

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL: PERSPECTIVAS ACERCA DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE À LEGISLAÇÃO PENAL

Gilmar Dias Da Silva¹

Guilherme Augusto Lima Trevenzoli Da Silva²

Lucas Henrique Sobrinho De Almeida³

Pedro Henrique Inácio Pires⁴

Rihan Belegoli Barbosa Torres⁵

RESUMO

O presente artigo busca estudar como os princípios da proporcionalidade e razoabilidade aplicados à legislação penal poderiam ajudar na diminuição da desigualdade social, de modo que a punição estatal seja feita de forma mais equitativa e diminuindo assim a disparidade na pretensão punitiva do Estado.

Palavras-chave: Constitucionalização. Proporcionalidade. Razoabilidade. Direito Penal. Legislação Penal.

INTRODUÇÃO

A constitucionalização do direito penal: perspectivas acerca da aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade à legislação penal. Pois é de se analisar que a desigualdade social é uma questão central na sociedade contemporânea, e o sistema penal desempenha um papel significativo na perpetuação ou atenuação dessa desigualdade. Portanto, é interessante explorar o princípio da proporcionalidade, razoabilidade e individualização da pena, que são princípios não escritos, cuja observância independe de explicitação em texto constitucional, porquanto pertence à natureza e essência do Estado Democrático de Direito. *Utilizando como base o texto de Projeto Integrador apresentado no 7 período, PARADIGMAS DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO.* O objetivo principal deste artigo é analisar a disparidade da pretensão punitiva do Estado, tendo como foco os referidos princípios constitucionais. Essa Investigação permitirá compreender melhor os benefícios da aplicação desses princípios no processo penal, mas também será possível analisar a disparidade da pretensão punitiva do Estado, tendo como foco os referidos princípios constitucionais. Essa

¹ Bacharelado em Direito, Rede de Ensino Doctum – Caratinga;

² Bacharelado em Direito, Rede de Ensino Doctum – Caratinga;

³ Bacharelado em Direito, Rede de Ensino Doctum – Caratinga;

⁴ Bacharelado em Direito, Rede de Ensino Doctum – Caratinga;

⁵ Bacharelado em Direito, Rede de Ensino Doctum – Caratinga.

Investigação nos permitirá compreender melhor os benefícios da aplicação desses princípios no processo penal.

O problema jurídico identificado é como a aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade no Código penal podem ajudar a reduzir a desigualdade na punição estatal?

A hipótese de solução para tal conflito consiste na utilização de tais princípios para o ajuste da legislação penal, de modo que a punição estatal seja feita de forma mais equitativa, apenando mais severamente aquele que, em razão do exercício de sua atividade comercial ou industrial, pratica alguma das condutas descritas no referido § 1º, valendo-se de sua maior facilidade para tanto devido à infra-estrutura que lhe favorece.

Trata-se do marco teórico, onde apresenta que o constitucionalismo consiste num movimento político - Filosófico, pautado no ideal de liberdade humana, que busca limitar e controlar o exercício do poder político, opondo-se aos governos arbitrários, totalitários e ditatoriais, independente de época e lugar, podendo ser encontrado em qualquer espaço-tempo de uma sociedade organizada que busca limitar os poderes dos governantes.

“A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis - é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas fundamentais.

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas.”⁶

Conforme o julgado do STF - RE: 443388 SP, Relator: Min. ELLEN GRACIE:

“A Senhora Ministra Ellen Gracie – (Relatora): Na realidade, com o emprego dos critérios teleológico e sistemático na interpretação do dispositivo ora analisado, observo que a lei expressamente pretendeu também punir o agente que, ao praticar qualquer uma das ações típicas contempladas no parágrafo 1º, do art. 180, agiu com dolo eventual, mas tal medida não exclui, por óbvio, as hipóteses em que o agente agiu com dolo direto (e não apenas eventual). Trata-se de crime de receptação qualificada pela condição do agente que, por sua atividade profissional, deve ser mais severamente punido com base na maior reprovabilidade de sua conduta.

Não entendo haver proibição de, com base nos critérios e métodos interpretativos, ser alcançada a conclusão acerca da presença dos elementos subjetivos representado pelo dolo direto no tipo do parágrafo 1º, do art. 180, do Código Penal, não havendo violação ao princípio da reserva absoluta de lei com a conclusão acima referida.

⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: Theorie der Grundrechte.

Desse modo, com a adoção deste raciocínio, não há que se cogitar de eventual violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena, tal como sustentou o recorrente, eis que o dolo direto também está contemplado na regra do parágrafo 1º, do art. 180, do Código Penal.

Cuida-se de opção político-legislativa na apenação com maior severidade aos sujeitos ativos das condutas elencadas na norma penal incriminadora e, conseqüentemente, falece competência ao Poder Judiciário interferir nas escolhas feitas pelo Poder Legislativo na edição da referida norma, sob pena de violação ao princípio da independência e harmonia entre os poderes.”

(STF - RE: 443388 SP, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-171 DIVULG 10-09-2009 PUBLIC 11-09-2009 EMENT VOL-02373-02 PP-00375)

"A aplicabilidade das causas de diminuição e aumento de pena deverá ocorrer sempre sobre a pena provisória ou intermediária, que é a resultante da segunda fase do sistema trifásico. Portanto, a única dúvida que se estabelece é com referência ao critério ideal a ser utilizado, pois, nesse campo, surge a possibilidade da aplicação de dois critérios matemáticos diferenciados.

