga, para compreender também ações situadas para além da realização do tipo, para abarcar qualidades das pessoas. Assim, é a culpabilidade pelo fato individual a única que se conforma à pena proporcional ao delito, e não como ajuste geral de contas, uma vez que no Estado de direito o fato está limitado a um fragmento da vida do autor e ao seu atuar, e não ao seu ser (...).<sup>239</sup>

Considerando, portanto, como fins do direito penal a proteção de bens jurídicos, a prevenção de delitos e o controle do poder punitivo estatal, só se pode falar em culpabilidade quando há comprovação de responsabilidade e quando há um grave ataque a um bem jurídico protegido; caso contrário, não há culpabilidade.

Outra circunstância judicial a ser analisada diz respeito aos antecedentes que são todos os atos penalmente imputáveis, anteriormente praticados pelo acusado, e que são considerados pelo juiz no momento da fixação da pena base, e que lhe retiram a primariedade, ou seja, sua vida pregressa em matéria criminal.<sup>240</sup>

Ressalte-se que para ser considerado como antecedente, conforme a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, o fato anteriormente praticado pelo acusado deve ter

---

AUTO-DETERMINAR CONFORME ESSE ENTENDIMENTO. USO DO PRÓPRIO CONCEITO DE CULPABILIDADE PARA A EXACERBAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 2. ELEMENTO NORMATIVO DO TIPO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. IMPOSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. CARACTERIZAÇÃO. 3. USO DE PADRÕES MORAIS PARA AVALIAR A MOTIVAÇÃO DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. 4. ORDEM CONCEDIDA. 1. A capacidade para entender o caráter ilícito da conduta e de se auto-determinar segundo esse entendimento faz parte do próprio conceito de culpabilidade, não podendo, portanto, ser usado para justificar a exacerbação da pena-base acima do mínimo legal. 2. A pena-base não pode ser exasperada utilizando-se de elemento normativo do próprio tipo penal. 3. Inaceitável a utilização de padrões morais, tais como "o não atuar movido por sentimentos de elevada nobreza moral e generosidade" para avaliar a motivação do crime. 4. Ordem concedida para anular a sentença quanto à dosimetria da pena, redimensionando-se a pena do paciente para 3 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão em regime inicial aberto, diante da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis relativas à culpabilidade e à conduta social do paciente.

<sup>239</sup> Carmen Silvia de Moraes BARROS, *A Individualização da Pena na Execução Penal*, cit., p. 88.

<sup>240</sup> Guilherme de Souza NUCCI, *Individualização da Pena*, cit., p. 197.

sido levado a julgamento e advindo de sentença penal condenatória irrecorrível.<sup>241</sup> Aliás, esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.<sup>242</sup>

Para a prova de maus antecedentes é mister a juntada nos autos de certidão cartorária detalhada, sobre a condenação e a data do trânsito em julgado da sentença.<sup>243</sup> Um juiz

---

<sup>241</sup> HC89330/SP. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 29/08/2006. Publicado no DJ 22-09-2006. EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO QUALIFICADO (CP, ART. 157, § 2º, II). FIXAÇÃO DE CUMPRIMENTO DE PENA. REGIME SEMI-ABERTO. INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS 718 E 719 DO STF. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. ORDEM CONCEDIDA. I - A gravidade em abstrato do delito de roubo qualificado, mesmo havendo causa de aumento de pena (concurso de pessoas) não pode ser considerada para fins de fixação do regime de cumprimento de pena. II - Ausente o trânsito em julgado em processos-crime não podem ser considerados como antecedentes criminais. IV - Ordem concedida.

<sup>242</sup> HC64663/RJ. Relator: Min. Felix Fischer. Julgamento: 07/12/2006. Publicado no DJ 26-02-2007. PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 12, § 1º, II, DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICO). SENTENÇA. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES. PROCESSOS EM CURSO. NÃO CONFIGURAÇÃO. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. REGIME. PROGRESSÃO. POSSIBILIDADE. I - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da Lex Maxima). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados (Precedentes). II - Em respeito ao princípio da presunção de inocência, inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes para exacerbação da pena-base (Precedentes). III - O Pretório Excelso, nos termos da decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC 82.959/SP, concluiu que o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, é inconstitucional. IV - Assim, o condenado por crime hediondo ou a ele equiparado, pode obter o direito à progressão de regime prisional, desde que preenchidos os demais requisitos. Writ concedido. Habeas corpus concedido de ofício para afastar o óbice à progressão de regime.

<sup>243</sup> HC 84687/MS. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 26/10/2004. Publicado no DJ 27-10-2006. E M E N T A: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - "RES FURTIVA" (UM SIMPLES BONÉ) NO VALOR DE R\$ 10,00 - DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - MERA EXISTÊNCIA DE INQUÉRITOS OU DE PROCESSOS PENAIIS AINDA EM CURSO - AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE (CF, ART. 5º, LVII) - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. A MERA EXISTÊNCIA DE INVESTIGAÇÕES POLICIAIS (OU DE PROCESSOS PENAIIS EM ANDAMENTO) NÃO BASTA, SÓ POR SI, PARA JUSTIFICAR O RECONHECIMENTO DE QUE O RÉU NÃO POSSUI BONS ANTECEDENTES.

compromissado com a efetividade da justiça, em sua sentença deverá valorar os antecedentes do acusado à luz das circunstâncias que o envolveram em seu passado delituoso e sua situação perante a sociedade.

A exigência de que os antecedentes somente sejam considerados, se o acusado tiver sido condenado em processo anterior, com decisão transitada em julgado, encontra respaldo no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal brasileira de 1988, ou seja, no princípio da presunção de inocência.<sup>244</sup>

O art. 61 do Projeto de Reforma do Código Penal, aderindo a essa noção, estabelece: *“A existência de investigação, instrução preliminar ou ação penal em andamento não será considerada como maus antecedentes.”*

De acordo com Salo de Carvalho

Apenas as condenações anteriores que não configurarem reincidência poderiam ser valoradas negativamente, visto que qualquer outra condenação a título de maus antecedentes será, pois, inconstitucional, por afronta aos princípios constitucionais, que impedem a alteração *in pejus* do julgado criminal, sem prejuízo de prova concreta de ocorrência de mau antecedente social.<sup>245</sup>

A problemática dessa circunstância judicial refere-se à afronta aos princípios decorrentes do próprio ordenamento jurídico, como o da racionalidade e humanidade das penas, pois, se a própria Constituição Federal veda a pena de prisão perpétua, a aceitação sem parâmetros temporais dos maus antecedentes estaria afrontando a própria sistemática constitucional.

---

- A só existência de inquéritos policiais ou de processos penais, quer em andamento, quer arquivados, desde que ausente condenação penal irreversível - além de não permitir que, com base neles, se formule qualquer juízo de maus antecedentes -, também não pode autorizar, na dosimetria da pena, o agravamento do "status poenalis" do réu, nem dar suporte legitimador à privação cautelar da liberdade do indiciado ou do acusado, sob pena de transgressão ao postulado constitucional da não-culpabilidade, inscrito no art. 5º, inciso LVII, da Lei Fundamental da República.

<sup>244</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Art. 5º, LVII, CF. “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

<sup>245</sup> Amilton Bueno de CARVALHO; Salo de CARVALHO. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008. p. 50.

Assim, faz-se necessária uma releitura do art. 59 do Código Penal brasileiro no que tange aos antecedentes para que o magistrado, no momento de aplicação da pena, não esteja fortemente vinculado a uma condenação influenciado pela extensão da folha de antecedentes criminais do acusado.

