

**A PROPORCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO
DE INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA NORMA PENAL:
POSSIBILIDADES E LIMITES**

*THE PROPORTIONALITY AS A TOOL FOR
INTERPRETATION AND APPLICATION OF PENAL
LAWS: POSSIBILITIES AND LIMITS*

*Airto Chaves Junior**

*Fabiano Oldoni***

* Doutorando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação Strito Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí na linha de pesquisa: Princiologia Constitucional e Política do Direito. Possui graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (2004), Pós-Graduação pelo Curso de Preparação para a Carreira do Ministério Público - Nível Aperfeiçoamento, em convênio da Associação Catarinense do Ministério Público e da Universidade do Vale do Itajaí (2005) e Mestrado em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação Strito Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí na linha de pesquisa: Produção e Aplicação do Direito - Sociedade; Área de Concentração: Fundamentos do Direito Positivo. É advogado criminalista; Professor titular do Curso de Graduação em Direito da Univali nas disciplinas de Direito Processual Penal II (5º Período), Legislação Penal Especial: Temas Atuais de Direito Penal (10º período) nos Campus de Balneário Camboriú e Itajaí; É Professor de Direito Penal da Escola do Ministério Público do Estado de Santa Catarina (EMPSC) em Itajaí e Florianópolis; Professor de Direito Penal da Escola da Magistratura do Trabalho de Santa Catarina (AMATRA 12); Professor de Direito Penal, Processo Penal e Prática Penal do “Morgado Concursos”; Professor dos Cursos de Especialização da UNIVALI: Direito Público (leciona a disciplina Constituição e Controle Penal); Direito Empresarial (leciona a disciplina Direito Penal Empresarial); Direito Previdenciário (leciona a disciplina Direito Penal Previdenciário).

** Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (2010), com Especialização em Direito Penal Empresarial pela Universidade do Vale do Itajaí (2004) e Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (2001). É professor titular das disciplinas de Direito Processual Penal e Prática Jurídica Processual Penal (EMA) pela Univali/Itajaí/SC. Coordenador do Projeto de Execução Penal junto ao Sistema Penitenciário de Itajaí (convênio UNIVALI/CNJ).

Resumo: a ideia é analisar a proporcionalidade enquanto postulado de interpretação e aplicação do direito, em contraponto aos que tratam a proporcionalidade como um princípio. Para isso, será feita a necessária diferenciação entre princípios e regras e ao final apresentado um conceito operacional à proporcionalidade. Especificamente, busca-se observar a proporcionalidade no contexto da norma penal, identificando as possibilidades e limites de sua aplicação.

Palavras-chave: Norma. Princípio. Proporcionalidade. Interpretação.

Abstract: the aim is analyze the proportionality as postulate for interpretation and application of the right, counterpointing who deal with the proportionality as a principle. Thereunto, it will be done the necessary distinction between the principles and rules and in the end it will be shown an operational concept to the proportionality. Specifically, it seeks to observe the proportionality in the penal law context, identifying the possibilities and limits of its application.

Keywords: Law. Principle. Proportionality. Interpretation.

1. Introdução

Proporcionalidade é um princípio ou um instrumento de aplicação e interpretação da norma?

O trabalho busca analisar esta problematização e identificar se a proporcionalidade é um instrumento de interpretação e aplicação do direito ou um princípio.

O estudo tem como seu pano de fundo as discussões sobre o Constitucionalismo e como que a produção do Direito, por força das exigências desse paradigma, está relacionada com o aporte teórico da argumentação jurídica e hermenêutica jurídica.

Justifica-se o tema na existência de uma dicotomia conceitual no tocante à proporcionalidade, sendo comum a sua percepção enquanto princípio, o que se entende equivocado.

Para isso, será feita a necessária diferenciação entre princípio e regra e ao final apresentado um conceito operacional à proporcionalidade.

Na sequência abordar-se-á a proporcionalidade em seus dois vieses, enquanto proibição de proteção deficiente e enquanto proibição de excesso, para, a partir de então, observar as possibilidades e limites da criação legislativa voltada ao âmbito penal.

A metodologia a ser utilizada no desenvolvimento da pesquisa compreende o método cartesiano quanto à coleta de dados e no relatório final o método indutivo com as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

2. Diferenciando regras de princípios

Regras e princípios são duas espécies de norma¹ que integram o ordenamento jurídico, porém não podem ser confundidas e por isso a necessidade inicial de destacar as características que as diferem.