O primeiro possível é o denominado critério cumulativo, sucessivo ou de efeito cascata, pelo qual as causas de diminuição e aumento de pena deverão ter sempre incidência uma após a outra e sobre o resultado obtido na operação anterior, enquanto o segundo é o critério da incidência isolada, em que, igualmente, as causas de diminuição e aumento de pena deverão ter incidência uma após a outra, contudo, sempre sobre a pena provisória ou intermediária fixada.

Para as hipóteses de concurso entre causas de diminuição de pena não há dúvidas, na doutrina e jurisprudência, de que o critério a ser empregado é o cumulativo, sucessivo ou de efeito cascata (posição pacífica). Porém, para as hipóteses de concurso entre causas de aumento de pena, a jurisprudência majoritária, incluindo as posições do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, direciona-se pela manutenção de idêntico critério (cumulativo, sucessivo ou de efeito cascata), enquanto a doutrina majoritária, que não inclui nossa posição, direciona-se pela aplicação do critério da incidência isolada.”⁷

Para isso, a elaboração e fundamentação do referente tema para este artigo, fora utilizado pesquisar em artigos científicos, pesquisas em jurisprudências, doutrinas e leis secas.

A literatura jurídica tem trabalhado com o tema, com a qual pretendemos estabelecer nosso diálogo. Para isso, mobilizamos a seguinte bibliografia: *Dos Delitos e das Penas*, do autor Cesare Beccaria; *Conflitos Econômicos e Sociais*; e *Necropolítica*, do autor Adriano Negris.

A aplicação desses princípios no Direito Penal busca garantir que o poder punitivo do Estado seja exercido de maneira justa e equilibrada, protegendo tanto a sociedade quanto os direitos individuais dos acusados e condenados. Assim, a análise da proporcionalidade e da razoabilidade nas normas penais não apenas reforça a legitimidade do sistema de justiça criminal, mas também promove a eficácia das políticas penais, ao evitar medidas desproporcionais que podem resultar em injustiças ou ineficácia.

⁷ SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 299-304

Este artigo científico tem como objetivo explorar as perspectivas da constitucionalização do Direito Penal, com ênfase na aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade à legislação penal brasileira. Serão analisados casos concretos, doutrinas e jurisprudências relevantes, visando a identificar como esses princípios são incorporados e operacionalizados no âmbito penal, bem como os desafios e avanços enfrentados nesse processo. A pesquisa pretende contribuir para o debate acadêmico e prático, oferecendo reflexões críticas e propostas de aprimoramento da legislação penal em consonância com os valores constitucionais.

O primeiro capítulo trabalhará com o Constitucionalismo e Direito Penal, onde o constitucionalismo é um movimento que visa limitar o poder político para garantir a liberdade humana, opondo-se a governos arbitrários e ditatoriais, e pode ocorrer em qualquer sociedade organizada ao longo da história.

Já no segundo capítulo, serão tratados os princípios norteadores do direito penal, do princípio da proporcionalidade, usando como base o livro do Robert Alexy, teoria dos direitos fundamentais.

E para finalizar, no terceiro capítulo será apresentado casos em que poderiam ser implementados os princípios já mencionados, usando como base as leis penais vigentes e os princípios estudados.

1. CONSTITUCIONALISMO E DIREITO PENAL

O constitucionalismo é um movimento político-filosófico, pautado no ideal de liberdade humana, que busca limitar e controlar o exercício do poder político, opondo-se a governos arbitrários, totalitários e ditatoriais, independente de época e lugar, podendo ser encontrado em qualquer espaço-tempo de uma sociedade organizada que tenha buscado limitar os poderes dos governantes.

“A partir da década de 80, numerosos países latino-americanos promoveram reformas em suas cartas constitucionais ou adotaram novas Constituições. No primeiro caso estão as reformas constitucionais da Argentina, realizadas em 1994, México em 1992 e Costa Rica em 1989. Entre os países latino-americanos que adotaram novas Constituições estão os casos de Brasil em 1988, Colômbia em 1991, Paraguai em 1992, Peru em 1993, Equador em 1998 e 2008, Venezuela em 1999 e Bolívia em 2009.”⁸

Um dos objetivos do Constitucionalismo consiste na limitação do poder com a necessária organização e estruturação do Estado; o reconhecimento e implementação de direitos e garantias fundamentais. Pautado no princípio da dignidade da pessoa humana, dentro do Direito penal é assunto ordinário. Do latim “*ius poenale*”, o Direito Penal é o conjunto de normas objetivas que cuida e regulamenta o “*ius puniendi*”, é direito de punir. É o que a doutrina chama de direito penal objetivo.

“Os elementos propulsores do novo constitucionalismo latino-americano foram, de um lado, as necessidades sociais e, de outro, a falta de soluções

⁸ UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. In: GARAVITO, César Rodríguez. El derecho en la América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 109.

democráticas apresentadas pelas tentativas constitucionais anteriores. Nesse sentido, considera-se que o novo constitucionalismo latino-americano teve sua origem no processo constituinte colombiano do início dos anos 90.”⁹

O *ius puniendi* é exercido para alcançar alguns objetivos (retribuição, prevenção, ressocialização etc, tudo dependendo de cada ordenamento jurídico), porém, tudo isso é feito de modo limitado, com travas formais e materiais. É demasiadamente conhecida e historicamente irrefutável a vocação autoritária do Estado (tal como esclareceu Hobbes no seu *Leviatã*). Especialmente por sua posição hierárquica elevada, é precisamente a Constituição a que orienta, de modo primordial, por meio dos seus princípios, regras e valores, direta ou indiretamente, tanto os objetivos do Direito penal como seus principais limites. Um deles, dos mais relevantes, reside na proporcionalidade de toda sanção estatal.