A conduta social, outra circunstância judicial a ser considerada, e que foi introduzida pela reforma de 1984, conforme demonstrado anteriormente, diz respeito ao modo como o acusado relaciona-se com o grupo social onde convive, podendo ser a família, a igreja, a escola, seu trabalho, dentre outros, razão pela qual Guilherme de Souza Nucci prefere a expressão inserção social.<sup>246</sup>

A forma de aferição dessa circunstância faz-se por todos os meios legítimos admitidos; normalmente é avaliada mediante afirmações do próprio réu, na fase de interrogatório, e das testemunhas principalmente as de defesa, que no momento da oitiva atestam ser o acusado “pessoa honesta e trabalhadora, tendo bom convívio social”.

É comum os juízes limitarem-se a afirmar laconicamente que o acusado não possui boa conduta social, redundando tal conclusão em acréscimo em sua pena base. Novamente, o juiz deve estar antenado com tais possibilidades, para não incorrer na injustiça e arbitrariedade de agravar a punição daquele que primeiro teve seus direitos básicos de cidadão negados pelo Estado.<sup>247</sup>

---

<sup>246</sup> Guilherme de Souza NUCCI, *Individualização da Pena*, cit., p. 201.

<sup>247</sup> HC 92295/RJ. Relatora: Min. Ellen Gracie. Julgamento: 24/06/2008. Publicado no DJ: 15-08-2008. Ementa: DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO. DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ARTS. 59 E 68, CP. ART. 93, IX, CF. 1. O recurso ordinário interposto contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça é centrado na questão da alegada ausência de fundamentação da sentença e do acórdão na dosimetria da pena imposta ao recorrente. 2. A sentença cumpriu rigorosamente o disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, analisando detidamente as circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal. Não houve nulidade da sentença por ausência de fundamentação quanto à dosimetria da pena. 3. O juiz sentenciante analisou as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente, tendo expressamente apontado seus péssimos antecedentes criminais, sua personalidade perigosa, sua má conduta social, e as nefastas conseqüências e circunstâncias do crime. 4. A sentença condenatória cumpriu rigorosamente o disposto nos arts. 59 e 68, ambos do Código Penal. 5. Recurso improvido.

Outra circunstância a ser analisada diz respeito à personalidade do agente, momento em que o juiz examina os atributos psíquicos do agente: sua maneira de agir e sentir, seu caráter, o respeito que mantém pelas autoridades, sua estrutura psicológica, bem como seu temperamento.

A personalidade significa máscara, derivativa do latim *persona*. Muito embora prevaleça no meio jurídico o brocardo de que o juiz é o perito dos peritos, uma vez que nenhum outro pode fazer prevalecer seu ponto de vista de forma coativa através da sentença, é inegável que o magistrado deve buscar outros elementos para uma aferição mais precisa e justa da personalidade do acusado.

Guilherme de Souza Nucci enfatiza que o que se vê no dia-a-dia forense são sentenças nas quais os juízes limitam-se a descrever a personalidade do acusado com expressões vagas como “personalidade ajustada ou desajusta, tendente ao crime, agressiva” e assim por diante.<sup>248</sup>

O importante a esclarecer é que o magistrado não tem condições de estabelecer no processo penal um juízo sobre a personalidade do acusado e as decisões padecem de fundamentação, uma verdadeira afronta aos princípios da ampla defesa e da estrita jurisdicionalidade.<sup>249</sup>

O motivo do crime é outra circunstância judicial a ser analisada e o acusado de algum crime terá seus motivos para justificar a prática do ilícito, sendo que eles podem ser mais ou menos nobres, segundo os padrões culturais e morais de determinada sociedade. Por conta disso, depreende-se que os únicos crimes sem motivos são os culposos.<sup>250</sup>

---

<sup>248</sup> Guilherme de Souza NUCCI, *Individualização da Pena*, cit., p. 212-213.

<sup>249</sup> Amilton Bueno de CARVALHO; Salo de CARVALHO, *Aplicação da Pena e Garantismo*, cit., p. 56-57.

<sup>250</sup> Guilherme de Souza NUCCI, *Individualização da Pena*, cit., p. 219-221.

O juiz deve procurar identificar e registrar na análise das circunstâncias judiciais qual o móvel do agente. O que o levou ao cometimento do crime. Outra preocupação do magistrado deve ser o de não incorrer no princípio do *non bis in idem*, quando o motivo for integrante do tipo ou se constituir em agravantes, qualificadoras ou causas de aumento de pena. Nesse caso, isso poderá apenas constar na análise, mas sem valoração para exasperação da pena base.

Na avaliação dessa circunstância judicial, entra uma carga de valores muito forte a que o juiz esteja vinculado. Para uma decisão mais justa deverá o juiz buscar saber os motivos do crime e quais fatores influenciaram o acusado em seu cometimento.

A circunstância (do latim, *circumstantia, de circumstare*, que significa rodear, cercar, estar à volta) é uma particularidade que acompanha o fato ou o direito, sendo um elemento que lhes era estranho e a eles se uniu.

As circunstâncias já figuravam no artigo 42 do Código Penal, hoje 59, com o mesmo significado atual. Todas as singularidades do fato, que cabe ao magistrado avaliar para a exasperação ou abrandamento da pena, são consideradas circunstâncias.

As circunstâncias do delito têm natureza objetiva, indicando tempo, duração, lugar e modo como se praticou o crime. São elementos acidentais não participantes da estrutura do tipo. Quando expressamente previstas em lei, são chamadas de legais, quando genericamente previstas, são tidas como judiciais.

As conseqüências do crime são aquelas que se projetam para fora do fato típico. O juiz deve analisar bem essa circunstância, impedindo uma confusão com eventuais conseqüências naturais do crime praticado, ou seja, com o próprio resultado. É o caso da morte da vítima, no crime de homicídio, ou a deformidade permanente, no crime de lesão gravíssima. Como

exemplo da conseqüência do crime de homicídio temos o desamparo da prole do extinto, mormente se constituída de infantes.

Se o crime cometido resulta em conseqüências mais graves, a reprimenda do Estado deve ser mais intensa, já que a dor causada é mais aguda. O mal causado pelo crime é a conseqüência a ser considerada para a fixação da pena.

Com o advento da Lei nº 7.209/84, a circunstância judicial do comportamento da vítima assumiu ares de maior importância, em virtude do avanço da vitimologia, braço da criminologia, que passou a considerar a contribuição do sujeito passivo para a eclosão do crime.

O comportamento é o modo de agir da vítima, o qual pode contribuir para a prática do crime pelo agente. Aquele que cria situações que se constituem em facilitadores ou mesmo em incentivadores para a prática do delito, possibilita ao julgador abrandar seu juízo de reprovação da conduta do acusado.<sup>251</sup>

Não se concebe modernamente que seja abstraído da análise do crime o comportamento da vítima. Não se trata de reprovar o comportamento da vítima, mas tê-lo em conta ao avaliar tal circunstância. Trata-se, portanto, de um critério de natureza negativa.

Assim, para a fixação da pena base, após examinar as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, o magistrado trabalha de forma a individualizar a análise que fez, uma vez que não existem duas condutas idênticas.

O juiz estabelecerá, portanto, a pena base conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, sendo uma questão de política criminal a análise do critério de necessidade e suficiência de acordo com a Exposição de Motivos da Lei nº 7209/84.<sup>252</sup>

---

<sup>251</sup> Guilherme de Souza NUCCI, *Individualização da Pena*, cit., p. 227.

<sup>252</sup> Inácio de CARVALHO NETO, *Aplicação da Pena*, cit., p. 75.



Essa análise deve e é realizada com base no princípio da proporcionalidade, mas a análise dessas circunstâncias judiciais por conterem características pessoais do condenado, pode levá-lo a uma punição pelo que ele é e não pelo que ele fez. Assim, faz-se necessário que o juiz ajuste as circunstâncias judiciais de maneira proporcional ao fato criminoso e não apenas em relação a seu autor.

### **3.2.2.1.2 Circunstâncias atenuantes e agravantes**

Foi visto como o juiz deve proceder na análise das circunstâncias judiciais. Agora, já encontrada a pena-base, poderá o julgador fazer a análise de eventuais circunstâncias agravantes e atenuantes que incidirão sobre ela.