Eros Grau² distinguiu os princípios entre **positivados**, a quem ele denominou de direito posto ou princípios jurídicos explícitos, e

1 Apesar de não ser o objeto central a ser estudado neste tópico, a expressão *norma* merece uma explicação, já que usada com sentido diferente por alguns autores. Para Alexy (em seu livro *Teoria dos direitos fundamentais*), seguido da grande maioria da doutrina, norma é um gênero, cujas espécies são princípios e regras. Já para Streck a “norma representa o produto da interpretação de um texto”, pois a norma não existe sem a interpretação e a interpretação não se faz sem um caso, ou seja *prima facie* existem os princípios e as regras que, quando aplicados a um caso, faz nascer a norma. Não pode haver um conceito de norma que seja prévio e anterior ao caso a ser decidido (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 3 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p 504). Trabalhar-se-á com a ideia de Alexy, porém não serão esquecidas as críticas fundadas e relevantes da Hermenêutica Jurídica de Streck.

2 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3 ed., São Paulo: Malheiros. 2005. p. 156.

não positivados, denominados de princípios gerais do direito, uma vez que se encontram em “estado de latência”.

Explica-se. O princípio posto ou positivado já se encontra previsto expressamente no ordenamento jurídico de um país. É o caso do artigo 5º, da CRFB/88, cujos incisos XXXIX (legalidade e anterioridade), XLVI (individualização da pena), LIII (jurisdição), LIV (devido processo legal), LV (contraditório e ampla defesa), LVIII (presunção de inocência), tratam expressamente de princípios.

Já os princípios em estado de latência não estão expressamente previstos e nem por isso deixam de ser norma jurídica, pois apesar de não estarem positivados são “descobertos no interior de determinado ordenamento”³ e podem servir perfeitamente para embasar uma decisão judicial.

Ressalta-se que alguns princípios, apesar de estarem positivados, não constituem regras, ou seja, não perdem a característica principiológica pelo fato de estarem previstos expressamente na legislação.

A regra é a interpretação que se faz a partir do princípio. Exemplo: tem-se o princípio que garante a inviolabilidade do domicílio (art.5º inciso X da CRFB/88), cuja regra criada a partir dele é o tipo penal do artigo 150 do Código Penal, que pune a prática de invasão de domicílio. O artigo 5º, inciso XXII da CRFB/88 traduz-se em num princípio que garante o direito à propriedade, o que originou várias regras protetivas deste bem jurídico no Código Penal, como o Título II⁴ que trata dos crimes contra o patrimônio. Também o artigo 5º, inciso LIV da CRFB/88, expressa o princípio do devido processo legal, o que motivou as regras contidas nos artigos 394 a 555 do CPP, que tratam dos procedimentos ou de como o processo deve tramitar para se chegar a uma sentença.

Fazendo uma leitura a partir de alguns doutrinadores que tra-

3 GRAU. Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. p. 150.

4 Artigos 155 a 183 do CP.

taram do assunto, encontra-se em Dworkin⁵ que a regra é aplicada por completo ou não é aplicada. Ocorrendo a situação prevista na regra e sendo esta válida ela deve ser aplicada. Exemplo: se a regra define que são inadmissíveis as provas ilícitas, não é possível tornar esta prova como válida⁶.

Valendo-se das palavras de Dworkin⁷ tem-se que

a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados dos 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 contribui para a decisão.

Já o princípio não se aplica automática e necessariamente toda vez que as condições previstas ocorrerem. É possível que num mesmo fato exista a possibilidade de se aplicar dois princípios com sentidos opostos (liberdade de imprensa e o da privacidade). Neste caso um deles deverá recuar para que o outro seja aplicado, em razão de seu peso ou importância ser maior para aquele caso específico.

Daí conclui-se que havendo colisão entre princípios, o de maior importância prevalecerá⁸, porém o que foi afastado continua válido e integrante do ordenamento jurídico, diverso do conflito de

5 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 18.

6 Não se olvida a posição de parte da doutrina que considera esta prova válida caso venha a beneficiar o réu.

7 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 39.

8 Uma observação aqui deve ser feita, já que o propósito a ser pesquisado não envolve o objeto “princípio” como tema principal, não sendo, por isso, aprofundado o assunto, mas cuja ressalva é absolutamente necessária. Há autores, como Max Scheler na obra *Reviravolta dos Valores*, que hierarquizam os princípios entre os de maior e menor importância para a sociedade, sendo que os mais importantes sempre irão prevalecer sobre os de menor importância. Por exemplo, o princípio máximo, que trata do direito à vida, sempre irá preponderar, posto não ter nada mais importante que a vida a ser tutelado.

regras, onde aquela que foi afastada perde a sua validade e é excluída do ordenamento jurídico, posto não poder haver regras conflitantes entre si⁹.