Embora não definido de forma precisa, o princípio da dignidade humana serve para definir as relações desenvolvidas entre o Estado e seus cidadãos, e dos cidadãos entre si. E, por ser pilar da ordem jurídica do Estado Democrático brasileiro, a dignidade da pessoa humana ganha superioridade hierárquica em face de outros princípios do nosso ordenamento jurídico.

Para Nucci a dignidade humana deve ser observada sobre dois prismas. O primeiro, objetivo, que traz ao Estado o dever constitucional de garantir aos indivíduos as condições mínimas de sobrevivência. E, sobre um segundo aspecto subjetivo, exige que o Estado respeite a autoestima de cada indivíduo. Em suma, a função da dignidade humana é garantir que a pessoa sobreviva minimamente com a sua respeitabilidade garantida

Na seara criminal a dignidade humana ganha força normativa e, juntamente com o direito à vida e à liberdade, delimita a atuação estatal na persecução penal. Ela exige a atuação do Estado com vistas a garantir a segurança das pessoas; mas, também, limita essa atuação, impedindo que seja desenvolvida de forma a violar a dignidade das pessoas.

“É possível identificar nas novas cartas constitucionais latino-americanas uma série de avanços que podem ser considerados paradigmáticos, tendo em vista a originalidade, a amplitude e o impacto das mudanças determinadas.

Nesse sentido, de acordo com Fajardo:

Las novedades constitucionales en el horizonte del constitucionalismo pluralista (con diversos niveles de implementación en la práctica) suponen rupturas paradigmáticas respecto del horizonte del constitucionalismo liberal monista del siglo XIX y del horizonte del constitucionalismo social integracionista del siglo XX [...].¹⁰

Um primeiro avanço paradigmático está relacionado com as extensas cartas de direitos. As novas constituições não se limitaram ao estabelecimento genérico dos mesmos, característica do constitucionalismo clássico, mas reconheceram juridicamente a diversidade e o pluralismo ao apresentarem os direitos constitucionais.

A Constituição equatoriana de 2008, por exemplo, entende que não existe diferenciação entre direitos fundamentais e não fundamentais. Além disso, estende a condição de sujeito de direitos à natureza.¹¹

⁹ PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Gaceta Constitucional*, p. 318.

¹⁰ *Idem*, p. 139.

¹¹ *Constitución del Ecuador*. Tradução do autor. Texto original em espanhol: “Art. 10. As pessoas, comunidades, povos, nacionalidades e coletividades são titulares e gozarão dos direitos garantidos pela Constituição e pelos

Apesar de a incorporação de novos direitos sociais, econômicos e culturais ter sido, historicamente, a resposta mais habitual da esquerda latino-americana para compensar a sorte dos menos favorecidos, estes direitos têm se caracterizado como “derechos dormidos aparentemente inoperantes, meramente consagrados en el papel de la Constitución”.¹²”

Ao longo de sua história, o Processo Penal esteve muito mais próximo de sistemas de governo autoritários do que democráticos. O modelo inquisitivo imperava e os interesses sociais sobrepunham os direitos e garantias individuais. Contudo, a constitucionalização do direito, ocorrida sobretudo no final do último século, trouxe à persecução penal a necessidade de uma *revolução copérnica* de valores. Eis que sua essência, outrora totalitária, teve de ser alterada para um modelo acusatório e democrático, no qual o próprio processo torna-se uma garantia ao acusado. Tal cenário, contudo, é particularmente complexo no Brasil, visto que a legislação infraconstitucional é tipicamente autoritária, fruto do regime totalitário do Estado Novo de Getúlio Vargas. A Constituição Federal de 1988, por sua vez, iluminou o Processo Penal com dezenas de garantias individuais, muitas das quais incompatíveis com o disposto no Código de Processo Penal.

Na atualidade, as Constituições permitem a estabilização da variabilidade, de forma a garantir a segurança jurídica sem abrir mão dos valores histórico-sociais. Com efeito, a aplicação efetiva da Constituição afigura-se, a um só tempo, como o *porto seguro* desejado pela segurança jurídica, e como o *grito de liberdade* contra as amarras do positivismo. A eficácia das normas constitucionais, ainda que abertas, apresenta-se como a alternativa adequada às intempéries da pós-modernidade, sem perder de vista a estrutura formal que deve existir em qualquer Estado de Direito.

De fato, é necessária a irradiação dos valores e interesses insertos na Constituição sobre toda a legislação infraconstitucional. A íntima relação entre a Constituição e o processo penal decorre da constatação de que, em essência, ambas lidam com a proteção de direitos fundamentais, os quais existem, dentre outros motivos, pela própria natureza política do processo. Logo, a análise constitucional do processo penal é uma exigência não só metodológica e jurídica, mas igualmente político-institucional. No processo penal constitucional, “as normas são enfocadas a partir da matriz contida no texto magno, acabando o processo por adquirir uma feição para além da técnica, muito mais politizada e sem dúvida com outro compromisso ético.”

