

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL.

THE PROPORTIONALITY PRINCIPLE IN CRIMINAL LAW.

Giselly Campelo Rodrigues *

<http://lattes.cnpq.br/3976230829628719>

Resumo: O presente estudo trata do princípio da proporcionalidade, faz-se uma análise da importância deste princípio dentro do direito Penal como elemento basilar de uma responsabilidade penal subjetiva e garantista. A pesquisa passa pela perspectiva histórica, doutrinária, legislativa e jurisdicional tem o escopo de demonstrar a importância da efetivação e valorização dos princípios penais constitucionais inerentes a um Estado Democrático de Direito, princípios estes que atuam para garantir a liberdade dos indivíduos frente à intervenção penal por parte do Estado. O princípio da proporcionalidade é extremamente importante para que se arbitre a pena justa, proporcional à culpabilidade do cidadão e a gravidade do crime. Porém, esta não é sua única importância e utilização, que deve ser efetiva desde o processo legislativo de elaboração das normas penais até o total exaurimento do cumprimento de penas, envolve e harmoniza todo o sistema.

Palavras-chave: Direito Penal – Princípios – Princípio da Proporcionalidade.

Abstract: The present study deals with the proportionality principle, it's an analysis of the importance of this principle in the Criminal law as the core element of a criminal liability and subjective and warranty. The research involves the historical, doctrinal legislative and jurisdictional perspective, has the scope to demonstrate the importance of effective and recovery of criminal constitutional principles inherent in a democratic rule of law, principles which this act to ensure the freedom of individuals facing the criminal intervention by the State. The proportionality principle is extremely important for one to arbitrate the just penalty proportional to the culpability of the citizen and the severity of the crime. However, this is not their only use and importance, which should be effective from the legislative process for the preparation of criminal law to the total depletion of compliance with feathers involves and harmonizes the entire system.

Keywords: Criminal law - Principles – Proportionality Principle.

* Mestre em Direito – Tutela dos Direitos Supra-Individuais, sub-área: Direito Penal – pela Universidade Estadual de Maringá –UEM – Paraná, especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina – UEL – Paraná, graduada em Direito pela Unicesumar, professora universitária desde 2007 e advogada atuante desde 2005.

1. INTRODUÇÃO

A inflação legislativa no âmbito do direito penal tem trazidos sérios entraves ao bom funcionamento do sistema criminal. A cada dia é flagrante a publicação de leis instituindo tipos penais que atentam contra toda a ordem, doutrina penal e, principalmente, contra a dignidade da pessoa humana.

Da observação destas leis é factível que diversos princípios penais estabelecidos, implícita ou explicitamente, em nossa Constituição Federal de 1988 (CF), são desprezados.

O princípio da proporcionalidade é um desses princípios, que sendo desrespeitado constantemente, traz a tona um direito penal simbólico. Onde é flagrante a instituição de mais tipos penais, o aumento de penas, sem que a população veja resultado no combate à criminalidade.

Neste contexto é que o princípio da proporcionalidade, como limitador do poder punitivo do Estado frente à garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos, age fomentando, basicamente, a necessidade de que a intervenção penal só seja feita quando necessária, adequada e proporcional.

2. PRINCÍPIOS PENAIIS

Os princípios são o alicerce de todo sistema normativo, fundamentam todo o sistema de direito e estabelecem os direitos fundamentais do homem. São eles que determinam a unicidade do texto constitucional, definindo as diretrizes básicas do estado de forma harmoniosa com a garantia dos direitos fundamentais¹.

No presente trabalho não nos cabe adentrar a todos os estudos a cerca dos princípios, seu aspecto histórico² e filosófico. Partimos da premissa atual de que são os

¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 288. “Em verdade, os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa.”

² PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120*. 6. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 128. “Derivados em sua origem dos valores éticos culturais e jurídicos vigentes em uma determinada comunidade social, numa certa, época, foram se impondo num processo histórico-político contínuo como basilares à sociedade democrática”.

valores mais importantes do sistema jurídico³, “como elementos essenciais e diretores, em sua maioria jurisdicizados, seja em nível constitucional, seja não constitucional”⁴.

O Direito Penal, como todo e qualquer outro ramo do direito, no atual Estado Constitucional de Direito⁵, submete-se diretamente às normas e princípios constitucionais. Sendo que a CF, extremamente garantista, traz arrolado em seu bojo uma série de princípios que fundamentam e limitam⁶ o *jus puniend* estatal.

Dentre esses princípios é possível fazer uma divisão entre aqueles que estão na CF, mas aplicam-se especificamente ao âmbito do direito penal e aqueles que se aplicam tanto ao direito penal como aos outros ramos do direito.

Para Luis Luiz, os princípios arrolados na constituição concernentes a matéria de direito penal podem ser classificados em tipicamente penais, ou chamados de princípios penais constitucionais, e princípios que tem influência na matéria penal, mas que se aplicam à todos os ramos do direito, são os chamados princípios constitucionais penais.⁷

³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 288.t. “Tudo quanto escrevemos fartamente a cerca dos princípios, em busca de sua normatividade, a mais alta de todo o sistema, porquanto quem os decepa arranca as raízes da árvore jurídica...”

⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120*. 6. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 128.

⁵ Díez RIPOLLÉS, José Luiz. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 72. “Com a instauração do denominado *Estado de Direito Constitucional*, a lei sofre um novo embate, nesse caso derivado da perda do status derivado de sua necessária acomodação a prescrições normativas constitucionais. Neste sentido vide: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 38. “Pode se dizer que é característica do moderno Estado Constitucional de Direito...”

⁶ TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *revista brasileira de ciências criminais*. São Paula: Revista dos Tribunais, ano 1, número especial de lançamento, dez. 1992. “Falamos de limitação, porque, partimos do entendimento de que ao jurista importa primacialmente encontrar critérios de garantia individual diante da intervenção punitiva estatal, e só depois disso preocupar-se em justificar a incriminação e respectiva sanção.” Neste sentido: PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120*. 6. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 128. “Os princípios penais constituem o núcleo *essencial* da matéria penal, limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal *conforme* a Constituição e as exigências próprias de um estado democrático e social de Direito.”

⁷ LUISI, Luiz. *Os princípios penais constitucionais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003. p. 13. “A presença da matéria penal nas Constituições contemporâneas se faz através de princípios especificamente penais, ou seja, de princípios de direito penal constitucional e de princípios constitucionais influente em matéria penal”. Neste sentido: PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120*. 6. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 129. “Em suma: os primeiros são princípios *penais* constitucionais, e os segundos são *constitucionais* penais. Tanto em um sentido como em outro, operam como fundamento e limite do exercício da atividade punitiva estatal. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, volume 1*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 9. “Poderíamos chamar de princípios reguladores do controle penal princípios constitucionais fundamentais de garantia d cidadão, ou simplesmente de *Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito*”. PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal, um estudo comparado*. Trad. Gerson Pereira dos Santos. Porto

Embora o conteúdo das definições sejam os mesmos, existem diferentes nomeações na doutrina, por exemplo, Sirvinkas nomeia de “princípios penais fundamentais”, os que são base e limite do direito penal e de “princípios penais decorrentes”, aqueles que se aplicam a todos os ramos do direito e também ao direito penal.