Para Alexy¹⁰ a diferença entre princípio e regra é que a regra é norma que ordena seja algo realizado na maior medida possível, dentro de suas possibilidades jurídicas e materiais existentes. É uma norma que somente pode ser cumprida ou não-cumprida. A regra é uma determinação no âmbito do fática e juridicamente possíveis¹¹.

Já o princípio é um mandamento de otimização, onde a principal característica é o fato de poder ser cumprido em diferente grau e este cumprimento não depender exclusivamente das possibilidades materiais, mas também das jurídicas¹². O princípio, segundo Alexy, pressupõe uma abertura interpretativa, cujo alcance depende do intérprete¹³.

9 Quando há conflito aparente de normas, o critério a ser utilizado para identificar qual prevalecerá é o seguinte: 1) especialidade 2) subsidiariedade 3) consunção. Estes critérios devem ser aplicados seguindo a ordem indicada, ou seja primeiro aplica-se o critério da especialidade e se ambas as normas forem especiais parte-se para o critério da subsidiariedade (uma conduta apresenta duas possibilidades de tipificação, porém uma é principal e a outra é subsidiária. Ex: no crime de furto ocorrido dentro de uma residência, também há o crime de violação de domicílio, porém prevalece o de furto por ser mais grave. A situações em que a própria lei diz que se considera crime se não houver fato mais grave, como no artigo 132 do CTB). Persistindo o conflito aplica-se a consunção, onde o crime meio é absorvido pelo crime fim (Ex: alguém falsifica um documento para cometer um crime de estelionato. O crime de falsificação de documento público fica absorvido/consumido pelo crime de estelionato, que era o desejo do infrator [Súmula 17 do ST]).

10 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5 ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 90.

11 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. p. 91.

12 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. p. 90.

13 Esta distinção estrutural entre regras e princípios e principalmente a visão do princípio como mandamento de otimização (abertura interpretativa) defendida por Alexy é criticada por Lenio Luiz Streck. Segundo este autor os princípios não admitem uma interpretação aberta, mas, pelo contrário, fechada, diminuindo, ao invés de aumentar, o espaço de discricionariedade do juiz. Também, a ponderação feita pelo juiz, quando houver colisão de princípios, exige do magistrado uma opção subjetiva e discricionária, não estando nada distante da arbitrariedade interpretativa (decisionismo) tão comum no positivismo. Afirma Streck que “a ponderação sempre leva a uma abstração em face do caso, circunstância que ‘reabre’ para o juiz a perspectiva de argumentação sobre ‘o caráter fundamental ou não do direito’, já reconhecido desde o início como

Canotilho¹⁴ sustenta que os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, conforme as condições fáticas e jurídicas e por isso permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do tudo ou nada). Já as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem, proíbem) que é ou não é cumprida, não deixando espaço aberto para qualquer outra solução, pois se uma regra vale, deve cumprir-se.

Seguindo o entendimento de Dworkin, pode-se afirmar que havendo conflito de regras, a que prevalece exclui a outra, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias, visto que elas contem fixações normativas definitivas.

Quanto a colisão entre princípios, pode haver uma ponderação, uma harmonização, pois eles trazem apenas exigências, sendo que o princípio afastado do caso concreto coexiste validamente no ordenamento jurídico juntamente com aquele que prevaleceu.

Finalizando, Eros Grau¹⁵ apresenta sua visão para diferenciar princípios de regras, onde a **regra** é geral porque estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos, contudo é especial porque regula somente tais atos e fatos; é editada para ser aplicada a uma situação jurídica determinada. Já o **princípio** é geral porque comporta uma série indefinida de aplicações. Os princípios atuam como mecanismos de controle da produção de regras e as regras não deixam de ser aplicações dos princípios.

fundamental, e assim acaba tratando esses direitos com se fossem ‘valores negociáveis’, com o que se perde a força normativa da Constituição, que é substituída pelo ‘discurso adjudicador’ da teoria da argumentação jurídica” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. p. 185/186). Streck trabalha com a hermenêutica jurídica e Alexy com a teoria da argumentação jurídica.

14 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2 ed., Coimbra: Editora Coimbra. 2001, p. 152.

15 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a aplicação/interpretação do direito*. p. 183.

3. Proporcionalidade não é princípio

Aristóteles deu ao termo proporcionalidade o sentido de *equidade*, da busca por um equacionamento entre duas relações, encontrando o “justo meio” onde “*Justo*, neste sentido é então a proporção. *Injusto*, enquanto acepção oposta, é o que viola o princípio¹⁶ da proporção”¹⁷.

Miguel Reale¹⁸ afirma que para Aristóteles “a justiça é uma virtude que implica sempre em algo de objetivo, significando uma proporção entre um homem e outro homem, razão pela qual toda virtude, enquanto se proporcione a outrem, é, a esse título, também justiça”.