As agravantes e atenuantes possuem características próprias, quais sejam: são legais, genéricas, taxativas e obrigatórias. São legais, porque previstas na lei, salvo as atenuantes inominadas previstas no artigo 66 do Código Penal.<sup>253</sup> São genéricas, porque incidem sobre todos os fatos ilícitos previstos no ordenamento jurídico. São taxativas, porque não comportam interpretação extensiva, por ofensa ao artigo 5º XXXIX, da Constituição Federal brasileira de 1988,<sup>254</sup> salvo as atenuantes inominadas. Por fim, são obrigatórias porque sempre atuarão, exceto quando constituírem ou qualificarem o crime.<sup>255</sup>

As agravantes são circunstâncias legais genéricas, válidas para aplicação a qualquer crime e acham-se previstas no artigo 61 e 62 do Código Penal brasileiro, sendo que mencioná-las seria tarefa desnecessária no presente trabalho.

---

<sup>253</sup> BRASIL. *Código Penal e Constituição Federal*. 46 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Art.66. “A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.”

<sup>254</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Art. 5º, XXXIX. Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

<sup>255</sup> Guilherme de Souza NUCCI, *Individualização da Pena*, cit., p. 169.

As atenuantes são circunstâncias legais genéricas aplicáveis a qualquer delito, envolvendo o fato ou o autor e estão descritas nos artigos 65 e 66 do Código Penal brasileiro sendo igualmente desnecessária sua enumeração.

Contudo, conforme descrito anteriormente, é mister seja ressaltado que diferentemente das agravantes, nas atenuantes o juiz pode conhecer de outras não elencadas em lei. São as chamadas atenuantes inominadas, que têm previsão no artigo 66 do Código Penal. Por uma razão muito simples, não existe a possibilidade de haver agravante genérica, pois que seria uma forma de interpretação ampliada em desfavor do acusado.

Salo de Carvalho entende que, apesar de não previsto como circunstância atenuante no art. 65 do Código Penal, o princípio da co-culpabilidade foi aderido pela sistemática das circunstâncias inominadas do art. 66 do Código Penal. Essa atenuante refere-se à parcela de culpa que a sociedade tem pelas possibilidades sonegadas ao acusado que será culpável apenas e tão somente diante das possibilidades sociais que lhe foram ofertadas.<sup>256</sup>

Entende ainda Salo de Carvalho que a análise do princípio da co-culpabilidade não se restringe apenas à situação econômica do condenado, mas também a suas condições de formação intelectual, pois a culpabilidade é movida pela autodeterminação do indivíduo diante do caso. Análise essa já utilizada pela Lei nº 9605/98, em seu art. 14, I, e passível de ser estendida ao Código Penal, analogicamente em benefício do condenado.<sup>257</sup>

Aliás, essa divisão de responsabilidade entre o Estado, a sociedade e o indivíduo pelo delito está presente na reforma da parte geral do Código Penal em seu art. 59.

Art. 59. “O juiz, atendendo à culpabilidade, antecedentes, reincidência e condições pessoais do acusado, bem como as oportunidades sociais a eles oferecidas, aos

---

<sup>256</sup> Amilton Bueno de CARVALHO; Salo de CARVALHO, *Aplicação da Pena e Garantismo*, cit., p. 74-75.

<sup>257</sup> Lei nº 9605/98. Art. 14. São circunstâncias que atenuam a pena:

I – baixo grau de instrução ou escolaridade do agente; II – arrependimento do infrator, manifestado pela espontânea reparação do dano, ou limitação significativa da degradação ambiental causada; III – comunicação prévia pelo agente do perigo iminente de degradação ambiental; IV – colaboração com os agentes encarregados da vigilância e do controle ambiental.

motivos, circunstâncias e conseqüências do crime e ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente à individualização da pena”.

As atenuantes não podem trazer a pena abaixo do mínimo legal nem elevá-las acima do máximo, esse é o entendimento da jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal.<sup>258</sup>

O Superior Tribunal de Justiça já pacificou o assunto, quanto às atenuantes, na Súmula 231: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir a redução da pena abaixo do mínimo legal.”

No que concerne ao *quantum* da agravação ou da atenuação, a lei não traz parâmetros objetivos, ficando ao livre e prudente arbítrio do juiz. Assim, o juiz através de seu arbítrio fará essa valoração. Ao exercitar seu prudente arbítrio, o juiz de forma clara e insofismável explicitará as razões de seu convencimento. Esse é o entendimento também do Superior Tribunal de Justiça.<sup>259</sup>

---

<sup>258</sup> HC 93141/RS. Relatora: Min. Ellen Gracie. Julgamento: 24/06/2008. Publicado no DJ 22-08-2008. HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. 1. A questão controvertida neste writ - acerca da possibilidade (ou não) da fixação da pena abaixo do mínimo legal devido à presença de circunstância atenuante - já foi objeto de vários pronunciamentos desta Corte. 2. Na exegese do art. 65, do Código Penal, "descabe falar dos efeitos da atenuante se a sanção penal foi fixada no mínimo legal previsto para o tipo" (HC n 75.726, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 06.12.1998). 3. De acordo com a interpretação sistemática e teleológica dos arts. 59, 67 e 68, todos do Código Penal, somente na terceira fase da dosimetria da pena é possível alcançar pena final aquém do mínimo cominado para o tipo simples ou além do máximo previsto. 4. Há diferença quanto ao tratamento normativo entre as circunstâncias atenuantes/agravantes e as causas de diminuição/aumento da pena no que se refere à possibilidade de estabelecimento da pena abaixo do mínimo legal - ou mesmo acima do máximo legal. 5. O fato de o art. 65, do Código Penal, utilizar o advérbio sempre, em matéria de aplicação das circunstâncias ali previstas, para redução da pena-base em patamar inferior ao mínimo legal, deve ser interpretado para as hipóteses em que a pena-base tenha sido fixada em quantum superior ao mínimo cominado no tipo penal. 6. É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da impossibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal quando houver a presença de alguma circunstância atenuante. 7. Ordem denegada.

<sup>259</sup> REsp. 907133/SE. Relatora: Min. Jane Silva. Julgamento: 13/12/2007. Publicado no DJ 07-02-2008. CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA REPRIMENDA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. RECONHECIMENTO DE CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE PELO CONSELHO DE SENTENÇA. INEXISTÊNCIA, NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO, DE PERCENTUAIS MÍNIMO E MÁXIMO A SEREM UTILIZADOS COMO REDUTORES. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA EXTENSÃO, IMPROVIDO. 1 - Não merece amparo o recurso especial interposto com base na alínea "c" do permissivo constitucional se o dissídio jurisprudencial não foi corretamente demonstrado, não tendo sido observados os requisitos constantes no art. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ. Ademais, o recorrente se limitou a transcrever as ementas

Guilherme de Souza Nucci pondera contrariamente ao livre arbítrio do juiz, expondo que cada agravante ou atenuante deve ser equivalente a um sexto da pena-base, pois se trata do menor valor de aumento ou diminuição, quando previstos pelo legislador, no tipo derivado. E acrescenta que, se assim o fizer, dará margem para compensar, umas com as outras.<sup>260</sup>

Esse é o entendimento também de Cesar Roberto Bitencourt, exposto na seguinte passagem:

O Código não estabelece a quantidade de aumento ou de diminuição das agravantes e atenuantes legais genéricas, deixando ao *prudente* arbítrio do juiz. No entanto, sustentamos que a variação dessas circunstâncias não deve ir muito além do limite mínimo das majorantes e minorantes, que é fixado em um sexto. Caso contrário, as agravantes e as atenuantes se equiparariam àquelas causas comificadoras da pena que, a nosso juízo, apresentam maior intensidade, situando-se pouco abaixo das qualificadoras (no caso das majorantes).<sup>261</sup>