Especificamente, quanto ao princípio da proporcionalidade no direito penal, caracteriza-se como um princípio de “conteúdo não especificamente penal”⁸, que aplica-se à matéria penal, mas também a todos os ramos do direito.

A nomenclatura não é importante, o que é de suma importância é o fato de que o poder de punir do estado é limitado por princípios constitucionais, devendo os legisladores infraconstitucionais pautarem-se por eles.

A doutrina é majoritária em reconhecer que deve haver proporcionalidade no direito penal, que a pena deve ser proporcional aos danos causados pelo crime. Mas, somente parte dessa doutrina classifica este postulado como um princípio constitucional, a grande maioria da doutrina apenas trata do tema quando fala da parte da teoria das penas.

3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL

3.1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A doutrina diverge quanto a precisar temporalmente a origem deste princípio, alguns doutrinadores a atribuem ao jusnaturalismo, que determinou que o homem tem direitos inerentes e inquestionáveis, que existem antes da formação do Estado e que devem ser respeitado por este, só sofrendo restrições quando proporcionais ao fim visado pelo estado na consecução do bem de todos.

Outros definem que foi apenas com o Iluminismo⁹, que definiu os direitos que o indivíduo tem frente ao Estado que este princípio se materializou¹⁰.

Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989. p. 22. “Para uma melhor avaliação da influência dos valores constitucionais no direito penal, deve-se levar em conta uma primeira distinção entre “princípios de direito penal constitucional” e “princípios (ou valores) constitucionais pertinente à matéria penal”.

⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120*. 6. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 129. “e outros princípios de conteúdo não especificamente penais (de caráter geral ou heterogêneo), também consagrados no texto constitucional, que versam sobre a matéria penal (v.g., princípios de proporcionalidade, de igualdade, de necessidade)”.

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, volume 1*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 9. “As idéias de igualdade e liberdade, apanágios do *Iluminismo*, deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que aquele que predominou durante o *Estado Absolutista*, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais. Muito desses *princípios limitadores*

Independente do momento em que teve seu início é unânime a posição de que este princípio firmou-se com a evolução e materialização das garantias individuais. Sendo que foi após o iluminismo que passou a figurar com os contornos que assume até os dias de hoje.

Foi a formação do Estado de Direito, definindo como característica do Estado a submissão às leis, a divisão de poderes e a enunciação e garantia de direitos fundamentais¹¹, ou seja, disciplinando que o Estado também está submetido às leis, devendo seu poder de intervenção nos direitos fundamentais do homem ser moderado, que dá contornos à idéia do princípio da proporcionalidade.

Os iluministas e contratualistas como Montesquieu¹² e Rousseau defendiam a idéia de que o Estado é soberano por possuir uma pequena parcela da liberdade de cada indivíduo, que lhe foi cedida para que lhe garantisse a segurança, assim sua intervenção na vida destas pessoas está limitada a essa esfera e deve ser proporcional. Mas, foi Beccaria que projetou toda a doutrina iluminista para o direito penal, introduzindo uma série de princípios como limitações ao poder de punir do Estado¹³.

passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos e afinal, receberam assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão”.

¹⁰ FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 157. “Embora sua problematização inaugural remonte à Antiguidade, um desenvolvimento mais intenso da proporcionalidade faz-se verdadeiramente visualizável na época da Ilustração, mas precisamente nos clássicos de Montesquieu (*O Espírito das Leis*, 1747) e Beccaria (*Dos Delitos e das Penas*, 1764)”.

¹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 116. “na origem, como é sabido, o Estado de Direito era um conceito tipicamente liberal; daí falar-se em Estado Liberal de Direito, cujas características básicas foram: (a) *submissão ao império da lei*, que era a nora primária de seu conceito, sendo lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; (b) *divisão de poderes*, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção de leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; (c) *enunciado e garantia dos direitos individuais*.”

¹² GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.45. “Montesquieu ofereceu importante contribuição ao direito penal em sua obra mais conhecida, qual seja, *De l’spirit des lois*, primeiro trabalho que tratou, especificamente, da relação de necessária proporcionalidade entre crimes e penas”.

¹³ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 48. “Característica do pensamento de Beccaria é a intenção de não tratar o “direito de punir” sob a ótica da legitimidade do Estado para impor sanções criminais, posto que esta reside na própria existência do contrato social e na instituição do Estado, mas enfocar o problema dos limites dentro dos quais esse poder pode ser legitimamente exercido”. Neste sentido: FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 158. “No que concerne ao campo do Direito Penal, parece ter partido justamente de Beccaria a construção filosófica mais aproximada à noção que hoje emprestamos ao princípio da proporcionalidade, muito especialmente acerca de uma de suas mais evidentes: *o juízo de necessidade*”.

No início este princípio era empregado na esfera administrativa, como limitador do poder de polícia do Estado e dos abusos cometidos pelo poder executivo.

Em 1795 a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹⁴ previu expressamente em seu art. Art. 8.º, que: “A lei só deve estabelecer penas *estrita e evidentemente necessárias* e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada” .

Destaca-se, que foi somente com as revoluções do século XVIII¹⁵, que conotaram o teor social¹⁶ ao Estado, e valorizaram a questão da dignidade do homem, que deram novo impulso a esse princípio.

Mas, foi após a segunda Guerra Mundial, que a proteção dos direitos fundamentais deixou de ser mero enunciado e passou a ser a preocupação fundamental de todas as sociedades.

Sendo que a formulação constitucional deste princípio, como se tem nos dias de hoje, foi iniciada pelo Tribunal Alemão¹⁷, que na defesa dos direitos fundamentais propugnava pela limitação da intervenção do Estado na restrição destes direitos.

Assim este tribunal iniciou toda sua jurisprudência de utilização do princípio da proporcionalidade, lançando raízes por toda a Europa ocidental, logo Itália, Portugal e Espanha, entre outros, passaram a dar conotação constitucional a este princípio.

3.1.1 Fundamento Constitucional

Em nosso País a CF que dispõe de um enorme rol de garantias individuais, deixou de mencionar explicitamente¹⁸ o princípio da proporcionalidade¹⁹.

¹⁴ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.p. 99. “Quando, em 1793, a declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, foi retomada e proclamada pela Convenção Nacional, o art. XV mencionava que “as penas devem ser proporcionais ao delito e úteis à sociedade”.

¹⁵ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.p. 99. “Assim, é possível localizar o início dos debates sobre a proporcionalidade no direito penal, enquanto limite ao *jus puniendi* do Estado, no quadro cultural e político europeu do século XVIII”.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 119. “revela um tipo de Estado que tende a criar uma situação de bem estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana”.

¹⁷ FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. *A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade*. São Pulo: RCs editora, 2005, p. 180. “Entretanto, apenas adquire foro constitucional e reconhecimento como princípio em meados do século XX, na Alemanha”. Neste sentido: FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 167. “Ainda que sem expressa consagração normativa, sua recepção como cânone constitucional autônomo por árias Cortes constitucionais, na senda do Tribunal Federal Alemão”.

¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, volume 1: parte geral*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. “Todos esses princípios, hoje insertos, explícita ou implicitamente, em nossa Constituição (art. 5.), têm função de orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de

Desta forma, como aqui o positivismo extremo ainda pondera, essa não menção ao princípio tornou mais lenta sua efetivação. Sendo que apenas em 1993 em resposta a ação direta de inconstitucionalidade – ADIN, N 855-2, que o Supremo Tribunal Federal pela primeira vez usou explicitamente o termo princípio da proporcionalidade.²⁰

Porém, hoje se tem como certo que, embora, não previsto expressamente na Constituição o princípio da proporcionalidade é um princípio constitucional que rege todos os ramos do direito.

Existem algumas justificativas diferentes para essa constitucionalidade implícita. Alguns autores acreditam que o princípio da proporcionalidade é constitucional por ser inerente a um Estado de democrático de Direito, intrínseco ao equilíbrio da manutenção do poder do Estado respeitando seus limites de intervenção, outros atribuem sua origem à derivações de outros princípios como da igualdade, liberdade e do devido processo legal. Ainda há os que o pregam que o Preâmbulo constitucional evidencia este princípio.

Passaremos então a análise destas justificações.

Parte da doutrina conota que a posição constitucional do princípio da proporcionalidade deve-se ao fato deste princípio ser proveniente e necessário à efetivação do princípio do devido processo legal, que presa pela liberdade, garantindo controle a atuação do poder público evitando o arbítrio do legislador²¹.

controle penal voltado para os direitos humanos embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um *Direito Penal Mínimo e garantista*.

¹⁹ GUERRA FILHO, Wilian Santiago. *Sobre o princípio da proporcionalidade*. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 249. “No momento em que passou a vigorar entre nós uma nova constituição, deu-se oportunidade excelente para se reconhecer a vigência do princípio da proporcionalidade, vindo ao encontro dos reclamos da sociedade brasileira por uma ordem sócio-política equitativa”.

²⁰ adi-mc 855 / pr – parana, medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade, relator(a): min. sepúlveda pertence, julgamento: 01/07/1993

órgão julgador: tribunal pleno, publicação: dj 01-10-1993 pp-20212 ement vol-01719-01 pp-00071. e m e n t a - gas liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição a vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: argüição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, iv e vi (energia e metrologia), 24 e pars., 25, par. 2., 238, **além de violação ao princípio de proporcionalidade** e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da argüição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis a economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida. (grifo nosso).

²¹ Neste sentido: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 69. “Consta do inciso LIV do art. 5. da CF, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Esse dispositivo, amplamente invocado pela doutrina processual para enfatizar as garantias que de lê decorrem, tanto para o processo civil, como para o processo penal, pode também, ser utilizado para informar a atividade

Zaffaroni defende o fundamento deste princípio relatando que “há um princípio de *racionalidade que deriva da Constituição ou do princípio republicano*, que exige certa vinculação quantitativa entre o delito e sua consequência jurídica, mas este princípio vincula-se intimamente também com o princípio da humanidade, que se deduz da proibição da pena de morte, perpétua, de banimento, trabalhos forçados e penais cruéis (art. 5., XLVII as CF)”.²²

Mas, é a CF que concretamente em seu artigo 5º, parágrafo 2º, define que a primeira concepção apresentada quanto à constitucionalidade do princípio em questão é a mais apropriada ao nosso sistema: “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.”²³ (grifo nosso)

Sendo que, o preâmbulo da CF, deixa claro e certo, quais são os direitos e princípios decorrentes de se ter um Estado de Direito. Define que a este estado cabe “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a *liberdade*, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a *igualdade* e a *justiça* como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”.

legislativa do direito penal, que tem como objeto a regulamentação das hipóteses em que se admite a restrição do bem maior pertencente ao ser humano, qual seja, a liberdade”. Ainda quanto à jurisprudência: FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 177. “Recentemente o superior Tribunal Federal tornou a externar o mesmo parâmetro normativo superior como albergue jurídico-constitucional do princípio da proporcionalidade. Em uma de suas mais explícitas manifestações a respeito, projetada na avaliação de lei que dispunha sobre a emissão de certificado de conclusão de curso de para alunos de terceira série do ensino médio que comprovassem aprovação em vestibular para ingresso em nível superior, assentou a Suprema corte que sob a normatividade da cláusula do *substantive due process of law* encontra-se a exigência da observância de “padrões mínimos de razoabilidade” (coeficiente de razoabilidade), sendo que tal exigência de *razoabilidade* “atua, enquanto categoria de fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, como verdadeiro parâmetro de aferição de constitucionalidade material dos atos estatais”.

²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Vol. I. 3. ed. ver. e atua. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

²³ Art. 5º 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, nos termos seguintes: § 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.

A proporcionalidade se extrai do princípio da liberdade no tocante a significar uma limitação do poder do estado visando uma “maximização da liberdade”²⁴. Já quanto ao princípio da igualdade a proporcionalidade está em medir as igualdades e diferenças e auferir a estas medidas proporcionais²⁵.

Ainda no tocante à ser um Estado que tem como norma diretiva a busca pela justiça, a proporcionalidade se extrai “também na exigência de leis justas, restritivas de direitos apenas quando necessário, adequadas, razoáveis por guardarem a justa medida na imposição de gravames aos cidadãos em vista da defesa de interesses da sociedade”²⁶

Ainda fala-se que proporcionalidade é constitucional por ser vinculada a idéia de pena, sendo que “ao se falar de pena a Constituição já está fazendo referência a todas as características inerentes a tal conceito”.²⁷ Inclusive quando da proibição de penas cruéis e desumanas art. 5. III da CF.

Mas, resumidamente, a posição de que o princípio da proporcionalidade decorre da previsão constitucional de um Estado Democrático e Social de Direito que tem como base fundante prezar e concretizar a dignidade da pessoa humana, nas palavras de Alice Bianchini, perfeitamente explicitadas quanto a intervenção penal do Estado, encerram a discussão sobre a constitucionalidade do princípio englobando todas as justificativas :

O princípio da proporcionalidade, embora não mereça, na Constituição brasileira, uma atenção específica pode, perfeitamente, ser extraído dos objetivos fundamentais do Estado, dentre os quais se inclui a construção de uma sociedade livre e justa (art. 3., I). Além disso, ele oferece conteúdo material ao Estado de Direito. A liberdade e a justiça, objetivos do Estado brasileiro, são as vigas mestras para o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade: a liberdade, porque, quando cotejada com outros valores, deve ser preponderante, a justiça porque não se coaduma

²⁴GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 66. “Deduz-se, também, o princípio da proporcionalidade a partir da declaração da liberdade como um valor superior do ordenamento jurídico. Considerando-se tal assertiva, concomitantemente com a constatação de que cabe ao direito penal a proteção de bens jurídicos à custa do sacrifício da liberdade das pessoas, o princípio da proporcionalidade apresenta-se como uma regra dirigida à maximização da liberdade”.

²⁵ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 67. “Deve a atividade legislativo, desta forma, ser orientada pela racionalidade, uma vez que cabe ao legislador valorar racionalmente as diferenças e semelhanças entre os fatos a serem disciplinados de modo que os resultados desta ponderação demonstrem-se coerentes”.