Os direitos e garantias constitucionais são o alicerce para equilibrar a confrontação entre Estado e indivíduo. Ocorre que os personagens do processo penal são desiguais. Tal qual o confronto entre *Davi* e *Goliath* é a batalha entre réu e Estado. De um lado, o Estado-acusador, um *Goliath* possuidor de um aparato de poder, que detém as funções de investigar, acusar, decidir e executar penas. De outro, um réu – *Davi* – pessoa física que se defende das investidas de um gigante. Eis a importância da Constituição como garantidora de um processo capaz de tornar justa essa luta.

instrumentos internacionais. A Natureza será sujeito daqueles direitos que a Constituição a ela reconhece”. Disponível em: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2013.

¹² GARGARELLA, Roberto. Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina. In: GARAVITO, César Rodríguez. *El derecho en la América Latina: um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 96.

2. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE SEGUNDO ROBERT ALEXY

O princípio da proporcionalidade surgiu na Alemanha após a Segunda Guerra Mundial, com o objetivo de evitar excessos estatais e assegurar os direitos fundamentais. O Supremo Tribunal Federal Alemão tem desempenhado um papel central na aplicação desse princípio, realizando análises de constitucionalidade em casos submetidos através de queixas constitucionais. Utilizando o Princípio da Reserva Legal, o Tribunal Federal Alemão supervisiona a constitucionalidade dos atos administrativos, intervindo quando estes se mostram desproporcionais e ameaçam os direitos fundamentais, comprometendo o Estado Social e Democrático de Direito.

Historicamente, a aplicação do princípio da proporcionalidade pode ser observada já no Código de Hamurabi, que utilizava a proporcionalidade para punir desvios de conduta na sociedade da época. Com a evolução da humanidade, especialmente após períodos de guerras e abusos por governos autoritários, as penas cruéis foram eliminadas. Atualmente, tais sanções são inaceitáveis. Portanto, é possível afirmar que o princípio da proporcionalidade não é uma inovação contemporânea nem um privilégio exclusivo da sociedade atual; ele reflete uma busca contínua por uma aplicação justa e equitativa nos casos concretos, especialmente no sistema jurídico penal.

O princípio da proporcionalidade desenvolveu-se, principalmente, no âmbito do direito público (administrativo e constitucional). Os ensinamentos do professor de Direito Constitucional da Universidade de Munique, Heinrich Scholler, trazem a evolução do conceito de proporcionalidade:

[...] Na esfera jurídico-constitucional, onde o princípio implica uma vinculação do legislador, acabou alcançando reconhecimento doutrinário e jurisprudencial apenas com a vigência da atual Lei Fundamental da Alemanha, isto é, após 1949. Esta linha evolutiva, do direito administrativo para o constitucional, encontra explicação na circunstância de que, inicialmente, com base na ideia da soberania popular, o legislador era tido como juridicamente ilimitado. Esta concepção tinha validade geral e encontrou sua expressão mais significativa no princípio britânico, de acordo com o qual o 274 Heliana Maria Coutinho Hess Parlamento pode fazer tudo, menos transformar um homem numa mulher e uma mulher num homem (“The Parliament can do anything, but not change a man into a woman or a woman into a man”). Isto significava que apenas a lei natural poderia limitar o soberano, isto é, o legislador democraticamente eleito. Enquanto o legislador atuava nos limites de suas competências constitucionais, inexistia qualquer vinculação. O postulado de que a lei é genérica e abstrata, valendo para todos, não traduzia, em verdade, a ideia de vinculação do legislador, mas integrava a própria definição de lei.¹³

Neste sentido, somente com a evolução dos direitos fundamentais e com a aplicação aos casos mais complexos de restrições aos direitos da personalidade por intervenção da administração pública, foi sendo desenvolvida a teoria do princípio da proporcionalidade, que partia do princípio da “reserva da lei” adequada e necessária para o da “reserva da lei mais proporcional”, com escolha da melhor solução para os fins do Estado de Direito

O conceito de proporcionalidade está relacionado ao equilíbrio entre diferentes interesses em conflito. A doutrina predominante considera esse princípio como uma forma de limitar os excessos que o Estado pode cometer contra as garantias e direitos individuais.

¹³ O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 93, abr. 1999. - Disponível em: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/173.htm>>. Acesso em: 7 out. 2024.

Embora o Princípio da Proporcionalidade não esteja explicitamente previsto na Constituição de 1988, ele é essencial para o Estado Democrático de Direito, especialmente na esfera penal, onde lida com a restrição dos direitos constitucionais dos indivíduos em relação a outros direitos igualmente importantes.

O princípio proporcionalidade na dogmática alemã, e assimilada por juristas brasileiros, é composta por duas vertentes, a da proibição do excesso e da proibição, onde o Estado não se excede na intervenção dos direitos fundamentais do homem, e da proteção deficiente, que avalia se minimamente estes direitos estão sendo observados, garantidos e aplicados constitucionalmente. Esta interpretação está presente em vários momentos do Habeas Corpus 104.410 de 2012, proferido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes sobre o tema “porte de armas desmuniadas”. Ainda traz a seguinte classificação para a ponderação diante do dever de proteção estatal:

1. Dever de proibição, consiste no dever de se proibir uma determinada conduta;
2. Dever de segurança, impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra-ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas;
3. Dever de evitar riscos, que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico.

Um dos principais pensadores na construção e sistematização do Princípio da Proporcionalidade foi o jurista alemão Robert Alexy, através das suas obras *Direito e Razão Prática* e *Teoria dos Direitos Fundamentais*.