Ao final da segunda fase, quando houver o concurso de atenuantes e agravantes, deve-se levar em consideração as circunstâncias preponderantes, como os motivos do crime, a personalidade do réu e a reincidência, conforme dispõe o art. 67 do Código Penal.<sup>262</sup>

A aplicação da pena neste segundo momento confere um maior arbítrio ao julgador, haja vista que propicia a formação de um juízo de valor mais negativo do que positivo em

---

dos acórdãos paradigmas, não tendo demonstrado, ainda, a necessária similitude fática entre os arestos confrontados. 2 - As decisões judiciais devem ser cuidadosamente fundamentadas, principalmente na dosimetria da pena, em que se concede ao Juiz um maior arbítrio, de modo que se permita às partes o exame do exercício de tal poder. 3 - O Código Penal não prevê, para as atenuantes, percentuais mínimo e máximo para serem utilizados, obrigatoriamente, como redutores, devendo ser respeitados, apenas, a proporcionalidade, a razoabilidade, a motivação do quantum escolhido a título de redução e os limites de pena abstratamente cominados pelo legislador para o delito imputado ao réu. 4 - Como há uma certa discricionariedade do julgador na redução da pena, quando da aplicação da atenuante, não se revela contra legem o emprego de um percentual redutor mínimo, que se mostra mais consentâneo e proporcional com o caso concreto, considerada a elevada exasperação obtida por ocasião da fixação da pena-base. 5 - Esta Superior Corte de Justiça já decidiu que fixada a pena-base em quantitativo elevado, em função de uma única circunstância judicial desfavorável, revela-se desproporcional a simples redução em face da atenuante da confissão espontânea em percentual exageradamente menor do que o utilizado na exasperação, adequada, no ponto, a correção operada pelo acórdão, em sede revisional (Resp 260.069/AC, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJ 07.10.2002). 6 - Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.

<sup>260</sup> Guilherme de Souza NUCCI, *Individualização da Pena*, cit., p. 231.

<sup>261</sup> Cesar Roberto BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, cit., p. 557.

<sup>262</sup> BRASIL. *Código Penal e Constituição Federal*. 46 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Art. 67 – “No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.”

relação ao condenado, resultando em uma maior quantificação da pena e, portanto, ofendendo o princípio da proporcionalidade.

Assim, faz-se necessária uma releitura dessa fase judicial para que o julgador não se embase mais em parâmetros subjetivos do que em objetivos, pois o princípio da legalidade aqui está sendo substituído por valorações subjetivas do condenado, as quais, apesar de fundamentadas, não trazem qualquer proporcionalidade para o sistema punitivo.

### **3.2.2.1.3 Causas de diminuição e aumento de pena**

Vencidas as duas primeiras etapas do método trifásico para a fixação da pena, caberá ao juiz analisar a última delas através da observação das causas de diminuição e aumento de pena, conforme previsto na parte final do artigo 68 do Código Penal.<sup>263</sup>

Nessa fase de fixação da pena, o julgador observará a existência das chamadas causas de aumento e diminuição da pena, que podem ser facilmente encontradas na parte geral e na especial do Código Penal, pelo fato de serem apresentadas nas normas sempre em forma de fração, como por exemplo: 1/6, 1/4, 1/3, 1/2 etc.

As causas de aumento são circunstâncias legais específicas que obrigam o juiz a aplicar a elevação da pena em quantidades estabelecidas pelo próprio legislador, na forma de cotas fixas ou variáveis. As causas de diminuição, por outro lado, são também circunstâncias legais específicas, mas que determinam a redução da pena obrigatoriamente pelo juiz, levando em conta as quantidades pré-estabelecidas em cotas fixas ou variáveis pelo próprio legislador.<sup>264</sup>

Diversamente das atenuantes e agravantes, as causas de aumento e diminuição de pena podem elevar a pena além do máximo abstratamente cominado e aquém do mínimo.

---

<sup>263</sup> BRASIL. *Código Penal e Constituição Federal*. 46 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Art. 68. “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.”

<sup>264</sup> Guilherme de Souza NUCCI, *Individualização da Pena*, cit., p. 170-171.

Outra distinção entre as causas de aumento e diminuição de pena e as agravantes e atenuantes é de aspecto topográfico, já que as primeiras encontram-se disseminadas por todo o Código Penal e as segundas, apenas na parte geral, artigos 61, 62, 65 e 66.

No caso das atenuantes e agravantes, o juiz, embora não dispensado de fundamentar, fica livre para definir a quantidade a ser acrescida ou diminuída da pena base. Com relação às causas de aumento e diminuição, a lei já estabelece parâmetros que deverão ser observados pelo julgador. O aumento ou a diminuição será calculado sobre a pena encontrada na segunda fase do método trifásico, como que em um efeito cascata.

As causas de aumento ou diminuição às vezes surgem em parâmetros objetivos, com quantidades fixas, como nos artigos: 127; 129, § 7º; 135, § 3º e outros do Código Penal brasileiro. Outras vezes, apresentam mínimo e máximo, como nos casos dos artigos 14, II, parágrafo único; 16; 26, parágrafo único, e outros do mesmo diploma.

No último caso, ficará ao prudente arbítrio do juiz encontrar o *quantum* de acréscimo ou diminuição. Sempre tendo presente que o prudente arbítrio do juiz não o dispensa de fundamentar sua decisão.

Aqui vale a mesma observação feita anteriormente, sendo que quanto mais grave foi a conduta do agente, merecendo uma pena-base mais próxima da média, a agravante terá preponderância e a atenuante será menos considerada. Em caso contrário, a regra se inverte.

Enfim, após a fixação da pena com base nos critérios do art. 68 do Código Penal brasileiro, o juiz da sentença deverá ainda estabelecer o regime inicial de cumprimento da pena, conforme dispõe o inciso III do art. 59 do Código Penal e, para tanto, deverá fazê-lo motivadamente, conforme entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça.<sup>265</sup>

---

<sup>265</sup> REsp 930102/SC . Relator: Ministra. Jane Silva. Julgamento: 06/12/2007. Publicado no DJ 07-02-2008. RECURSO ESPECIAL – ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS – PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL – REGIME INICIALMENTE FECHADO –

Essa determinação do regime inicial de cumprimento de pena será baseada na quantidade de pena aplicada, conforme dispõe o art. 33, § 2º, a, b e c do Código Penal brasileiro.<sup>266</sup>

Portanto, salvo exceções, uma pena de até quatro anos será cumprida em regime aberto, se superior a quatro e não ultrapassar a oito, será cumprida no regime semi-aberto e, finalmente, se superior a oito anos será cumprida no regime fechado, caso não seja reincidente respectivamente.

Sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal editou as seguintes súmulas:

“Súmula 718. A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.”

“Súmula 719. A imposição de regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada exige motivação idônea.”

A exceção quanto à regra de fixação do regime inicial de cumprimento de pena pelo seu *quantum* está prevista no próprio *caput* do art. 33 do Código Penal, pois os crimes punidos apenas com detenção ou as contravenções penais punidas com prisão simples terão suas penas cumpridas, no máximo, em regime semi-aberto, não importando a quantidade de pena. Essa regra, entretanto, não é aplicada, se o crime, em nova condenação, é punido apenas com detenção.<sup>267</sup>

O Superior Tribunal de Justiça, partindo desse raciocínio de exceção, editou a súmula 269, dispondo que:

---

AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – IMPOSSIBILIDADE – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE – POSSIBILIDADE – RECURSOS CONHECIDOS E PROVIDOS.

1- O regime inicial de cumprimento da pena deve considerar a quantidade de pena imposta e a análise das circunstâncias judiciais. 2- A escolha do regime fechado deve ser concretamente fundamentada, principalmente se a dosagem final da pena permitir, em tese, regime menos grave. 3- A gravidade abstrata do crime, por si só, não pode levar à determinação do regime fechado inicialmente, pois esta já foi considerada na escala penal a ele cominada. 4- Presentes os requisitos elencados no artigo 44, do Código Penal e ausente qualquer vedação legal, deve ser concedida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. 5- Recursos conhecidos e providos.