²⁶ REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 32.

²⁷ Gomes, op cit. p. 64.

com a hipótese de se permitir qualquer excesso quando da restrição da liberdade que a intervenção punitiva representa.²⁸

Ainda, enfatizando este sentido, Miguel Reale Junior define que, “O princípio da proporcionalidade deflui do conjunto de princípio e direitos fundamentais explícitos na Constituição, a começar pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Emanada, portanto, da proibição de penas cruéis, da determinação da individualização da pena que importa, no primeiro momento, em uma individualização legislativa de acordo com a natureza do bem jurídico tutelado e depois, quando da sentença na busca da pena justa e proporcional à gravidade do fato e à culpabilidade”.²⁹

Desta forma, vê-se que o princípio em questão é inerente ao sistema, ao Estado Constitucional Social e Democrático de Direito, que tem como norma suprema a CF e seus princípios, tem natureza jurídica junto ao direito penal, de limitar o poder de punir do Estado.

Assim, não há dúvidas de que este princípio seja constitucional, devendo ser aplicado em todas as leis sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

3.2. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL: LIMITE AO PODER DE PUNIR DO ESTADO

No âmbito do presente trabalho nos cabe dizer do que seja talvez a vertente de maior importância desse princípio, que é sua utilização como princípio constitucional penal.

O Direito penal é o ramo do direito que mais intervém negativamente na esfera de liberdade do homem, assim é necessário que existam limites a este poder de modo a equilibrar a garantia do bem comum com as punições devidas, necessárias e adequadas.

“A importância do princípio da proporcionalidade decorre do fato de a gravidade da intervenção penal ter sua variação atrelada ao grau de dignidade do bem jurídico e da sua afetação, fazendo nascer o binômio *merecimento de pena/restrrição da liberdade humana*”³⁰.

²⁸ BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 84.

²⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.32.

³⁰ BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 85.

É devido a essa gravidade da intervenção penal que se faz necessário definir o princípio da proporcionalidade e os meios imperiosos para efetivá-lo.

Existem diversos conceitos sobre o princípio da proporcionalidade penal, destacaremos alguns a seguir, relembrando que são poucos os doutrinadores que o conceituam como princípio, sendo que a maioria, principalmente a doutrina clássica, o disciplinam quando se referem à sanção penal. Independente do momento em que são prolatados é unânime a sua necessidade e a sua vinculação aos limites da sanção penal.

Cabe, indiscutivelmente, iniciar a temática demonstrando a definição dada pelo precursor da humanização do Direito Penal, segundo o contratualista BECCARIA, que defendia a idéia da mínima intervenção do estado na liberdade do indivíduo, “as penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos”, assim, “os meios de que utiliza a legislação para impedir os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais freqüente”.³¹

Aníbal Bruno define e justifica a proporcionalidade com base na sanção penal, “do fato de ser ela um mal com que a ordem jurídica responde ao mal praticado pelo delinqüente, resulta que há de ser proporcional à gravidade do próprio crime”.³²

Bettioli se refere à questão do valor entre o mal causado pelo delinqüente e a pena que lhe será aplicada, diz que “o conceito de valor é um conceito teleológico, e também a pena que golpeia aquêle que violou um preceito colocado em tutela de um valor não pode ser senão orientado na direção do próprio valor, no sentido de que deve haver uma proporção entre a importância social do valor e a gravidade da pena”.³³

Nilo Batista, fala da proporcionalidade quando em sua obra trata do princípio da humanidade, define que este princípio “postula da pena uma *racionalidade* e uma *proporcionalidade* que anteriormente não se viam, está vinculado ao mesmo processo

³¹BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 20 e 68.

³²BRUNO, Aníbal. *Direito penal, volume 1: parte geral*. Tomo 3 (pena e medida de da segurança). São Paulo: Forense, 1962. p. 23. “Na realidade, o Direito Penal moderno está fazendo da pena o meio juridicamente instituído pelo qual o Estado procura promover a defesa social contra a agressão a bens jurídicos fundamentais, definida na lei como crime, atuando psicologicamente sobre a coletividade ou pelos processos convenientes de ajustamento social sobre o criminoso”. P.25

³³BETTIOLI, Giuseppe. *Direito penal*. Volume 1. Paulo José da Costa Junior e Alberto Silva Franco (trads.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. p. 100.

histórico de que se originaram o princípio da legalidade, da intervenção mínima e até mesmo – sob o prisma da “danosidade social”- o princípio da lesividade”.³⁴

Bittencourt, também não relata em sua obra a proporcionalidade como um princípio, a apresenta quando diz do princípio da insignificância, afirma que “é imperativa uma *efetiva proporcionalidade* entre a *gravidade* da conduta que se pretende punir e a *drasticidade* da intervenção estatal”.³⁵

Nas palavras de René Ariel Dotti “A proporcionalidade da pena é uma exigência de dupla face. De um lado deve traduzir o interesse da sociedade de impor uma medida penal “necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime” (CP., art. 59); de outro deve garantir ao condenado o direito em não sofrer uma punição que exceda o limite do mal causado pelo ilícito”³⁶.

Segundo Luiz Regis Prado, a aplicação do princípio da proporcionalidade no direito penal significa que, “em suma, a pena deve estar proporcionada ou adequada à intensidade ou magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a medida de segurança a periculosidade criminal do agente”.³⁷

Para o professor Reale Junior, “a intervenção penal em um Estado de Direito Democrático deve estar revestida de proporcionalidade, em um a relação de correspondência de grau entre o mal causado pelo crime e o mal que se causa por via da pena”.³⁸

Sendo que para Juarez Tavares, “o dano social funciona como ponto de referência obrigatório para a fixação de parâmetros ao legislador na confecção da norma incriminadora, no sentido de estabelecer uma relação de proporcionalidade entre o que se pretende coibir, sob a ameaça da pena, e a eficácia concreta da ação criminosa”.³⁹

Alguns autores discutem que este princípio vincula-se diretamente a função a ser exercida pela pena⁴⁰, mas adotamos o posicionamento que em um Estado

³⁴ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 98.

³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, volume 1: parte geral*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 19.

³⁶ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 54.

³⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120*. 6. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 141.

³⁸ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 29.

³⁹ TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, número especial de lançamento, dez. 1992. p. 84.

⁴⁰ ROMEU, Falconi. *Lineamentos de direito penal*. 3. ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Ícone, 2002. p. 247. “O sistema normativo penal cuida de adequar o tipo penal à sanção aplicável nos casos concretos. As

Democrático de Direito, como nosso, que preconiza a pena em todas as suas funções, de retribuição e prevenção, a proporcionalidade é princípio constitucional básico que rege as penas e as medidas de segurança.

Mirabete diz que, “de acordo com o princípio da proporcionalidade, num aspecto defensivo, exige-se uma proporção entre o desvalor da ação praticada pelo agente e a sanção a ser a ele inflingida, e , num aspecto preventionsita, um equilíbrio entre a prevenção geral e a prevenção especial para o comportamento do agente que vai ser submetido à sanção penal”.⁴¹

Também, verifica-se na doutrina certa indefinição quanto à nomenclatura deste princípio, chamado de proporcionalidade, pela maioria dos autores, ainda há os que denominam como proibição de excesso⁴² ou razoabilidade.