Este sentido aristotélico do termo ficou superado a partir do segundo pós-guerra, já no Estado Democrático de Direito, cujo termo passou a ter íntima relação com a ideia de constituição dirigente¹⁹ e com a ampliação dos textos constitucionais, onde o controle exercido pela jurisdição constitucional fez da proporcionalidade um postulado capaz de concretizar os direitos previstos na Constituição, impondo ao Estado a efetivação de tais direitos através de ações concretas. Também era instrumento limitador de direitos fundamentais.

A proporcionalidade desdobra-se em três subpostulados: o da **adequação** (estabelece a relação entre a norma empregada e o fim atingido), o da **necessidade** (estabelece que a norma empregada deve considerar o meio mais benéfico ao destinatário) o da **proporcionalidade em sentido strito** (indica se a medida adotada gera mais benefícios do que prejuízos – contrapondo os princípios em colisão, verifica se a restrição a um direito fundamental é razoável

16 Entendemos que a proporcionalidade não é um princípio, conforme será demonstrado mais a frente.

17 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Antônio de Castro Caetano. 3 ed. Lisboa: Quetzal Editores. p. 124.

18 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20 ed., São Paulo: Saraiva. p. 624.

19 O termo constituição dirigente foi criado por José Joaquim Gomes Canotilho, na obra *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.

ao nível de satisfação na realização de outro direito fundamental) e, por tal razão, não consubstancia princípio, já que a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito não são ponderadas em relação a algo diferente, não havendo colisão ou conflito entre elas e outros princípios, daí porque essas três “exigências”, nas quais se desdobra a proporcionalidade em sentido amplo, são classificadas como “regras”²⁰.

Como visto anteriormente, havendo colisão entre princípios, deverá o intérprete ponderar (optar) entre um ou outro, prevalecendo aquele de maior “valor” para o caso concreto²¹. E neste momento de ponderação é que o juiz deverá utilizar-se da proporcionalidade, nas suas três acepções (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) para definir qual princípio prevalecerá.

Portanto, a proporcionalidade serve como um critério de ponderação, de escolha do princípio que será aplicado em caso de colisão, e se consubstancia na “necessidade de coerência e integridade de qualquer decisão”²², ou nas palavras de Eros Roberto Grau²³ é um “postulado normativo da interpretação/aplicação do direito” e deve estar presente em toda aplicação da norma.

Até porque, como assevera Manuel Atienza²⁴, a lógica jurídica, especialmente a judicial, se apresenta não como uma lógica formal, e sim como uma argumentação que depende da maneira como os

20 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a aplicação/interpretação do direito*. p 184.

21 Novamente aqui cabe lembrar a crítica feita por Streck de que esta ponderação exige do juiz uma máxima subjetividade o que pode acarretar em decisões arbitrárias, apesar de revestidas de legalidade. Entende o autor que todo caso possui uma resposta correta, devendo ser afastada a tese das múltiplas respostas. Para tanto, propõe algumas condições e possibilidades da hermenêutica jurídica: a decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (produzido democraticamente), evitada a discricionariedade e respeitada a coerência e a integridade do direito, a partir de uma detalhada fundamentação. Argumentos para uma resposta adequada à Constituição devem ser de princípio, e não de política (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. p. 545/547).

22 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. p. 186.

23 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a aplicação/interpretação do direito*. p 186.

24 ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3. ed. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 74.

legisladores e os juízes concebem a sua missão e da ideia com que eles fazem do Direito e do seu funcionamento da sociedade.

Contudo, é válida a ressalva produzida pela hermenêutica jurídica da incidibilidade entre interpretação e aplicação (superando o positivismo jurídico com Dworkin e Gadamer). A impossibilidade desta cisão implica a impossibilidade do intérprete “retirar” do texto “algo que o texto possui-em-si-mesmo”, como se fosse possível reproduzir sentidos. O acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes, porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmos²⁵.

Afinal, compreender é aplicar²⁶ e após a invasão da filosofia pela linguagem não é mais possível separar interpretação e aplicação. Entender justificação e aplicação como momentos distintos é acreditar na existência de conceitos universais. Em suma, por ser o discurso da fundamentação algo abstrato, que permite múltiplas respostas, logo somos obrigados a selecioná-los, o que demonstra que a compreensão é sempre antecipada²⁷.

Por isso a proporcionalidade é, ao mesmo tempo, instrumento balizador da interpretação e aplicação da norma legal.

4. Proporcionalidade e seus dois vieses

A proporcionalidade autoriza uma leitura em duas perspectivas diferentes, enquanto proibição do excesso e enquanto proibição da proteção deficiente.

25 STRECK, Lenio Luiz. *Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?*. Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, Vol. 15 – nº 1 – p. 158/173 – jan-abr 2010, disponível em <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>>. Acesso em: set. 2013.