<sup>266</sup> BRASIL. *Código Penal e Constituição Federal*. 46 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Art. 33, § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

<sup>267</sup> BRASIL. *Código Penal e Constituição Federal*. 46 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

“Súmula 269. É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos, se favoráveis as circunstâncias judiciais.”

Em seqüência, após a fixação da pena e de seu regime inicial de cumprimento, deverá o juiz decidir sobre a eventual possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos ou de aplicação da suspensão da pena. Comentários esses que não serão objeto do presente estudo.

Carmen Silvia de Moraes Barros conclui que:

Individualizada a pena, o agente deve ver nela a exata medida de sua culpabilidade. Se um comportamento humano dá motivo à reação do Estado através da pena, essa reação deve ser proporcional, atentando-se à gravidade e duração da pena imposta. O princípio da proporcionalidade deve reger a reação estatal, coibindo o excesso, proporcionando correspondência entre ação e reação, delito e pena, custo e benefício.<sup>268</sup>

Assim, ao final da individualização da pena na fase judicial, chega-se à conclusão de que o juiz, diante dos limites de pena impostos pela lei penal em abstrato e do seu livre arbítrio fundamentado, poderá tentar aplicar uma pena que seja proporcional, adequada e necessária ao crime, mas para isso duas coisas deverão acontecer:

Em primeiro lugar, os legisladores deverão, ao editar as leis, adequá-las ao próprio ordenamento jurídico penal existente, evitando-se assim as distorções apresentadas anteriormente; porém, se mesmo assim essa lei entrar em vigor, o juiz deverá tentar aplicá-la proporcionalmente e nada poderá fazer até que seja declarada inconstitucional.

Em segundo lugar, o próprio sistema trifásico deverá ser alterado, sendo introduzidas as circunstâncias ligadas mais ao crime do que ao condenado, para que possa ser utilizado objetivamente pelo juiz.

Finalizando, vale ressaltar o pensamento de Francesco Carnelutti sobre a dosagem da pena.

---

<sup>268</sup> Carmen Silvia de Moraes BARROS, *A Individualização da Pena na Execução Penal*, cit., p. 120.



A dosagem da pena em relação à gravidade do delito é, especialmente quando se reflete que depende muito frequentemente da apreciação do espírito do réu, uma operação tão delicada que nenhum de nós, por mais inteligência e diligência que coloque nela, pode estar seguro dela.<sup>269</sup>

### 3.2.3 A individualização da execução da pena

Além da individualização legal e judicial, vistas anteriormente, existe ainda a individualização executiva da pena que consiste na adoção de medidas legais e administrativas pelo juiz e autoridades penitenciárias, estabelecendo a quantidade e a forma de cumprimento das penas para o condenado de acordo com a sentença penal.

Assim, como nas demais fases de individualização da pena, a executória também encontra-se estreitamente ligada aos princípios e garantias do Estado Democrático de Direito, bem como à política criminal definida no texto constitucional. Aliás, esse é o entendimento do art. 1º da Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984, ao determinar que:

Art. 1º. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Enfatiza ainda o legislador na Lei de Execuções Penais a necessidade de adequação aos princípios da jurisdicionalidade (art.2º), da legalidade, da liberdade e da igualdade (art.3º e parágrafo único), da individualização, da personalidade e da proporcionalidade (arts. 5º e 6º) e da humanidade das penas (art.40).<sup>270</sup>

Assim, na execução penal o princípio da igualdade assegura o direito de ser diferente dos demais e de não se submeter a tratamento tendente à modificação de personalidade, bem

<sup>269</sup> Francesco CARNELUTTI, *O Problema da Pena*, cit., p.54.

<sup>270</sup> Lei nº 7210/84. Art. 2º. A jurisdição penal dos juízes ou tribunais da justiça ordinária, em todo o território nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal. Art.3º. Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política. Art.5º. Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal. Art. 6º. A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório. Art. 40. Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

como a proibição de tratamentos discriminatórios. Já o princípio da proporcionalidade implica que, na execução penal, a pena e sua forma de cumprimento devem estar de acordo com a realidade vivida pelo condenado.

Uma das primeiras providências a serem tomadas pelo juiz da execução é a classificação do condenado para a individualização da pena privativa de liberdade e restritiva de direitos, de acordo com o art.5º da Lei de execuções penais.

Essa classificação será realizada através de uma comissão técnica (art.6º da Lei nº 7210/84) e desenvolver-se-á através do programa individualizador da pena privativa de liberdade.

Sobre o exame de classificação, Carmen Silvia de Moraes Barros explica que:

Dessa maneira, a individualização executória deve promover a adequação da pena às características pessoais de cada preso. Para tanto, utiliza o sistema de classificação que servirá para agrupar pessoas e oferecer-lhes as medidas adequadas. Através do exame de classificação promove-se a necessária adaptação da pena à pessoa individualmente considerada e efetiva-se a garantia de proporcionar ao preso, durante o cumprimento da pena, o livre desenvolvimento de sua personalidade.<sup>271</sup>

A Constituição Federal brasileira de 1988, no art. 5º, XLVIII, determina que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, visando a garantia da individualização executória da pena.<sup>272</sup>

A separação em razão do sexo talvez seja o único fator observado nos estabelecimentos penais, pois o Brasil apesar da alta população carcerária ainda não tem um projeto penitenciário de execução penal individualizada com critérios de separação entre os presos, o que se vê é a preocupação única e exclusiva com a segurança, através da construção de penitenciárias de segurança máxima.

---

<sup>271</sup> Carmen Silvia de Moraes BARROS, *A Individualização da Pena na Execução Penal*, cit., p. 139.

<sup>272</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Os dispositivos que determinam que o preso deverá submeter-se às normas da execução da pena e estabelecem seus deveres objetivam viabilizar o cumprimento da pena, de forma a possibilitar o gradual retorno do condenado ao convívio social.<sup>273</sup>

O sistema pátrio para a execução da pena é o progressivo, ou seja, parte-se sempre de um regime mais rigoroso para outro mais brando, até chegar-se ao livramento condicional.

Sobre o sistema progressivo de execução das penas, René Ariel Dotti expõe que:

No sistema positivo vigente, um dos princípios gerais orientadores da execução das penas privativas de liberdade consiste na forma progressiva, atendidos os requisitos objetivo (parte da pena cumprida no regime anterior) e subjetivo (o mérito do condenado). Estas são as determinantes do CP (art.33, § 2º) e da LEP (art. 112).<sup>274</sup>

A progressão no regime de execução da pena privativa de liberdade é uma das formas de individualização da pena previstas no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal brasileira, de 1988.<sup>275</sup> A progressão penal depende do mérito do condenado e do cumprimento de um sexto da pena privativa de liberdade, conforme dispõe o art. 112 da Lei de Execuções Penais.<sup>276</sup>

Esse critério de progressão é regra geral, tendo em vista que o art.2º, § 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, é exceção, ao dispor que a progressão dos crimes hediondos, de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, bem como, o terrorismo dar-se-á

---

<sup>273</sup> Lei nº 7210/84. Art. 38. Cumpre ao condenado, além das obrigações legais inerentes ao seu estado, submeter-se às normas de execução da pena.

Art. 39. Constituem deveres do condenado:

I – comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença; II – obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; III – urbanidade e respeito no trato com os demais condenados; IV – conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina; V – execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas; VI – submissão à sanção disciplinar imposta; VII – indenização à vítima ou aos seus sucessores; VIII – indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho; X – conservação dos objetos de uso pessoal.

<sup>274</sup> René Ariel DOTTI, *Curso de Direito Penal*, cit., p. 564.