Sirvinkas define que “o princípio da proporcionalidade, também conhecida por princípio da proibição de excesso, consiste na aplicação de pena adequada e necessária ao tipo penal. A pena deve ser, em outras palavras, suficiente e eficaz ao delito cometido, ou seja, não pode ultrapassar os limites do crime cometido”⁴³.

Porém, optamos no sentido de que a melhor nomenclatura é a de princípio da proporcionalidade, quanto ao termo razoabilidade, destaca-se o seguinte entendimento:

Ele enseja uma idéia de adequação, idoneidade, aceitabilidade, lógica, equidade, traduzindo aquilo que não é absurdo, ou apenas o que é admissível. Sustenta-se, inclusive, que para o censo comum, o que é proporcional também é razoável, embora o inverso não seja necessariamente verdadeiro, além de se constatar que em muitas utilizações do termo razoabilidade ao que se está fazendo referência á aos princípios da necessidade e idoneidade, subprincípios da proporcionalidade.⁴⁴

penas aplicadas desproporcionalmente refletem de maneira negativa numa possível ressocialização do condenado, e, não raro, encontramos penas verdadeiramente absurdas”.

⁴¹ MIRABETE, Jlio Fabrini. *Manual de direito penal,, parte geral: arts. 1 a 120 do CPL*. 19. ed. ver. e atual. São Paulo: Atlas, 2003. p. 57.

⁴² FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 102. “o Princípio da proporcionalidade em sentido amplo, ou proibição de excesso, consiste em um princípio constitucional normativo e materialmente constitutivo de toda administração pública”. Neste sentido: DIÉZ, Ripollés, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Prado, Luiz Régis (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 138 “A substituição progressiva do termo “proporcionalidade” por “proibição de excesso” é um indício magnífico de como ficamos diante da conformação de um conjunto de limites ao *ius puniend*”.

⁴³SIRVINSKAS, Luís Paulo. Princípios penais constitucionais da oportunidade, da moralidade e da proporcionalidade como limitação ao poder punitivo do estado. *Revista dos Tribunais*, ano 91, volume 802, ago. 2002. p 453 -463. São Paulo: Revista dos tribunais. p. 461.

⁴⁴ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 38.

Quanto ao desrespeito da proporcionalidade entre a sanção e o danos causados pelo crime, alguns autores consideram que esta ofensa aos direitos fundamentais traz mais prejuízo à sociedade do que o próprio crime.”Zaffaroni lembra que as penas desproporcionais produzem mais alarma social (afeando o que ele considera o aspecto subjetivo da segurança jurídica) do que o próprio crime”.⁴⁵

“O condenado precisa sentir que existe um equilíbrio entre o dano que produziu e o castigo que a sociedade lhe inflige, pois de outra forma o culpado se transformaria em vítima, e o credor em devedor”.⁴⁶

É majoritário na doutrina nacional, seguindo o pensamento jurídico alemão, de que a aplicação do princípio da proporcionalidade, está condicionado ao preenchimento e verificação de seus 3 (três) subprincípios, que serão sucintamente analisados a seguir.

3.2.1. Subprincípios

Segundo Ferrajoli, “infelizmente, como observou Bentham, a idéia aparentemente elementar da proporcionalidade da pena ao delito não oferece, por si só, nenhum critério objetivo de ponderação”.⁴⁷

Assim, mesmo tendo definido este princípio como constitucional, ainda se fazia necessário efetivá-lo para evitar as arbitrariedades que ainda eram cometidas pelos legisladores e pelos magistrados na definição e aplicação da pena.

Desta forma “a jurisprudência das cortes constitucionais alemã e austríaca se esforçou, juntamente com a doutrina, para individualizar um procedimento transparente, racional e controlável de valoração da conformidade de um tipo ao princípio da proporcionalidade”.⁴⁸

A evolução destas definições é que resultou na concepção dos sub-princípios da proporcionalidade que são: adequação ou idoneidade, necessidade ou subsidiariedade e proporcionalidade em sentido estrito.

Mariângela Gama de Magalhães Gomes, em sua obra monográfica sobre o princípio da proporcionalidade entende que a ordem a se apresentar estes elementos dentro do direito penal, não deve ser a forma acima citada. Pois, mesmo sendo o direito

⁴⁵ Apud: BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.p. 99.

⁴⁶ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal, volume III: o delinqüente – a sanção penal – a pretensão punitiva*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1966. p. 105.

⁴⁷FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 366.

⁴⁸GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 78.

penal “o meio apto a oferecer a devida tutela ao bem jurídico,”⁴⁹ pode sua intervenção não ser necessária. Assim seguiremos a ordem demonstrada pela ilustre autora em sua obra monográfica.

a) Da necessidade ou subsidiariedade

Este princípio é a base que determina a menor intervenção penal possível no âmbito dos direitos fundamentais do homem, como o é a sua liberdade.

Define que o direito penal deve ser subsidiário, só agindo quando a atuação de nenhum outro ramo do direito possa surtir os efeitos visados.

Segundo Luiz Regis Prado, “o requisito da necessidade significa que o meio escolhido é indispensável, necessário para atingir o fim proposto, na falta de outro menos gravoso e de igual eficácia”.⁵⁰

Na definição de Ferrari, “a intervenção deve ser apropriada e necessária para alcançar o fim desejado, não devendo gravar em excesso o cidadão”.⁵¹

Assim, o princípio da necessidade ou subsidiariedade se consubstancia quando o direito penal, devido ao valor do bem jurídico em questão, seja o único meio possível de se protegê-lo, pelo fato de que os demais ramos do direito são insuficientes para efetivar esta proteção.

Para Alice Bianchini, o direito penal deve agir quando almejar um fim, que não consiga ser efetivado “por qualquer outro meio menos oneroso para o cidadão”.⁵²

b) Adequação ou idoneidade

Este subprincípio determina que o direito penal através de sua intervenção deve ser o meio adequado à concretização do fim almejado.

“A sanção penal deve ser o instrumento capaz, apto ou adequado à consecução da finalidade pretendida pelo legislador (adequação do meio ao fim)”.⁵³

Assim, é importante que se destaque os fins almejados pela persecução penal. O nosso sistema criminal opera com uma teoria mista sobre as finalidades da pena. Sendo que, evidencia-se as funções finalistas da pena como sendo a retribuição ao mal

⁴⁹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 79.

⁵⁰ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120*. 6. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 30.

⁵¹ FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 102.

⁵² BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 83.

⁵³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120*. 6. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 30.

praticado, repressão, a de prevenção, que alcança a pessoa do condenado que deverá entender que não deve praticar mais crimes e quanto à sociedade que verá que a prática de crimes traz conseqüências gravosas ao criminoso, e, por último de ressocialização.

Nessa perspectiva também cabe a análise quanto há ser o bem jurídico em questão digno de proteção penal, ou seja, estar inserido no rol dos bens jurídicos penais constitucionais.