Robert Alexy, difere regras de princípios, explicando que a primeira está no âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas, assim, duas regras em conflito não podem ser simultaneamente válidas, salvo uma cláusula interpretativo-argumentativa de exceção em uma delas; já os princípios, seriam razões, pelas quais, havendo colisão entre eles, não deixariam de ser válidos, mas prevalece um em detrimento do outro no caso concreto. Assim, Alexy em sua obra destaca:

[...] não contêm mandados definitivos, mas somente *prima facie*. Do fato que um princípio valha para um caso não se infere que o que o princípio requer deste caso valha como resultado definitivo. Os princípios apresentam razões que podem ser ultrapassadas por outras razões opostas (...). Totalmente distinto é o caso das regras. Como as regras exigem que se faça exatamente como nelas se ordena, contêm uma determinação do âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas”¹⁴

[...] “Quando dois princípios entram em colisão (...), um dos dois princípios tem que ceder ante o outro. Mas isto não significa declarar inválido o princípio que não teve curso, nem que haja de se introduzir no princípio que não teve curso uma cláusula de exceção. Ao contrário, o que acontece é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios precede ao outro. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada de forma inversa”¹⁵

¹⁴ (Alexy, 1993, p. 99).

¹⁵ (ALEXY, 1993 b, p. 89).

Ao dissertar sobre a tensão na aplicação dos princípios, Alexy explica que os mesmos se definem por mandados de otimização, podendo ser cumpridos em diferentes graus, na maior medida do possível, enquanto as regras, cabe cumprir ou não, sem graduar sua aplicação. O jusfilósofo então declara que:

[...] Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, como também das jurídicas (...). De outro lado, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve-se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível”¹⁶

O uso da proporcionalidade, especialmente sob o nome de "princípio da proporcionalidade", é amplamente disseminado no direito brasileiro. Frequentemente, é empregado como um recurso retórico para justificar a rejeição de comportamentos abusivos, mas muitas vezes carece de uma análise mais aprofundada.

O conteúdo do “princípio da proporcionalidade”, como desenvolvido no Brasil, é formado por uma mistura entre a razoabilidade do direito norte-americano e a proporcionalidade do direito alemão. No mais das vezes, doutrina e jurisprudência empregam esses termos como sinônimos.

Dessa forma, o princípio da Proporcionalidade busca encontrar a solução mais adequada para os direitos fundamentais em situações de conflito entre princípios, empregando o processo de ponderação para determinar qual princípio deve prevalecer em cada caso específico, sem desconsiderar o valor do outro princípio envolvido.

A aplicação do Princípio da Proporcionalidade e suas respectivas dimensões visa prevenir respostas penais desproporcionais em relação às infrações cometidas. Portanto, a utilização deste princípio para evitar excessos está profundamente ligada à avaliação da necessidade da medida, à adequação da resposta penal e à ponderação cuidadosa e equilibrada. Lemes afirma que:

“A Proporcionalidade está intimamente ligada com a modalidade indicadora de que a severidade da sanção deve corresponder a maior ou menor gravidade da infração penal. Quanto mais grave o ilícito, mais severa deve ser a pena.”¹⁷

Cada conduta de um agente que viola a lei tem sua sanção especificada no Código Penal, que define um intervalo mínimo e máximo de pena, além de prever circunstâncias que podem resultar em redução ou aumento dessa pena. A determinação da pena a ser aplicada, conhecida como dosimetria, deve ser avaliada e ajustada à luz das dimensões do Princípio da Proporcionalidade, com o objetivo de minimizar o impacto sobre o indivíduo em relação à violação dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal.

A dimensão da necessidade exige que o sistema jurídico escolha, em situações de conflito entre direitos fundamentais, à medida que, entre as opções viáveis para atingir os objetivos do Estado, cause o menor impacto à coletividade. Isso significa que a medida adotada

¹⁶ (ALEXY, 1993 b, p. 86/87).

¹⁷ (LEMES, 2018, p. 83).

deve ser realmente necessária. Quando se confrontam dois métodos proporcionalmente eficazes, a escolha recai sobre aquele que provoca menor interferência na esfera pessoal do indivíduo, sendo, portanto, o menos oneroso. Isso se aplica especialmente à dimensão da necessidade e à intervenção mínima no Direito Penal. Mello (2014) discorre:

“Pelo referido princípio, o Direito Penal não deve atuar quando houver um meio extrapenal igualmente eficaz para a proteção do bem jurídico, e, se houver a necessidade de intervenção penal, ela deve ser a mais suave possível. Isso porque a tutela penal, como medida extrema, não deve incidir em toda ou qualquer lesão de bem jurídico.”¹⁸

É necessário avaliar, sob a dimensão da adequação da pena, se a medida escolhida satisfaz de maneira adequada os objetivos constitucionais. Deve-se verificar se, dentre as alternativas possíveis no caso específico, a medida definida é a que melhor cumpre os requisitos para a construção e a preservação de um Estado Democrático de Direito justo e desejado. Neste tema, Mello contribui com a seguinte afirmação:

[...] a adequação no Direito Penal está intrinsecamente relacionada com a conformidade das medidas penais em relação aos fins que elas almejam. Partindo-se aqui da ideia de que o fim do Direito Penal é a proteção subsidiária dos bens jurídicos, assim como a prevenção geral da autotutela, respeitando-se na maior medida possível os Direitos Fundamentais...¹⁹

Ao adequar a proporção da resposta estatal ao comportamento do agente para proteger bens jurídicos de maneira razoável e o mais humana possível, pode-se afirmar que a busca por uma justiça completa está em andamento, com um foco na preservação da democracia e dos direitos fundamentais do indivíduo.