26 Destaca-se que aplicação no sentido hermenêutico não é apenas aplicação a uma situação concreta em termos judiciais, ou seja, mesmo com a leitura do texto legal já se está aplicando o sentido do texto, ainda que de forma abstrata.

27 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. p. 63/68.

Este desdobramento da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição e tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade do legislador²⁸.

A proibição do excesso exige que toda lei penal tenha uma punição compatível com a conduta praticada e com o bem jurídico protegido. Este viés tem ligação com a proteção dos direitos fundamentais do cidadão, relaciona-se com o não fazer do Estado e é reflexo do Estado Liberal.

Explica Maria Luiza Schäfer Streck²⁹ que “as primeiras normas relacionadas aos direitos fundamentais são de natureza negativa, impondo uma obrigação de não fazer por parte do Estado e exigindo dele um comportamento omissivo em favor da liberdade individual”.

A partir desta perspectiva é que se fortalecem os princípios da legalidade, da presunção de inocência, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da publicidade dos atos, da motivação das decisões entre outros, os quais (de)limitam o poder punitivo estatal, garantindo que os direitos fundamentais individuais só serão afastados quando for realmente necessário.

A proibição do excesso é a face com maior área de exposição, visto que procura delimitar a intervenção estatal na vida privada apenas nos casos de real necessidade. No direito penal a proibição do excesso é um parâmetro essencial, seja na elaboração legislativa da conduta a ser considerada crime, seja na previsão da pena abstrata ou até mesmo na fixação da pena no caso concreto.

Em outros termos, uma conduta que não seja suficientemente reprovável pela sociedade, ou que a sociedade não aceite a inter-

28 STRECK, Lenio Luiz. Da proibição do excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Vol. 1, n. 2, Porto Alegre, 2004, p. 254.

29 STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 64.

venção do direito penal, torna este bem jurídico ilegítimo de proteção pelo direito penal, havendo, aí, um excesso do ente público no controle social. Do mesmo modo com relação a pena abstrata prevista em determinado tipo penal. Se a conduta visa proteger um bem jurídico legítimo, mas prevê uma pena elevada demais e que não corresponde à importância do bem jurídico que tutela, haverá um excesso que deve ser corrigido pelo magistrado no momento da fixação da pena.

Explica Lenio Luiz Streck³⁰

que a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento entre fins e meios; de outro lado, a inconstitucionalidade por advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinado bem jurídico.

A outra leitura que pode ser feita da proporcionalidade é enquanto proibição da proteção deficiente. Agora surge para o Estado a obrigação de agir para evitar a inconstitucionalidade por omissão. Há determinados bens que representam um valor elevado para o social e exigem uma proteção a altura de sua importância. É a chamada proteção positiva dos direitos fundamentais por meio do Direito Penal, preocupação típica do Estado Democrático de Direito, conforme afirma Maria Luíza Schäfer Streck³¹.

Na visão de Ingo W. Sarlet³² “a noção de proporcionalidade

30 STRECK, Lenio Luiz. Da proibição do excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. p. 254.

31 STRECK, Maria Luíza Schäfer. *Direito penal e constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. p. 91.

32 SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista de Estudos Criminais*, n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul: Nota Dez, 2003, p. 86.

não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros”.

Portanto, deve ficar claro que a norma é inconstitucional caso não exista proporcionalidade, seja pelo excesso ou pela deficiência da proteção realizada pelo Estado, detentor do *jus puniendi*.

5. Proporcionalidade como (de)limitador da norma penal

Foi visto que a proporcionalidade não é um princípio e sim um critério de interpretação/aplicação do direito e que deve estar presente em toda norma, apresentando-se como uma via de mão dupla, pois ao tempo que proíbe o excesso, também proíbe a deficiente proteção.

A proporcionalidade atua como um delimitador da norma penal seja no sentido ativo ou omissivo. Caso o bem protegido seja considerado relevante de proteção e necessite de uma intervenção do direito penal, o Estado deve agir no sentido de criar mecanismos legais para proteger tal bem. A omissão do Estado geraria uma desproporcionalidade entre conduta e bem agredido, pela ausência de uma proteção eficiente.

Também haveria uma desproporcionalidade nos casos de excesso por parte do *jus puniendi*, seja na tipificação desnecessária de um fato como crime, na previsão de uma pena abstrata elevada demais ou até mesmo quando da aplicação da pena ao caso concreto.

Observando o Código Penal brasileiro, encontra-se condutas lesivas ao patrimônio punidas com mais intensidade que as lesivas à pessoa, ou seja há um excesso punitivo no tocante aos crimes contra o patrimônio e que se apresenta desproporcional se comparado

à punição prevista para os crimes contra a pessoa³³.