Sendo que, este princípio “cuida da conformidade e viabilidade entre as espécies aplicadas e seus fins”.⁵⁴

Nesse sentido, define-se que “assim, ao se tutelar criminalmente determinado bem jurídico, o que deve ser considerado, em termos de idoneidade penal, é a medida em que a incriminação cumprirá, efetivamente, a tarefa constitucional à qual o direito penal se propõe”.⁵⁵

c) Proporcionalidade em sentido estrito ou material

Este princípio é a última etapa na concretização do princípio da proporcionalidade quanto à intervenção penal. Definido que a intervenção penal é adequada e necessária, cabe auferir qual a pena deve ser atribuída ao crime e qual sua mensuração.

É neste aspecto que se analisará especificamente a dimensão dos danos causados pelo crime ao bem jurídico e a sociedade, e nesta proporção se analisará a pena devida.

Este princípio “exige um liame axiológico e, portanto, graduável, entre o fato praticado e a cominação legal/conseqüência jurídica, ficando evidente a proibição de qualquer excesso”.⁵⁶

“Relaciona-se, com a necessidade de que todos os delitos sejam punidos com uma pena justa, proporcional à gravidade da ação punível, particularmente considerada, e ao mesmo tempo congruente com as outras penalidades previstas pra o resto dos delitos existentes na legislação penal”.⁵⁷

⁵⁴ FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.p. 103.

⁵⁵ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 127.

⁵⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120*. 6. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 30.

⁵⁷ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p. 179.

Em suma, verifica-se que os três subprincípios demonstrado se completam, formando o conceito de que a intervenção penal deve ocorrer somente quando se faz necessária, adequada e proporcional.

É o que pode chamar de “uma concordância material entre ação e reação, causa e conseqüência, delito e conseqüência jurídico penal. Constituindo parte do postulado de justiça: ninguém pode ser incomodado ou lesionado em seus direitos com medidas jurídicas desproporcionadas”.⁵⁸

4. RELAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COM OUTROS PRINCÍPIOS LIMITADORES DA INTERVENÇÃO PENAL ESTATAL

Diante de todo o exposto fica claro e evidente que o princípio da proporcionalidade tem sua definição e utilização em nosso sistema, sendo que é um princípio constitucional, que dá origem e limita o direito de punir do Estado.

Mas, é possível se perceber que os contornos deste princípio não são nítidos, ou seja, existem partes deste princípio que se fundem a outros princípios, principalmente, quanto aos seus subprincípios.

Não há como se dissociar a idéia do princípio da intervenção mínima⁵⁹, do Direito Penal como a *ultima ratio regun*⁶⁰, do subprincípio da proporcionalidade que define que a intervenção penal só deverá ocorrer quando nenhum outro ramo do direito, menos gravoso ao cidadão puder proteger o bem jurídico em questão, ou seja quando a medida for necessária.

É também íntima a relação entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, quando ao se definir que um bem jurídico é constitucional e tem dignidade penal, faz necessário avaliar de forma proporcional qual o valor desse bem na hierarquia constitucional e da sociedade.

Outro ponto em comum está entre o princípio da ofensividade ou fragmentariedade e da proporcionalidade. Aquele define que nem toda ação contra um

⁵⁸ HASSEMER, W. *Fundamentos del derecho penal*. Apud: PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120*. 6. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 142.

⁵⁹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120*. 6. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 138. “O princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade estabelece que o direito penal só deve atuar an defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa”.

⁶⁰ SCHUNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado liberal. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, n. 53, março-abril. 2005. p. 20. “o direito penal representaria a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos, de modo que seu emprego para a proteção destes bens deve ser idôneo e necessário, não podendo provocar mai danos do que benefícios”.

bem jurídico deve ser penalizada, deve para tanto se pesar o grau de ofensa ao bem, se o for em um grau inadmissível pela sociedade, desta forma se configurará a necessidade da intervenção penal.

Essa proporção entre os males causados pelo delito e os gravames da pena, “se torna uma verdadeira *conditio* da legalidade”.⁶¹

A aplicação deste princípio também é intrinsecamente ligada ao princípio da individualização da pena⁶², conforme art. 5, XLVI e XLVIII, assim como também é necessário para concretização do princípio da igualdade, da dignidade do homem e da humanidade.

No âmbito de relação entre o princípio da proporcionalidade e os demais princípios penais constitucionais, cabe destacar que, “nesse quadro, registre-se o importante papel desempenhado pela proporcionalidade em matéria criminal na relação entre a pena e culpabilidade e na caracterização dos institutos da legítima defesa e do estado de necessidade, que resolvem a colisão de direitos na seara penal.”⁶³

Inúmeros são os desdobramentos deste princípio, mas substancialmente o que importa não é o nome sobre qual seu conteúdo é aplicado. O que é de extrema importância é a aplicação deste princípio de forma a garantir a liberdade do homem frente aos arbítrios do Estado, frente à intervenção penal ferindo direitos fundamentais.

5. APLICAÇÃO DESTE PRINCÍPIO

Definido este princípio faz-se necessário, então, precisar quando e como eles são aplicados em nosso sistema.

Resumidamente, constata-se que o princípio da proporcionalidade penal tem basicamente dois destinatários finais, o poder legislativo quando da criação da lei penal,

⁶¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120*. 6. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 141.

⁶² MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal, volume III: o delinqüente – a sanção penal – a pretensão punitiva*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1966.

p. 106. “É que na atualidade com a orientação adotada pelas legislações, no sentido de fazer da pena um instrumento de prevenção especial, o caráter da proporcionalidade sofre o influxo do denominado princípio da individualização da pena. (infra parágrafo 140)”.

⁶³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120*. 6. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 142. “Para que reste caracterizado o estado de necessidade, exige a lei penal (art. 24, CP) que esteja em perigo direito próprio ou alheio cujo sacrifício *não era razoável exigir-se* – isto é, faz-se necessária a *proporcionalidade* entre a gravidade do perigo e a lesão produzida (entre o bem que se salva e o que se sacrifica). Em relação à legítima defesa (art. 25, CP), a repulsa à injusta agressão requer o emprego de meios necessários, empregados com moderação, vale dizer do uso dos meios indispensáveis à repulsa, e que não ultrapassem os limites necessários para afastar a agressão ilícita. Faz-se indispensável a existência dessa proporcionalidade entre a agressão e a reação defensiva, no tocante a bens e direitos ameaçados”.

e o poder judiciário quando da aplicação da lei ao caso concreto pelo juiz e quanto ao controle de constitucionalidade com base neste princípio.

“Este princípio constitui-se em uma limitação legal às arbitrariedades do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, impedindo, de um lado a fixação de sanções abstratas, desproporcionadas à gravidade do delito, e, do outro, a imposição judicial de sanções desajustadas à gravidade do delito ultimado”.⁶⁴

O respeito a este princípio é uma exigência para que se prevaleça a moderação do poder do estado, que é premissa em um Estado de Direito, garantindo, assim, a proteção dos direitos dos indivíduos e evitando arbítrios que atentem contra os direitos fundamentais.