<sup>275</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Art. 5º, XLVI. a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;

<sup>276</sup> Lei nº 7210/84. Art. 112. “A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.”

após o cumprimento de dois quintos da pena, se o apenado for primário e de três quintos, se for reincidente.<sup>277</sup>

Em todas as etapas do regime progressivo, o tratamento ressocializador é fundamentado no binômio trabalho e instrução, inclusive no livramento condicional, uma vez que uma das condições obrigatórias para sua concessão é a de o liberado obter ocupação lícita.

Nesse sentido, enfatiza Marcus Alan de Melo Gomes que:

No momento de execução, prevalece na pena o fim de prevenção especial. Nessa etapa, já se tem o fato delituoso concretamente praticado e seu agente individualizado. Aqui, se enfraquece o poder da pena de contramotivação coletiva de condutas, e ganha vulto o aspecto ressocializador. O fim da intervenção penal passa a ser eminentemente a prevenção de delitos, mas a prevenção voltada para um indivíduo certo, aquele que violou a regra de proibição, e ao qual devem ser oferecidas oportunidades para se reagrupar à sociedade em condições de não mais delinquir.<sup>278</sup>

Mas, conforme pondera Carmen Silvia de Moraes Barros,

Conhecida a falência do sistema, declarada a incapacidade de fornecer assistência adequada ao preso, cumpre ao direito penal controlar a violência do poder, sua intolerância, irracionalidade e autoritarismo. No Estado democrático de direito, o direito penal não convive com respostas igualmente violentas, pois, como já referido, o que o legitima é a vinculação ao estrito respeito aos princípios consagrados formalmente na Constituição.<sup>279</sup>

Sendo assim, para o fiel cumprimento da pena, os princípios constitucionais e a política criminal, limitadora do poder punitivo e protetora do indivíduo, deverá expressar os valores e ditames do Estado Democrático de Direito, com base no princípio da proporcionalidade da pena.

### **3.2.3.1 O sistema penitenciário brasileiro**

Viu-se anteriormente que cabe à lei penal cominar abstratamente a pena a cada tipo legal de crime e que, em seguida, cabe ao juiz aplicá-la ao caso concreto de maneira

---

<sup>277</sup> Lei 8072/90. Art. 2º, § 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. (Artigo com redação alterada pela Lei nº 11.464 de 2007.)

<sup>278</sup> Marcus Alan de Melo GOMES, *Princípio da Proporcionalidade e Extinção Antecipada da Pena*, cit., p. 138.

<sup>279</sup> Carmen Silvia de Moraes BARROS, *A Individualização da Pena na Execução Penal*, cit., p. 163.

proporcional à lesão do bem jurídico tutelado. Resta agora, ao final, a tarefa do Estado que é a de executá-la, e isso se faz através da prisão.

De acordo com Geder Luiz Rocha Gomes,

O surgimento da prisão é atribuído à criação de casas de correção que objetivavam a custódia de um grande número de bêbados, prostitutas, desocupados, entre outros excluídos, que se avolumavam, por volta do século XVI, no Continente Europeu.<sup>280</sup>

Em sua origem, a pena de prisão tinha o caráter de retribuição, violência e custódia, aplicada através dos trabalhos forçados e dos diversos tipos de banimento, como visto anteriormente. Atualmente, é inevitável a permanência da pena prisão como base do sistema prisional, resta apenas estudar seu aperfeiçoamento e sua aplicação de maneira a atingir os objetivos do Estado Democrático de Direito.

Segundo Anabela Miranda Rodrigues, um dos objetivos da prisão deve ser o de evitar a dessocialização.

Ora, a intenção de socialização visando embora um fim positivo, nem sempre contemplou objectivos de manutenção, por parte do recluso, de direitos fundamentais. Por isso, afigura-se essencial que, antes de ser *socializadora*, a execução da pena de prisão seja *não-dessocializadora*. Isto, num duplo sentido: por um lado, que não ampute o recluso dos direitos que a sua qualidade de cidadão lhe assegura; por outro lado, que reduza ao mínimo a marginalização de facto que a reclusão implica e os efeitos criminógenos que lhe estão associados. Só a incorporação da *não-dessocialização* no conceito de *socialização* permitirá cumprir a Constituição e dissolver o paradoxo, por tantos apontado, de se pretender preparar a reinserção social num contexto, por definição, a-social.<sup>281</sup>

A prisão, portanto, deve ser vista como não só para conter os homens nem só para fazê-los expiar seus crimes, nem sequer para os reformar. Há de influir sobre eles para adaptá-los a uma vida livre através de uma educação racional.

Guilherme de Souza Nucci pondera que:

---

<sup>280</sup> Geder Luiz Rocha GOMES. *A Substituição da Prisão: Alternativas Penais: legitimidade e adequação*. Salvador: Editora JusPodivm, 2008. p. 53-54.

<sup>281</sup> Anabela Miranda RODRIGUES. *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária: Estatuto Jurídico do Recluso e Socialização, Jurisdicionalização, Consensualismo e Prisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 52.

Enquanto forem indispensáveis as penas privativas de liberdade, o que é realidade incontestemente atualmente, deve-se buscar, ao menos, garantir condições dignas de sobrevivência no cárcere, não significando isso a manutenção, ao condenado, de um padrão de vida superior ao cidadão honesto que está fora do presídio, mas, em verdade, que possa deter seu *status* de pessoa humana, o que não ocorrerá se o princípio da humanidade ficar apenas na letra fria do papel das leis e da própria Constituição.<sup>282</sup>

O que a prisão propõe ou deve propor é melhorar o delinqüente, ou seja, reformá-lo. Infelizmente, na prática, a individualização executória da pena está cada vez mais longe de ser uma realidade no Brasil, pois, o que se vê são os condenados literalmente jogados nas penitenciárias para o cumprimento de suas penas sem a mínima observação das imposições previstas no Código Penal e na Lei de Execuções Penais, quanto ao isolamento celular e a possibilidade de trabalho.<sup>283</sup>

A construção de novas unidades prisionais e penitenciárias é fundamental para desafogar o sistema prisional, mas também é necessário dotar essas novas unidades de recursos humanos, de equipamentos e da criação de um ambiente que promova a ressocialização.

Bruno de Moraes Ribeiro enfatiza que:

Essa nova concepção da função de reintegração social da pena privativa de liberdade se assenta, portanto, na inadmissibilidade de processos que visem a reforma coativa da personalidade. O exercício do poder estatal não pode impossibilitar o exercício da liberdade de escolha dos indivíduos, que, por serem criminosos, não deixam de ser indivíduos. Nesse sentido, a realização da idéia de ressocialização deve se dar através do oferecimento aos reclusos da possibilidade de participação nos diversos programas de tratamento penitenciário, possibilidade essa cuja efetivação depende da sua voluntária adesão. Os reclusos possuem, nessa configuração, direito à ressocialização, que, como todo direito, pode ou não ser exercido.<sup>284</sup>

São necessárias políticas de combate à desigualdade social através de investimentos públicos adequados, mas também são necessárias medidas mais eficazes de combate à criminalidade para elucidar os crimes, punir os culpados e evitar assim que novos crimes aconteçam.

---

<sup>282</sup> Guilherme de Souza NUCCI, *Individualização da Pena*, cit., p. 44.

<sup>283</sup> José Antônio Paganella BOSCHI, *Das Penas e Seus Critérios de Aplicação*, cit., p. 71.

<sup>284</sup> Bruno de Moraes RIBEIRO, *A função de Reintegração Social da Pena Privativa de Liberdade*, cit., p. 91.