A desproporcionalidade pelo excesso é evidente nos tipos penais a seguir demonstrados:

- o concurso de pessoas no furto é qualificadora, enquanto no roubo (que tem violência/ameaça contra a pessoa) é aumento de pena;
- a pena *mínima* do homicídio simples (crime contra a vida) é de 06 anos, enquanto a pena *mínima* do roubo seguido de lesão corporal grave (crime contra o patrimônio) é de 7 anos;
- a pena *mínima* da extorsão mediante sequestro (caso o sequestro dure mais de 24 horas) é de 12 anos (crime contra o patrimônio), enquanto a pena *máxima* do crime de redução a condição análoga de escravo (pelo tempo que for, 5 anos, 10 anos etc.) e do crime de cárcere privado qualificado é de 8 anos (ambos são crimes contra a liberdade individual).
- adulterar número de chassi (crime contra a fé pública) é crime punido com 3 a 6 anos de reclusão, pena maior que a de lesão corporal grave em que a vítima perde, por exemplo, um dos braços, onde a pena é de 1 a 5 anos de reclusão. Também é mais grave que o crime de instigação ao suicídio (crime contra a vida), se vier a ocorrer a morte, onde a pena é de 2 a 6 anos; maior que o crime de infanticídio (crime contra a vida), com pena de 2 a 6 anos.
- o homicídio doloso simples é punido com pena de 6 a 20 anos, inferior à pena do roubo com lesão corporal grave culposa (7 a 15 anos), extorsão mediante sequestro simples (8 a 15 anos). Se o sequestro durar mais de 24 horas, a pena subirá para 12 a 20 anos, igual a do homicídio qualificado, que é considerado hediondo.

33 Isso se explica pelo fato do Código Penal brasileiro sofrer influência do Código de Napoleão, criado a partir da Revolução Francesa, no Estado Moderno Liberal, onde a burguesia, ao tomar o poder político acabou por privilegiar a proteção do bem que mais lhe interessava, qual seja o patrimônio. Segundo Max Scheler, "(...) o cerne da moral burguesa, o qual os cristãos começaram a remir sempre mais intensamente desde o séc. XIII, até executarem na revolução francesa sua efetivação mais elevada, tem sua raiz no ressentimento. No movimento social moderno, então, o ressentimento se tornou uma força intensamente codeterminante, remodelando cada vez mais a moral vigente" (SCHELER, Max. *Da reviravolta dos valores*, tradução de Marco Antônio dos Santos Casa Nova, Petrópolis: Vozes, 1994, p. 89). Exemplifica o autor que em muitos casos os valores são invertidos, onde se observa que os valores que ele denomina de utilitários (relacionados ao materialismo) são mais protegidos e mais importantes que os valores vitais (vida, corpo).

Talvez a afronta mais evidente à proibição de excesso no direito penal brasileiro está no artigo 273 do CP³⁴.

Define o artigo que constitui crime com pena entre 10 e 15 anos falsificar produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais. Na mesma pena incorre quem vende, expõe a venda, tem em depósito etc.

É cediço que a falsificação de medicamentos é uma conduta que pode ter um efeito muito danoso no paciente, além de representar um alto grau de egoísmo daquele que pratica o ato. Contudo, atribuir uma pena mínima de 10 anos é desarrazoado e desproporcional, uma vez que o crime é de perigo abstrato, presumido, bastando a falsificação para o crime se consumir, mesmo que ninguém venha a ingerir o medicamento.

Mas o absurdo não para por aí. Pode-se até encontrar argumentos para tentar justificar uma pena tão elevada para a falsificação de remédio, frente à questão humanitária e de saúde pública que envolve o tema, porém nada justifica punir com esta pena aquele que falsifica ou expõe a venda cosmético ou saneante.

Segundo a ANVISA³⁵ são considerados saneantes as substân-

34 Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

§ 1º-A - Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.

§ 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:

I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;

II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior;

III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização;

IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade;

V - de procedência ignorada;

VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

35 Disponível em <http://www.anvisa.gov.br/saneantes/conceito.htm#O_QUE_SÃO_SANEANTES>. Acesso em: jul. 2013.

cias ou preparações destinadas à higienização, desinfecção ou desinfestação domiciliar, em ambientes coletivos e/ou públicos, em lugares de uso comum e no tratamento de água, compreendendo *detergentes e seus congêneres - alvejantes - desinfetantes - desodorizantes - esterilizantes - algicidas para piscinas - fungicidas para piscinas - desinfetante de água para o consumo humano - água sanitária - produtos biológicos - inseticidas - raticidas - jardinagem amadora - repelentes*.