5.1. A APLICAÇÃO ABSTRATA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A aplicação abstrata desse princípio está no âmbito legislativo, quando da definição dos tipos penais. O legislador verifica se há necessidade da intervenção penal, depois verifica se esta intervenção é adequada a buscar os fins almejados pela proteção penal, e por último de acordo como valor do bem jurídico e da lesão que tipifica determina os limites mínimos máximos da pena, tendo também como referência proporcional, todos os outros delitos tipificados.

Pode parecer simples a explicação acima, porém, a grande inflação na legislação penal tem como precursor principal a não efetivação deste princípio, principalmente, quanto as suas vertentes da necessidade e adequação.

O legislador, por ignorância ou opção, opta pela intervenção penal sem questionar se está é necessária sem definir que tal proteção possa ser efetivada por outro ramo do direito de forma menos gravosa ao cidadão.

O primeiro passo nessa fase é a definição do bem jurídico, como um bem jurídico digno de sanção penal, para isto faz-se imperativo que ele seja um bem ao menos implícito na CF.

Definido este bem, passa-se a analisar as condutas que o lesionam, se estas são passíveis de proteção por outro ramo do direito que não gere tanta violência ao cidadão como o penal. Ou seja, se é necessária a intervenção penal.

Após, verifica-se se é o direito penal o meio adequado para atingir o fim que se almeja, para que a efetiva proteção ao bem jurídico penalmente relevante ocorra.

⁶⁴ FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.p. 100.

Posteriormente cabe ao legislador, vislumbrando a gravidade da lesão ao bem jurídico e os demais crimes do ordenamento penal, definir o tipo de pena a ser aplicado e seus limites mínimos e máximos.

Vê-se assim, que este princípio limita a poder punitivo do estado, sendo que, o legislador não é livre e dotado de poder discricionário na hora de elaborar a lei, ele deve pautar-se por todo teor da CF e dar efetividade material aos princípios.

Mas, destaca-se que a constitucionalidade do tipo penal só se define quando concretizados todos os subprincípios do princípio da proporcionalidade, pois ainda que um tipo penal seja necessário e adequado, se não houver a proporcionalidade em sentido estrito, ainda sim será inconstitucional.

O legislador não identifica que o aumento das leis e das penas, sem que se respeitem os princípios penais constitucionais, não diminui a criminalidade, mas sim instaura um direito penal simbólico, que banaliza o instituto pelo fato de que sistema não suporta o montante de persecuções criminais que se fazem necessárias.

É, ainda neste âmbito da criação das leis, que alguns doutrinadores identificam uma mitigação do princípio da proporcionalidade entre o dano causado pelo crime e a pena a ser aplicada numa perspectiva objetiva, esta mitigação se dá na previsão de aumento da pena pela reincidência e também quanto ao juiz dever considerar a personalidade do acusado para definir a pena base.⁶⁵ Já Nelson Hungria, vê essa consideração da personalidade como critério escolhido pelo legislador.⁶⁶

5.2. A APLICAÇÃO CONCRETA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A aplicação concreta deste princípio se materializa quando da definição do quantum da pena, após a condenação de um acusado. Sendo que o magistrado para

⁶⁵ NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal, volume 1: introdução e parte geral*. 38. ed. rev. e atual. São Paulo Saraiva, 2004. p 228. “Assinala Antoliseu que esse princípio tem sofrido duas derrogações. Uma proveniente da reincidência (CP, art. 63), a segunda referente à aplicação da pena, pois que deve o magistrado ter em conta a personalidade do condenado (CP, art. 59)”. Neste sentido: MARQUES, op. cit., p. 106. “A proporcionalidade da pena em relação ao delito cometido sofreu ultimamente – como lembrou ANTOLISEU – duas derrogações. A primeira consistiu na majoração da pena dos reincidentes (sobretudo na reincidência específica), e a segunda na avaliação da personalidade do réu como elemento da graduação da penalidade que o juiz vai fixar. Em ambos os casos, a relação objetiva que se estabelece para o cálculo da sanção penal é alterado por fatores de ordem subjetiva”.

⁶⁶ HUNGRIA, Nelson. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao código penal, vol. 1, tomo 1*. 6. ed. Rio de Janeiro Forense. Nelson Hungria fala deste princípio ao falar em arbítrio judicial, e da definição da pena aos casos concretos, definindo que “segundo o postulado clássico, o mal da pena deve ser proporcionado ao mal do crime em si mesmo. O que importa, principalmente, é o crime na sua gravidade objetiva e não o seu autor.” Mas, para ele a forma adotada não foi exclusivamente essa objetiva, mas sim foi conciliada com a subjetiva que leva em conta a personalidade do agente, fixando, quanto às decisões judiciais “a fórmula unitária foi assim fixada: *retribuir o mal concreto do crime com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso*.”

ajudar na mensuração da proporção entre o mal causado pelo delito e a pena a ser aplicada, tem a seu favor os elementos do art. 59 do Código Penal ⁶⁷(CP) e por todos os outros princípios penais de garantia.

Ou seja, é nessa fase, da definição da pena concreta que será aplicada ao condenado, que o juiz analisará todas as condições objetivas e subjetivas do cometimento do crime, os danos causados ao bem jurídico e, assim, proporcionalmente a este aferirá dentro do limite da pena mínima e da pena máxima, a pena concreta a ser aplicada.

O fato de que as decisões dos juízes devem ser motivadas, torna mais fácil a verificação de que a pena foi concretizada tendo como base o princípio da proporcionalidade.

O subprincípio da necessidade nesta fase, concretiza-se na verificação de que a ofensa ao bem jurídico foi tamanha que necessita da aplicação do direito penal.

Seu uso tem sido demonstrado, quando por exemplo, se questiona a insignificância da lesão ao bem, sendo assim não caberá aplicação de pena. Nas se faz necessária a intervenção penal por ser a insignificante a lesão ao bem jurídico.

Já no tocante à adequação, o juiz entre os tipos de penas cominadas, por exemplo, reclusão ou multa, optará por aquela que seja o meio hábil para concretizar os escopos do direito penal. Também quando da definição do tipo de regime, entre fechado, semi-aberto e aberto, justificará sua escolha com base na adequação deste ao fim que se almeja com aquela punição.

E por último, é na aferição do quantum da pena, seja da multa, da pena de prisão, das restritivas de direito, da medida de segurança, que o princípio da aplicada deve ser proporcional à lesão causada ao bem jurídico, sendo proibido que exceda ao mal causado.

Outra aplicação deste princípio pelo poder judiciário se dá no âmbito do controle de constitucionalidade das leis, quando o magistrado percebe que o legislador desrespeitou este princípio, trazendo gravames aos direitos fundamentais do homem.

⁶⁷ 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. "

Alguns doutrinadores questionam essa intervenção quanto à constitucionalidade da lei pelo poder judiciário, dizendo que tal feito interferiria na separação dos poderes. Ou seja, para estes seria como se o poder judiciário ao declarar inconstitucional uma lei com base no princípio da proporcionalidade estaria legislando.

Mas há os doutrinadores que acreditam que esta intervenção visando adequar a lei à constitucionalidade principiológica, na verdade torna mais efetivo o sistema de pesos em contrapesos que exige a separação dos poderes.

5.3. APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL

O processo penal, assim como todos os ramos do direito, também é regido pelo princípio da proporcionalidade.