3. DAS PENAS (TÍTULO PROVISÓRIO)

A Constituição Federal, para proteger a vida, a liberdade, a segurança e outros bens jurídicos, relaciona várias modalidades de pena criminal, sendo algumas adotadas e outras proibidas. As adotadas que já constam positivadas são as privativas de liberdade, restritivas de liberdade, perda de bens, multa, prestação social, suspensão de direitos e interdição de direitos. As penas proibidas são de morte, caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis.

Sanção penal é a resposta estatal, no exercício do *ius puniendi* e após o devido processo legal, ao responsável pela prática de um crime ou de uma contravenção penal. As penas reclamam a culpabilidade do agente, e destinam-se aos imputáveis e aos semi-imputáveis sem periculosidade.

Pena é a reação que uma comunidade politicamente organizada opõe a um fato que viola uma das normas fundamentais da sua estrutura e, assim, é definido na lei como crime. Como reação contra o crime, isto é, contra uma grave transgressão das normas de convivência, ela aparece com os primeiros agregados humanos.

¹⁸ (MELLO, 2014, p. 250).

¹⁹ (MELLO, 2014, p. 256 e 257).

A simples leitura do texto constitucional mostra que a relação das penas ali indicadas não é exaustiva. Com efeito, declara o inciso XLVI do art. 5º. “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:” [...]

A legislação infraconstitucional pode instituir novas formas de sanção, ajustadas, porém, aos parâmetros de respeito à dignidade e à proibição que a Carta Política estabelece quanto a determinadas penas (art. 5º, XLVII).

O Código Penal destaca um dos capítulos do Título V (Das Penas) para regular os aspectos de sua cominação e de seus limites. Os arts. 53 a 58 contêm especificações a propósito da cominação das penas, assunto do maior relevo na Reforma de 1984 pela necessidade de explicitar, com maior clareza, o novo sistema de penas e as suas grandes modificações. Como foi expressamente declarado por quatro integrantes da comissão redatora do anteprojeto de Lei 7209, de 11.07.1984, “o legislador procurou ter acendrado cuidado com o princípio da reserva legal, explicitando, ainda mais, em capítulo específico, a previsão e cabimento das penas subjetivas à privativa de liberdade, bem como os valores da pena de multa” (Reale Júnior, Dotti, Adreucci e Pitombo, *Penas e medidas de segurança*, p. 153).

De acordo com o princípio da proporcionalidade a resposta penal deve ser justa e suficiente para cumprir o papel de reprovação do ilícito, bem como para prevenir novas infrações penais. Concretiza-se na atividade legislativa, funcionando como barreira ao legislador, e também ao magistrado, orientando-o na dosimetria da pena.

De fato, tanto na cominação como na aplicação da pena deve existir correspondência entre ilícito cometido e o grau de sanção penal imposta, levando-se ainda em conta o aspecto subjetivo do condenado (CF, art.5º, XLVI).

Cominação é a imposição abstrata das penas pela lei; o Código Penal, nos Artigos 53 ao 58, determina regras a respeito. Segundo definição de Delmanto (2011):

“Cominar tem a significação de ameaçar com pena, em caso de infração. Por isso, pena cominada é aquela que a lei prevê como sanção para determinado comportamento. Tanto faz, pois, dizer-se pena cominada como pena prevista em lei.”²⁰

Consoante disposição do Artigo 53 do Código Penal, no tocante às penas privativas de liberdade, elas têm seus limites (máximo e mínimo) estabelecidos no preceito secundário de cada tipo penal incriminador (PEDDE JUNIOR, 2014).

Exemplificando, no tipo do homicídio doloso simples previsto no artigo 121, caput, logo após o preceito “matar alguém” vem a respectiva sanção com seus limites. (DELMANTO, 2011).

Dentre as penas cominadas no Código Penal, constam as seguintes:

“Penas privativas de liberdade

Art. 53 - As penas privativas de liberdade têm seus limites estabelecidos na sanção correspondente a cada tipo legal de crime.

Penas restritivas de direitos

²⁰ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JR. Roberto; DELMANTO, Fábio M. De Almeida. “Código Penal Comentado” 10ª ed. São Paulo. Saraiva, 2011.

Art. 54 - As penas restritivas de direitos são aplicáveis, independentemente de cominação na parte especial, em substituição à pena privativa de liberdade, fixada em quantidade inferior a 1 (um) ano, ou nos crimes culposos.

Art. 55. As penas restritivas de direitos referidas nos incisos III, IV, V e VI do art. 43 terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, ressalvado o disposto no § 4º do art. 46.

Art. 56 - As penas de interdição, previstas nos incisos I e II do art. 47 deste Código, aplicam-se para todo o crime cometido no exercício de profissão, atividade, ofício, cargo ou função, sempre que houver violação dos deveres que lhes são inerentes.

Art. 57 - A pena de interdição, prevista no inciso III do art. 47 deste Código, aplica-se aos crimes culposos de trânsito.

Pena de multa

Art. 58 - A multa, prevista em cada tipo legal de crime, tem os limites fixados no art. 49 e seus parágrafos deste Código.

Parágrafo único - A multa prevista no parágrafo único do art. 44 e no § 2º do art. 60 deste Código aplica-se independentemente de cominação na parte especial”

No intuito de aclarar tais previsões legais, faz-se imperativo conhecê-las individualmente, bem como, entender sua aplicação.