Anabela Miranda Rodrigues enfatiza que a reforma penal, deve ter como eixo a questão penitenciária, pois de nada adianta um Código e uma justiça penal evoluídos, se é ignorada a dimensão penitenciária, última fase de aplicação da pena.<sup>285</sup>

Leonardo Sica entende que, se a reforma do sistema prisional não conseguir efetivamente alcançar os fins do direito penal, a pena de prisão deverá ser abolida, através da busca de outras alternativas, conforme expõe abaixo:

No atual estágio da civilização, portanto, é inevitável a permanência da prisão como base do sistema penal. Resta estudar o aperfeiçoamento de penas e medidas substitutivas e alternativas, ampliando tanto quanto possível sua aplicação, uma vez que a prisão é, sem dúvida, uma reação estatal sabidamente ineficaz, que traz seqüelas piores que o mal que se pretende combater, sem cumprir, razoavelmente, as finalidades otimistas proclamadas.<sup>286</sup>

A Lei nº 9714/98, ao alterar o Código Penal brasileiro, regulamentou e criou novas modalidades de penas restritivas de direito, distintas da pena de prisão, ou seja, o próprio sistema penal de cunho minimalista tem admitido novas hipóteses de reprimenda ao contrário da tradicional pena de prisão.

Aliás, nesse mesmo sentido, é a nova lei de drogas (Lei nº 11.346/06) que inovou rompendo com o tradicional vínculo entre crime e pena privativa de liberdade, admitindo inclusive a pena de admoestação sobre os efeitos das drogas, além de vedar a prisão ao usuário.

Esse é o entendimento de Salo de Carvalho, ao dispor que:

Se a opção político-criminal produz como único resultado a ampliação do encarceramento, o ciclo de violência inerente às estratégias de legitimação do arquipélago carcerário dificilmente será minimizado com o acréscimo de redes alternativas. Neste quadro, a imposição de critérios de responsabilidade e de responsabilização do legislador quando de sua adesão ao projeto punitivista, pode minimizar os impactos do embevecimento com a cultura do encarceramento em massa.<sup>287</sup>

---

<sup>285</sup> Anabela Miranda RODRIGUES, *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária: Estatuto Jurídico do Recluso e Socialização, Jurisdicionalização, Consensualismo e Prisão*, cit., p. 8.

<sup>286</sup> Leonardo SICA, *Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão*, cit., p.45.

<sup>287</sup> Salo de CARVALHO. Em Defesa da Lei de Responsabilidade Político-Criminal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, nº 193, p. 8-10, dezembro de 2008.

Geder Luiz Rocha Gomes expõe ainda que:

Assiste-se, no cenário atual brasileiro, ao desenvolvimento de um processo expansivo do direito penal com a diária produção legislativa calcada sob o fundamento de proteção à coletividade (defesa social) que contraria a correta hermenêutica minimizadora da atuação punitiva estatal.

O cenário apresenta um quadro significativo de agressão, por parte da legislação infraconstitucional, aos preceitos constitucionais. O que permite um sistema político penal excessivo nos seus variados momentos, quer seja na persecução quer na execução penal, principalmente na execução da pena privativa de liberdade, tendo em vista as precárias condições e a estrutura do sistema carcerário.<sup>288</sup>

Outro aspecto importante a ser lembrado é o da participação efetiva da sociedade em geral com relação aos egressos, no sentido de auxiliá-los na busca de uma ocupação estável e da manutenção de relacionamentos sociais positivos após o cumprimento da pena, o que lhes possibilitaria um suporte não só material, mas também emocional<sup>289</sup>.

Aliás, esse é o entendimento da Lei de Execuções Penais, ao dispor em seu art. 4º, que: *O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança.*”

Assim, diante de tudo o que foi exposto no presente trabalho, o que se propõe é uma mudança efetiva do sistema penal pátrio no sentido de ajustá-lo aos ditames do Estado Democrático de Direito, incorporado através dos princípios constitucionais e mais especificamente do princípio da proporcionalidade da pena através da atividade legislativa, judicial e executória.

---

<sup>288</sup> Geder Luiz Rocha GOMES, *A Substituição da Prisão: Alternativas Penais: legitimidade e adequação*, cit., p. 69.

<sup>289</sup> Bruno de Moraes RIBEIRO, *A função de Reintegração Social da Pena Privativa de Liberdade*, cit., p. 99.



## CONCLUSÕES

O trabalho desenvolvido na presente dissertação de mestrado encerra-se, sem a pretensão de ser concluído. Os questionamentos que deram origem à pesquisa nasceram da constatação de que, em virtude da expansão desmedida do direito penal, a sociedade, na ilusão de alcançar a tranquilidade e a paz social, passou a exigir um maior rigor nas punições dos infratores e com isso a ofensa ao princípio da proporcionalidade tem sido uma constante no Direito Penal brasileiro.

Foi visto inicialmente que os princípios constitucionais foram estabelecidos a partir das constituições escritas e servem como elementos na elaboração das leis e na decisão dos tribunais em virtude da supremacia da Constituição. Sendo assim, todas as normas do ordenamento jurídico deverão estar de acordo com o texto constitucional e os princípios constitucionais, quer sejam implícitos ou explícitos, deverão informar todo esse ordenamento, servindo de garantia à sociedade contra os ataques do Estado.

Independentes da distinção que se estabeleça entre os princípios, as normas e as regras e suas eventuais colisões e conflitos, os princípios dão unidade ao sistema e o princípio da proporcionalidade, objeto de estudo da presente dissertação, serve de medida para a previsão e a aplicação da pena ao caso concreto, como princípio de justiça.

O princípio da proporcionalidade, apesar de não estar previsto expressamente no texto da Constituição Federal de 1988, é uma decorrência implícita do próprio ordenamento jurídico brasileiro nas concepções de justiça, liberdade, dignidade da pessoa humana, devido processo legal, proporcionalidade do direito de resposta etc.

Assim como o princípio da proporcionalidade, a pena tem origem remota, desde o primeiro pecado até os dias atuais, o homem sempre teve sanções pelos delitos que praticou, sendo que o que variou foi a quantidade e a forma de punição. A pena é coação, sanção, e é através dela que o Estado impõe seu poder punitivo, mas como *ultima ratio*, quando outras esferas do ordenamento jurídico não forem aptas a solucionarem os conflitos.

A lei penal ao prever as condutas que devem ser tuteladas através dos bens jurídicos de maior importância deve buscar a máxima satisfação das necessidades humanas com um mínimo de sacrifício nos moldes do que preconiza o direito penal mínimo, ou seja, deve intervir quando for absolutamente necessária para a sobrevivência da sociedade.

A própria Constituição Federal só admite restrições a direitos individuais e, no caso, à pena, quando justificadas por razões de necessidade, adequação e supremacia do valor a ser protegido, ou seja, a atividade do legislador no momento de elaboração da norma será a de tutelar, apenas e tão somente, os bens jurídicos mais importantes para a sociedade e estabelecer qual a pena que será a justa medida para a reprovação das condutas que afrontem esses bens jurídicos tutelados.

Mas, infelizmente, não é isso que tem sido observado no Direito Penal brasileiro, pois o crescimento da criminalidade tem servido de justificativa para a intensificação da quantidade de tipos e sanções penais como resposta ao fracasso do Estado na contenção da violência através de outros meios.

Assim, os legisladores ao tentar combater a criminalidade na busca da realização da justiça, ao elaborar a lei penal, não têm observado efetivamente o princípio da proporcionalidade, pois os tipos penais não tem guardado consonância com as demais normas do próprio ordenamento jurídico.

Vale ressaltar que diante dessa falta de proporcionalidade da legislação em abstrato caberá ao juiz tentar, dentro dos parâmetros previstos, aplicar uma pena que seja justa, adequada e proporcional, o que se traduz em um grande desafio na atualidade diante das distorções analisadas neste trabalho.

Diante do que foi exposto, é de significativa urgência fazer-se uma releitura das normas penais em vigor no Brasil, a partir de uma ótica constitucional que privilegie a dignidade da pessoa humana. Necessário é rever as disposições penais e refletir até que ponto está-se protegendo, de fato, os interesses substanciais de um modelo de Estado que busca a humanização do direito.