Segundo, José Laurindo de Souza Neto “em sede de processo penal, que se supõe confrontação indivíduo-Estado, o princípio assume relevo especial. A exigência da proporcionalidade nesta ordem, como garantia jurídica fundamental reforça a íntima conexão entre o Direito Constitucional e Direito Processual Penal”.⁶⁸

É o princípio da proporcionalidade essencial durante todo o decorrer do processo penal, é ele que auferir legitimidade ou não às medidas cautelares, que devem ser adequadas, necessárias e proporcionais, sendo que quando forem desproporcionais não devem ser aplicadas.

O fato deste princípio ser a balança na determinação entre a invasão a um direito fundamental visando a proteção de outro, faz-se sua utilização, por exemplo, quando da autorização pelo juízo da quebra de algum sigilo, mediante, interceptação, escuta e gravação telefônica. O juiz irá mensurar a proporcionalidade entre invadir a esfera de privacidade do indivíduo e o fim de proteção da sociedade que será alcançado através dessa medida.

É também o juízo da proporcionalidade utilizado quando da decisão do magistrado sobre a utilização ou não de uma prova ilícita.

5.4. APLICAÇÃO NA EXECUÇÃO PENAL

Na execução penal, não é diferente, o princípio da proporcionalidade está sempre presente. Definida a pena exata e concreta a ser aplicada pelo réu, a execução dessa pena, deve ser feita da forma menos gravosa.

⁶⁸ SOUZA NETO, José Laurindo. *Processo penal: sistemas e princípios*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 69.

O que o art. 5, XLVIII⁶⁹ da CF, dispõe sobre a execução da pena, que deve ser cumprida em estabelecimentos distintos conforme a gravidade do delito e conforme a idade e o sexo do apenado, é também um meio de se aplicar na execução penal o princípio em vista. Posto que, determinado que naquele presídio só existem pessoas que cometeram crime de natureza gravíssima o tratamento e a segurança será feita de forma proporcional a gravidade destes crimes causados por este.

Outro momento em que o princípio da proporcionalidade se faz extremamente importante, é quando da definição das formas de progressão de regime pelos condenados, tanto na fase abstrato onde o legislativo define os requisitos, quanto na fase concreta onde o juiz analisará o indivíduo cumpridor da pena e as progressões possíveis.

Por exemplo, ao determinar que um condenado passará a cumprir sua pena em regime aberto, o juiz da execução determinará uma série de obrigações a este, sendo que estas obrigações devem ser proporcionais aos objetivos da aplicação dessa pena. Por exemplo, não pode o juiz determinar a obrigatoriedade de um acusado de tratar-se em um grupo de Alcoólicos Anônimos, quando este acusado não tem esse tipo de problema.

Ou seja, o princípio da proporcionalidade, visa equilibrar a gravidade das medidas impostas ao condenado com as finalidades da pena.

6. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto verifica-se que o princípio da proporcionalidade tem fundamento constitucional e tem como natureza ser limite da intervenção do Estado, concretizando todos os direitos fundamentais do homem em um Estado Democrático e Social de Direito.

É este o princípio, que atua em todos os ramos do direito moderando o poder estatal e garantindo que restrições aos direitos fundamentais só poderão ser efetivadas quando adequadas, necessárias e proporcionais.

Mas, é no âmbito do direito penal que este princípio tem sua mais importante concretização. A intervenção penal do estado gera sempre uma restrição à direitos individuais do homem, assim, deve ser pautada na mais estrita necessidade, usando de adequação e de proporcionalidade entre o mal causado pelo delito e a pena cominada abstratamente pelo legislador e concretamente pelos magistrados.

⁶⁹ Art. 5, XLVIII: “A pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”.

No âmbito do direito penal relativo à proteção de bens jurídicos supraindividuais, como ambiental, econômico, entre outros, é que se vê uma intervenção penal cadê vez maior. Sem pautar-se pelos princípios penais, especialmente pela proporcionalidade, aumenta substancialmente o número de legislações penais especiais, mas não atinge os fins almejados por esta proteção.

Em suma, a desobediência aos princípios penais gera um exacerbado uso da legislação penal, assim, faz com que figure em nosso sistema um direito penal simbólico abarrotado de leis, mas incapaz de solucionar os conflitos e concretizar a proteção aos bens jurídicos essenciais à sociedade. Desta forma, desrespeita-se duplamente a dignidade do homem, no sentido de que não garante sua segurança, nem do espaço em que vive, mas ainda sim fere gravemente direitos fundamentais.

7. REFERÊNCIAS

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

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal, volume 1**. Trad. Paulo José da Costa Junior e Alberto Silva Franco. São Paulo: revista do Tribunais, 1966.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, volume 1: parte geral**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6^a. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal, volume 1: parte geral. Tomo 3 (pena e medida de segurança)**. São Paulo: Forense, 1962.

DIÉZ, Ripollés, José Luis. **A racionalidade das leis penais: teoria e prática**. Prado, Luiz Régis (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral. 2**. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ROMEU, Falconi. **Lineamentos de direito penal**. 3. ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Ícone, 2002.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade**. São Paulo: RCS Editora, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

HUNGRIA, Nelson. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao código penal. Vol. I, tomo. I**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

JESUS, Damásio E. **Direito penal, volume 1: parte geral**. 28. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. O princípio da proporcionalidade no direito penal econômico. In: PODVAL, Roberto. **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LUIZI, Luiz. **Os princípios penais constitucionais**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal, volume III: o delinqüente – a sanção penal – a pretensão punitiva**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1966.

MÉDICE, Sérgio de Oliveira. **Teoria dos tipos penais: parte especial do direito penal**. São Paulo: RT, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal, volume 1: parte geral**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2003.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal, volume 1: introdução e parte geral**. 38. ed. rev. e atual. São Paulo Saraiva, 2004.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal, um estudo comparado**. Trad. Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120**. 6. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2006.

_____. **Elementos de direito penal, volume 1: parte geral.** São Paulo: RT, 2005.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. O princípio de proporcionalidade como instrumento de controle constitucional das normas penais. **Revista dos tribunais.** São Paulo: RT. Ano. 89, volume 772, fev. 2000, p. 463 – 479.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** ano 12. n. 47, mar-abr, 2004. p. 60-122. São Paulo: RT.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 19. ed. rev. atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. Princípios penais constitucionais da oportunidade, da moralidade e da proporcionalidade como limitação ao poder punitivo do estado. **Revista dos Tribunais.** ano 91, volume 802, ago. 2002. p 453 -463. São Paulo: Revista dos tribunais.

SOUZA NETO, José Laurindo. O princípio da proporcionalidade como fundamento constitucional das medidas substitutivas da prisão cautelar. **Revista dos Tribunais.** Ano 91, volume 801, jul. 2002, p 422 – 428. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. **Processo penal: sistemas e princípios.** Curitiba: Juruá, 2003.

SCHUNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado liberal. Trad. Luís Greco. **Revista Brasileira de Ciências criminais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, n. 53, março-abril. 2005. p. 9 – 37.

TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. **Revista brasileira de ciências criminais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, número especial de lançamento, dez. 1992.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** Vol. I: Parte geral. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.