Imagine-se alguém que falsifique ou apenas altere a fórmula original de um raticida, ou de um repelente, ou de um algicida para piscina. O potencial dano ao ser humano por este ato autoriza uma pena mínima de 10 anos?

A ANVISA³⁶ também define cosmético como sendo

preparações constituídas por substâncias naturais ou sintéticas, de uso externo nas diversas partes do corpo humano, pele, sistema capilar, unhas, lábios, órgãos genitais externos, dentes e membranas mucosas da cavidade oral, com o objetivo exclusivo ou principal de limpá-los, perfumá-los, alterar sua aparência e ou corrigir odores corporais e ou protegê-los ou mantê-los em bom estado.

Em suma, falsificar ou alterar a fórmula de um esmalte, de um sabonete ou de um óleo para massagem é crime com pena mínima de 10 anos de reclusão.

A desproporção segue com o artigo 273 § 1º-B, que prevê como crime a venda, guarda etc., de qualquer dos produtos (cosméticos, saneantes inclusive) sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente (inciso I), de procedência ignorada (inciso V). Ou seja, a venda de sabonete artesanal, feito em uma pequena fábrica de fundo de quintal³⁷, ou em casa mesmo, ou de qualquer produto saneante ou cosmético cuja procedência seja ignorada, poderá incorrer na pena mínima de 10 anos de reclusão.

36 Resolução RDC nº 79, de 28 de agosto de 2000.

37 Para a ANVISA os produtos artesanais (que não utilizem no processo de fabricação máquinas) não necessitam de registro.

Há um excesso evidente na previsão abstrata destas penas e que deve ser corrigido pelo juiz quando da sentença, o que vem sendo feito pelos tribunais pátrios³⁸.

38 “Crime contra a saúde pública – falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, venda, distribuição ou entrega a consumo, durante longo período, por farmacêutico e representante comercial – prova técnica e testemunhal suficiente à manutenção da condenação – impossibilidade de reconhecimento de erro, em qualquer de suas modalidades, assim como, de provocação ou de exercício regular de direito – condenações mantidas, assim como as absolvições dos co-réus, estas por insuficiência de provas do conhecimento da inexistência de registro dos produtos no órgão de vigilância sanitária. Ofensa ao princípio da proporcionalidade – aplicação da *analogia in bonam partem*, para considerar pena do crime de tráfico ilícito de entorpecentes – precedendo desta câmara. Regime prisional – crime hediondo – inconstitucionalidade do dispositivo da lei n. 8.072/90, reconhecida no plenário do STF – resgate da pena privativa de liberdade em regime inicial fechado – recursos defensivos parcialmente providos” (BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação criminal n. 05.040723-0, de Chapecó).

Ainda:

“As inadequações do dispositivo em comento guardam relação não só com a quantidade da pena, mas, também, com o fato de tratar de várias ações em um único tipo penal, quando deveria referir-se de modo distinto cada uma delas. No que tange à pena prevista percebe-se, claramente, incompatibilidade com as demais penas preceituadas para outros delitos considerados mais graves ou tão graves quanto o em discussão, que, também, possuem a natureza de hediondos ou a estes equiparados. Ao crime de tráfico, por exemplo, ilícito considerado muito grave e de grande repulsa pela sociedade, em razão das consequências que acarreta, é prevista uma pena mínima de 3 (três) anos de reclusão, e ao de tortura, de 2 (dois) anos de reclusão. Desta feita, inconcebível aplicar-se a mesma pena àqueles que falsificam, adulteram e corrompem medicamentos em grandes quantidades aos que vendem ou expõem à venda produto que não observa as normas administrativas de controle e procedência” (BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 06.004732-9, de São Miguel do Oeste).

A 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no julgamento da Apelação Criminal n. 2001.72.00.003683-2/SC, cujo relator foi o Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz, entendeu que devia prevalecer, ao delito do art. 273, §1º-B, I, V e VI, do CP, a pena do tráfico ilícito de entorpecentes vigente na época: “Assim como os delitos contra a saúde pública, o tráfico ilícito de substância entorpecentes também tem, como bem jurídico, a saúde pública. O tráfico, do mesmo modo, não fica descaracterizado pela pequena quantidade de droga vendida. Quem vende pequena quantidade de droga está expondo a risco a saúde pública da mesma forma que aquele que a comercializa em larga escala. Ambos os delitos têm ainda em comum a circunstância de serem crimes de perigo abstrato. A vantagem (se é que se pode usar o termo) de adoção desse critério é que o delito previsto na Lei n. 6.368/76 tem pena mínima de 03 anos de reclusão, parâmetro que parece justo para a penalização da conduta. Nem se estaria negando a gravidade do delito, nem se estaria impondo ao réu pena flagrantemente desproporcional à conduta praticada. Às objeções eventualmente levantadas contra escolha, pode-se responder com a advertência de que o caso é de exceção, e assim deve ser tratado”.