A individualização da pena é um trabalho regulado por princípios e regras constitucionais e legais, com vistas a permitir ao aplicador do direito estabelecer uma sanção penal levando em consideração o caso concreto, e que seja capaz de alcançar os fins preventivos e repressivos a que se destina (BARREIROS, 2007).

A modalidade de pena a ser aplicada deve ser norteada pelas circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, nos seguintes termos:

“O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências 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;

[...].”

O Código Penal brasileiro define como crime de receptação o ato de adquirir, transportar, receber, conduzir ou ocultar, coisa que tem conhecimento que é produto de crime. O mesmo se aplica se influenciar um terceiro de boa-fé a adquirir o produto.

Sabe-se que a Lei 9426/96 deu nova redação ao parágrafo 1º do art.180 do CP, estruturando a figura da chamada receptação qualificada, que restou definida tipicamente nos seguintes termos:

“Receptação

Art. 180 - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”

“Receptação qualificada

§ 1º - Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime: Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa. “

Trata-se de crime próprio, pelo que se exige uma qualificação especial do seu autor. No caso, o sujeito ativo não pode ser qualquer pessoa, mas apenas aquela que é explicitamente indicada no tipo, ou seja, quem está no exercício de atividade comercial ou industrial.

Da leitura do artigo acima transcrito, percebe-se que, na receptação simples de que fala o caput, o legislador requer que o agente saiba da origem criminosa da coisa. Já na receptação qualificada referida no parágrafo 1º, a exigência legal não é a de que "saiba", mas, sim, a de que "deva saber" que a coisa tem procedência delituosa.

Diante da diferença redacional dos alvejados dispositivos, não faltaram vozes alertando para a grande dificuldade de adequação típica na hipótese em que o comerciante pratica qualquer das condutas típicas da receptação qualificada, sabendo da origem criminosa do objeto material, já que o comportamento típico narrado no par. 1º do art. 180 do CP é de quem promove a receptação comercial ou industrial "devendo saber" da procedência delituosa da coisa.

Parte da doutrina, como é o caso de ALBERTO SILVA FRANCO, entende que o preceito sancionatório do art. 180, par.1º do CP não pode ser aplicado, por lesar o princípio constitucional da proporcionalidade, devendo, em consequência, o preceito primário da referida regra penal ter os limites de pena da receptação simples.

Colhem-se, na doutrina e jurisprudência, inúmeros exemplos de aplicação de interpretação extensiva com relação a normas penais incriminadoras. Vejamos: o art. 130 do CP (perigo de contágio venéreo) inclui não só o perigo, mas também o próprio contágio de moléstia grave; no art.168 (apropriação indébita), a expressão "coisa alheia" inclui a coisa comum; o art. 235 (bigamia) refere-se não apenas à bigamia, mas também à poligamia; o art. 260 (perigo de desastre ferroviário) envolve, além do serviço ferroviário, o serviço de metrô etc.

Partindo dessa premissa, e analisando a hipótese em discussão, é importante registrar que a Lei 9426/96 deu nova redação ao par. 1º do art. 180 do CP, estruturando uma figura criminosa que recebeu o nomen iuris de receptação 68 Rev. Ministro. Público, Rio de Janeiro, RJ, (17), 2003 qualificada, sendo justificada pela necessidade de punição mais severa àquele que Jaz da receptação um comércio, ainda que clandestino, conduta de maior gravidade e dano social do que a receptação individualizada ou simples.

A razão dos dispositivos é óbvia: no injusto de receptação simples, o legislador condicionou a punição à existência do dolo direto. Já no injusto qualificado, por tratar-se de crime mais grave, a lei cominou pena mais grave ao comerciante, ainda que o mesmo atue com dolo eventual. Isso, de nenhuma forma, quer dizer que o par. 1º deixa de incidir no caso do comerciante atuar com dolo direto, até porque, por princípio de direito, quem pune o mínimo, também pune o máximo.

Seria, na verdade, uma monstruosidade jurídica aplicar-se a pena do par.1º, quando o comerciante atuasse com dolo eventual, e a pena do caput (sensivelmente menor), quando o mesmo adquirisse o bem no exercício de atividade comercial, sabendo de sua origem ilícita (dolo direto).

Destarte, o "deve saber" não pode ser entendido como indicativo somente de dolo eventual, de dúvida ou incerteza, significando que a origem criminosa do objeto material ingressou na esfera de consciência do receptor, abrangendo o conhecimento pleno (sabe) ou parcial (dúvida ou desconfiança).

Pensar diferente e negar interpretação extensiva ao dispositivo seria o mesmo, por exemplo, que punir nas penas do art. 130 do CP quem mantém relações sexuais expondo a perigo de contágio e considerar atípico o fato, no caso de efetivo contágio, ou de punir a bigamia e deixar impune a trigamia, com o que chegaríamos ao final dos tempos.

Na doutrina, ao analisar o tema pertinente ao art. 180, par. 1º, do CP, temos a sempre lúcida lição de LUIZ REGIS PRADO, que ensina:

"A péssima redação da norma, aliada à interpretação literal, leva, de fato, ao entendimento preconizado por alguns de que a norma incriminadora não abrange a conduta de quem age com dolo direto. No entanto, a intenção do legislador foi de que não apenas o dolo direto como também o dolo eventual implicarão no reconhecimento do crime de receptação qualificada. No caso, o legislador disse menos do que queria expressar e deve-se buscar o espírito normativo, ampliando-se o alcance da expressão utilizada no tipo, aplicando-se, por conseguinte, a interpretação extensiva" (GN) (Curso de Direito Penal, vol. II, ed. RT, 2000, p. 605)"

E nem se diga, como pretendem alguns, que, em se tratando de norma penal incriminadora, veda-se a interpretação extensiva. Até porque, como bem lembra DAMÁSIO E. DE JESUS:

"Se é permitida a interpretação extensiva, constitui um erro a adoção da regra geral segundo a qual as normas penais incriminadoras devem ser interpretadas restritivamente, enquanto as permissivas se interpretam extensivamente. (...)