Foi visto ainda, que por mais que a pena prevista em abstrato e aplicada pelo juiz seja proporcional, com a falência do sistema prisional brasileiro é praticamente impossível atingir a finalidade do Direito Penal na busca da prevenção geral e especial em consonância com a ressocialização do condenado.

Conclui-se, portanto, que o princípio da proporcionalidade, para ser efetivamente aplicado na legislação brasileira em sua plenitude, deverá ter como respaldo não somente uma lei penal que traga em sua essência o princípio da proporcionalidade como expressão da vontade legislativa, mas também um sistema penitenciário moderno e compatível com o princípio da dignidade da pessoa humana.

## BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. Teoria & Direito Público*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5 edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea. Dogmática, Missão do Direito Penal e Política Criminal na Sociedade de Risco*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.
- ANCEL, Marc. *A Nova Defesa Social. Um Movimento de Política Criminal Humanista*. Tradução: Osvaldo Melo. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Manual de Direito Penal*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ARAGÃO, Selma Regina. *Direitos Humanos. Do Mundo Antigo ao Brasil de Todos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *Princípio da Proporcionalidade. Significado e Aplicação Prática*. Campinas: Copola, 2002.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- AVRELLA, Sérgio. *A Defesa de Sócrates*. Umuarama: Elenco, 2006.
- BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. *Da Capitulação dos Crimes e da Fixação das Penas. Teoria e Prática da Capitulação dos Crimes e da Fixação das Penas. O Juiz Criminal. A Pena de Morte*. 4 ed. Belo Horizonte: Editora Bernardo Álvares S.A., 1963.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BARROS, Carmen Silvia de Moraes. *A Individualização da Pena na Execução Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- BARROS, Wellington Pacheco; BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. *A Proporcionalidade como Princípio de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

- BIANCHINI, Alice. *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução: Maria Celeste C. J. Santos. 10 ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Teoria Geral da Política. A filosofia Política e as Lições dos Clássicos*. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BONESANA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução: Torrieri Guimarães. 1 ed. São Paulo: Rideel, 2003.
- BORGES, Paulo César Corrêa (Org.). *O Princípio da Igualdade na Perspectiva Penal: temas atuais*. São Paulo: Editora UNESP, 2007.
- BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.
- BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da Proporcionalidade & da Razoabilidade*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2006.
- BRANCO, Luiz Carlos. *Equidade, Proporcionalidade e Razoabilidade. (Doutrina e Jurisprudência)*. São Paulo: RCS Editora, 2006.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte Geral*. Tomo III. 4 ed. Forense: Rio de Janeiro, 1984.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Execução Penal*. 10 ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.
- CARNELUTTI, Francesco. *O Problema da Pena*. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2008.
- CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal. Parte Geral*. Vol. II. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2002.
- CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris. 2008.
- \_\_\_\_\_. *Em Defesa da Lei de Responsabilidade Político-Criminal*. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, nº 193, p. 8-10, dezembro de 2008.
- CARVALHO NETO, Inácio de. *Aplicação da Pena*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CHIES, Luiz Antônio Bogo. *A Capitalização do Tempo Social na Prisão: a Remição no Contexto das Lutas de Temporalização na Pena Privativa de Liberdade*. São Paulo: Método: IBCCRIM, 2008.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Para Entender Kelsen*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- COELHO, Yuri Carneiro. *Bem Jurídico-Penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética. Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

- COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- COSTA, José de Faria. *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: Alguns Cruzamentos Reflexivos*. Coimbra editora, 2005.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Filosofia do Direito*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal. Parte Geral*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- \_\_\_\_\_.et al. *Violência e Criminalidade: Propostas de Solução*. Rio de Janeiro. Forense, 1980.
- DE CICCIO, Cláudio. *História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. *A Justificação do Direito e sua Adequação Social: uma abordagem a partir da teoria de Aulis Aarnio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- D'URSO LUIZ FLÁVIO BORGES. *Direito Criminal na Atualidade*. São Paulo: Atlas, 1999.
- DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Fundamentos da Pena*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução: Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FOULCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 24 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal. Parte Geral*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- FUNES, Mariano Ruiz. *A Crise nas Prisões*. São Paulo: Saraiva, 1953.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. Tradução: Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- GOMES, Geder Luiz Rocha. *A Substituição da Prisão: Alternativas Penais: legitimidade e adequação*. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

- GOMES, Marcus Alan de Melo. *Princípio da Proporcionalidade e Extinção Antecipada da Pena*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: Uma Visão Minimalista do Direito Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2006.
- HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Tradução: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- ISERHARD, Antônio Maria. *Caráter Vingativo da Pena*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005.
- JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de La Imputación*. Traducción: Joaquim Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2 ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas: Madrid, 1997.
- JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas*. Tradução: André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- JANSEN, Euler. *Manual de Sentença Criminal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Elementos do Direito. Direito Penal*. São Paulo: Prima Cursos Preparatórios, 2004.
- LEAL, César Barros. *Prisão: Crepúsculo de Uma Era*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- LISZT, Fran Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tradução: José Higino Duarte Pereira. Tomo I. 1 ed. Campinas: Russel Editores, 2003.
- LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.
- MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito e Filosofia Política*. São Paulo: Atlas, 2003.
- MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Execução Criminal: Teoria e Prática: Doutrina, Jurisprudência, Modelos*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal*. 2 ed. Tomo I. Madri: Editorial revista de Derecho Privado, 1946.
- MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal. Parte Geral*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo II. Interpretação à Teoria da Constituição*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.
- MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito*. Tradução: Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

- MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- NASCIMENTO, Walter Vieira do. *A Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Manual de Direito Penal. Parte Geral: Parte Especial*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- NUNES, Rizzato. *Manual de Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Manual de Monografia Jurídica*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- OLIVEIRA, Nelci Silvério de. *Curso de Filosofia do Direito*. 2 ed. Goiânia: AB, 2001.
- PACHECO, Denílson Feitoza. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Processual Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- PASSETTI, Edson; DIAS DA SILVA, Roberto Baptista. *Conversações Abolicionistas: Uma Crítica do Sistema Penal e da Sociedade Punitiva*. São Paulo: IBCCrim, 1997.
- PELARIN, Evandro. *Bem Jurídico-Penal: Um Debate Sobre a Descriminalização*. São Paulo: IBCCrim, 2002.
- PIAZZETA, Naele Ochoa. *O Princípio da Igualdade no Direito Penal Brasileiro: uma abordagem de gênero*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil. Evolução Histórica*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito. Uma Abordagem a Partir do Garantismo de Luigi Ferrajoli*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Vol. I. Parte Geral*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. Tradução: Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Lições Preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- \_\_\_\_\_. *O Direito como Experiência*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- REZEK NETO, Chade. *O Princípio da Proporcionalidade no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.
- RIBEIRO, Bruno de Moraes. *A função de Reintegração Social da Pena Privativa de Liberdade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.



- RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária: Estatuto Jurídico do Recluso e Socialização, Jurisdicionalização, Consensualismo e Prisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. 2ª tiragem (com acréscimos) Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.
- ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3 ed. Lisboa: Vega.
- SANTOS, Jarbas Luiz dos. *Princípio da Proporcionalidade. Concepção Grega de Justiça como Fundamento Filosófico*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.
- SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Aproximación al Derecho Penal Contemporâneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1992.
- SCHIMIDT, Andrei Zenkner. *O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. 22 ed. São Paulo: Cortez, 2002.
- SICA, Leonardo. *Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SILVA, Marco Antônio Marques da. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Processo Penal e Garantias Constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Actualizador: Guillermo J. Fierro. Vol. II. 11ed. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 2000.
- SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua Tutela*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- TELES, Ney Moura. *Direito Penal. Parte Geral*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- VACCARO, Michele Ângelo. *Origem e Funções das Escolas Penais*. Tradução: Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.