E esta atuação por parte do judiciário é perfeitamente válida e classifica-se no que Manuel Atienza³⁹ denomina de ponderação ou argumentação finalista:

El esquema finalista es más abierto, deja más discrecionalidad al juez: como las reglas de acción se orientan al pasado, en la premisa fáctica del razonamiento subsuntivo o clasificatorio se trata de establecer simplemente que ha tenido lugar un hecho; pero las reglas de fin miran al futuro, de manera que en el correspondiente esquema argumentativo hay una premisa que enuncia un juicio predictivo sobre lo que ocurrirá o no ocurrirá en el futuro; y el futuro es más abierto y (en general) más complejo que el pasado. Por eso, el esquema finalista juega un papel más bien excepcional en el razonamiento judicial, mientras que es central en el razonamiento que efectúan los legisladores, los órganos de la administración o los abogados cuando aconsejan un curso de acción a sus clientes.

Esses exemplos evidenciam a necessidade da proporcionalidade como parâmetro à constitucionalidade da norma penal, atuando ora como instrumento de defesa a coibir os excessos do “principal inimigo, o Estado”⁴⁰, ora como mecanismo efetivador da proteção eficiente de direitos, obrigando também “o Estado a intervir (preventiva ou repressivamente) inclusive quando se tratar de agressão oriunda de outros particulares”⁴¹.

6. Considerações finais

Diferentemente do que muitos sustentam, pensa-se que a proporcionalidade não é um princípio, mas sim um instrumento de interpretação e aplicação da norma jurídica.

39 ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación en pocas palabras*, 2013, p. 35/36. Texto utilizado para a matéria de Argumentação Jurídica, ministrada pelo autor na Faculdade de Direito da Universidade de Alicante, Espanha.

40 STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. p. 91.

41 SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição e excesso e de insuficiência em matéria penal*. p. 145.

O trabalho, com este viés, buscou demonstrar a importância da proporcionalidade na interpretação e aplicação da norma penal, onde também atua ora como delimitador do direito de punir do Estado (proibição do excesso), ora como mecanismo inibidor da proteção deficiente (proibição da proteção deficiente).

Para isso formulou-se a distinção entre regras e princípios, onde ambos se aperfeiçoam como espécies do gênero norma jurídica.

Posteriormente verificou-se que a proporcionalidade atua como um delimitador da norma penal seja no sentido ativo ou omissivo. Caso o bem protegido seja considerado relevante de proteção e necessite de uma intervenção do direito penal, o Estado deve agir no sentido de criar mecanismos legais para proteger tal bem. A omissão do Estado geraria uma desproporcionalidade entre conduta e bem agredido, pela ausência de uma proteção eficiente.

Também haveria uma desproporcionalidade nos casos de excesso por parte do *jus puniendi*, seja na tipificação desnecessária de um fato como crime, na previsão de uma pena abstrata elevada demais ou até mesmo quando da aplicação da pena ao caso concreto.

Analisou-se, por fim, alguns pontos controvertidos em matéria penal, onde a proporcionalidade pode ser aplicada para aplicar e interpretar a norma, levando sempre em consideração o caso concreto.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5 ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. António de Castro Caeiro. 3 ed. Lisboa: Quetzal Editores, 2009.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3ª Ed. São Paulo: Landy Editora, 2006.

ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación en pocas palabras*, 2013, p. 35/36 (texto utilizado na disciplina de Argumentação Jurídica ministrada pelo autor na Faculdade de Direito da Universidade de Alicante, Espanha).

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa – www.anvisa.gov.br.

BRASIL. Resolução RDC nº 79, de 28 de agosto de 2000.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação criminal n. 05.040723-0, de Chapecó.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 06.004732-9, de São Miguel do Oeste.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no julgamento da Apelação Criminal n. 2001.72.00.003683-2/SC.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2 ed., Coimbra: Editora Coimbra. 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3 ed., São Paulo: Malheiros. 2005

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista de Estudos Criminais*, n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul: Nota Dez, 2003.

SCHULER, Max. *Da reviravolta dos valores*, tradução de Marco Antônio dos Santos Casa Nova, Petrópolis: Vozes, 1994.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 3 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Da proibição do excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. In *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Vol. 1, n. 2, Porto Alegre, 2004.

Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, Vol. 15 – nº 1 – p. 158/173 – jan-abr 2010. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>>. Acesso em: set. 2013.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20 ed., São Paulo: Saraiva, 2007.