Os adágios apontados não podem servir de normas interpretativas, uma vez que constituiria um erro afirmar, a priori, que o resultado da interpretação deva ser restritivo, extensivo ou sempre favorável ao agente. Se a finalidade desta é apontar a vontade da lei, só depois do emprego de seus meios surgirá o resultado: extensivo, se aquela for extensiva; restritivo, se restritiva (..)" (Direito Penal, vol. I, Ed. Saraiva, 24ª Ed - 2001, pp. 42/43)"

Assim sendo, por todas as razões expostas, é de se concluir que a qualificadora narrada no par. 1º, do art. 180 do CP abrange não só a hipótese em que o agente atua com dolo eventual, como também, por interpretação extensiva, a situação em que a receptação comercial ou industrial é realizada com plena ciência da procedência delituosa da coisa.

CONCLUSÃO

A constitucionalização do direito penal, ao integrar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, representa uma importante evolução no sistema jurídico brasileiro. O estudo realizado demonstrou que, embora esses princípios não estejam explicitamente previstos na Constituição de 1988, sua aplicação é fundamental para garantir que o poder punitivo do Estado seja exercido de forma justa, equilibrada e em conformidade com os preceitos do Estado Democrático de Direito.

Ao longo deste trabalho, ficou evidente que a aplicação correta desses princípios não apenas promove uma punição mais equitativa e adequada aos delitos cometidos, mas também ajuda a evitar a perpetuação de desigualdades sociais por meio de decisões desproporcionais. A análise doutrinária e jurisprudencial reforça a importância de ponderar cuidadosamente os interesses conflitantes em cada caso concreto, preservando os direitos fundamentais enquanto se assegura a proteção efetiva dos bens jurídicos tutelados.

Ademais, a incorporação desses princípios à legislação penal se mostra não apenas desejável, mas necessária para a humanização e modernização do direito penal brasileiro. A observância da proporcionalidade e da razoabilidade permite a concretização de um sistema punitivo mais justo e eficiente, alinhado aos valores constitucionais. Em um contexto como o brasileiro, onde a busca por uma justiça penal mais equânime é uma demanda social urgente, essa aplicação se torna ainda mais relevante.

A pesquisa realizada evidenciou que, ao analisar o processo penal sob uma perspectiva constitucional, é possível evitar a imposição de sanções desproporcionais que violam os direitos fundamentais assegurados pela Constituição. A utilização desses princípios, fundamentada na teoria de Robert Alexy, oferece um caminho efetivo para equilibrar os direitos e garantias individuais em conflito com o interesse público na repressão de crimes.

Portanto, conclui-se que a constitucionalização do direito penal, ao incorporar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, desempenha um papel crucial na construção de um sistema penal mais justo e equilibrado. Essa integração não apenas contribui para a legitimidade do sistema de justiça criminal, mas também é essencial para a preservação dos direitos fundamentais, reforçando a necessidade de uma legislação penal cada vez mais alinhada com os valores constitucionais e voltada para a promoção de uma justiça eficaz e humanizada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: Theorie der Grundrechte.

BOTTO, Rodrigo. Necessária e já tardia constitucionalização do processo penal. Dotti e Advogados, 13 maio 2019. Disponível em: <https://dotti.adv.br/necessaria-e-ja-tardia-constitucionalizacao-do-processo-penal-2/>. Acesso em: 17 jun. 2024.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Constitución del Ecuador. Tradução do autor. Texto original em espanhol: "Art. 10. As pessoas, comunidades, povos, nacionalidades e coletividades são titulares e gozarão dos direitos garantidos pela Constituição e pelos instrumentos internacionais. A Natureza será sujeito daqueles direitos que a Constituição a ela reconhece". Disponível em: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2013.

GARGARELLA, Roberto. Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina. In: GARAVITO, César Rodríguez. *El derecho en la América Latina: um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 96.

Idem, p. 139.

JUSTEN, Hélio. Teoria Constitucionalista do Direito Penal. JusBrasil, 30 jan. 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/teoria-constitucionalista-do-direito-penal/681530627>. Acesso em: 17 jun. 2024. Manual de direito constitucional/Eduardo dos santos edição: 3

MASSON, Cleber. Direito Penal: Parte Geral. 17. ed. São Paulo: Método, 2023.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martinez. Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Gaceta Constitucional*, p. 318.

SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 299-304.

UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. In: GARAVITO, César Rodríguez. El derecho en la América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 109.

LEMES, Thiago de. O princípio da insignificância aplicado ao Direito Penal Militar dentro de uma visão humanística. Goiânia: Espaço Acadêmico, 2018.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. As três dimensões da proporcionalidade no direito penal. Palmas: Revista Esmart, 2014, p. 245 a 276.

DOTTI, René. Título X. A Cominação da Pena IN: DOTTI, René. Curso de Direito Penal - Parte Geral. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/curso-de-direito-penal-parte-geral/11969996200>. Acesso em: 10 de Outubro de 2024.