

## O princípio da proporcionalidade em Direito Penal e Direito Processual Penal

**Fernando Tadeu Marques\***

**Marcelle Agostinho Tasoko\*\***

**Resumo:** Este artigo analisa o princípio da proporcionalidade aplicado às áreas do Direito Penal e do Direito Processual Penal, bem como suas relações com os princípios da legalidade, da isonomia e da razoabilidade.

**Palavras-chave:** proporcionalidade; Direito Penal; Direito Processual Penal.

**Abstract:** This article analyzes the principle of proportionality applied to the areas of Criminal Law and Criminal Procedure Law, as well as its relations with the principles of legality, equality and reasonableness.

**Keywords:** proportionality; Criminal Law; Criminal Procedure Law.

Os princípios constitucionais atuam determinantemente para a efetivação de todo o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que operam como elemento norteador para aqueles que visam interpretar as normas de caráter constitucional e infraconstitucional. Neste sentido o princípio da proporcionalidade, sendo um princípio que pode ser empregado em sentido amplo, por vezes possui íntima relação com os outros, dentre os quais, destacam-se o princípio da legalidade, princípio da isonomia e o princípio da razoabilidade.

---

\* Professor, Assistente Jurídico no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no Gabinete do Desembargador Antônio Luiz Pires Neto, Advogado Criminalista (licenciado) e foi Defensor da Quinta Turma do Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados de São Paulo. Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Especialista pela Escola Paulista de Direito em Direito Público (Penal e Processo Penal), Especialista pela Faculdade Anchieta em Docência no Ensino Superior, Especializando em Educação e Aprendizagem em Ambientes Virtuais pela Universidade Cruzeiro do Sul. Bacharel em Direito pela Universidade Paulista. Atualmente é Coordenador Adjunto na Universidade Cruzeiro do Sul no Curso de Direito onde também ministra as disciplinas Direito Penal, Legislação Penal Especial, exerce atividade docente na Escola Paulista de Direito (EPD) na disciplina Direito Penal Médico no Curso de Pós-Graduação de Direito Médico e Hospitalar; no Complexo de Ensino Jurídico Andreucci / Proordem lecionando as disciplinas Direito Penal, Legislação Penal Especial, Direito Processual Penal.

\*\* Professora Universitária e Advogada atuante na área penal empresarial. Mestre em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica - PUC/SP. Pós-Graduada lato sensu pela Universidade Presbiteriana Mackenzie em Direito Penal e Processual Penal e graduação em Direito pela Universidade Paulista - Unip. Ministra aulas no Curso de Direito da Universidade Cruzeiro do Sul nas disciplinas Direito Penal, Processo Penal e Prática Jurídica Penal. No Curso Andreucci e no Curso Ápice ministra aulas na disciplina Direito Processual Penal.

De fato é possível localizar o início dos debates sobre a proporcionalidade frente aos abusos do poder estatal, sobre a proporcionalidade no direito penal, como limite ao *ius puniendi* do Estado por volta do século XVIII. Importantes contribuições foram oferecidas por diversos pensadores, para o crescimento da ideia da necessidade de proporcionalidade no que tange ao direito penal, processual penal e outros ramos do direito, como a oferecida por Montesquieu, em sua obra mais conhecida, qual seja, *De l'esprit des lois*, sendo o primeiro trabalho que tratou, especificamente e de forma direta, da relação de necessária proporcionalidade entre crimes e penas.

Nesse trabalho, Montesquieu ressaltava a necessidade de que as penas fossem fixas, pois em sentido contrário o julgamento seria conforme a vontade e a satisfação dos caprichos do julgador de forma arbitrária. Ressaltou ainda a necessidade de penas não tão excessivas, severas; visando a prevenção e não somente a repressão.

Além da obra citada anteriormente de Montesquieu, houve uma grande contribuição, tida como referência histórica para a ideia da proporcionalidade entre infração e sanção penal, escrita por Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria.

Para o princípio em questão, de maneira especial, nesse trabalho foram dados os primeiros passos no sentido de identificar, a medida em que determinada conduta merece ser classificada como delituosa, assim como algumas hipóteses em que as penas tornam-se inidôneas para prevenir futuras infrações e, por fim alguns critérios para se aferir qual pena merece cada delito, de maneira que não pode ser ignorado quando se trata de definir os principais antecedentes históricos desta garantia constitucional.

### **Conceito e seus fundamentos**

De início, se faz mister algumas considerações quanto ao princípio da proporcionalidade, no que tange ao seu próprio significado.

Faz-se necessário assinalar que o princípio da proporcionalidade não está expresso na Constituição da República Federativa de nosso Estado. Trata-se de um princípio que pode ser denominado de implícito, tamanha a sua importância na estrutura do ordenamento jurídico.

Luiz Regis Prado, em um de seus grandes ensinamentos, afirmou:

Desse modo, no tocante à proporcionalidade entre os delitos e as penas (poena debet commensurari delicto), salienta-se que deve existir sempre uma medida de justo equilíbrio – abstrata (legislador) e concreta (juiz) – entre a gravidade do fato ilícito praticado, do injusto penal (desvalor da ação e desvalor do resultado), e a pena cominada ou imposta. Em suma, a pena deve estar proporcionada ou adequada à intensidade ou magnitude da lesão ao bem jurídico representado pelo delito e a medida de segurança à periculosidade criminal do agente.<sup>1</sup>

Embora sua origem remonte à antiguidade, conforme visto no item anterior foi com o Iluminismo, mais especificamente após a obra de Cesare Bonesana, conhecido também como Marquês de Beccaria, que o princípio da Proporcionalidade se destacou como um verdadeiro pressuposto pena, conforme acentua a seguir em um de seus pensamentos:

Não somente é interesse de todos que não se cometam delitos, como também que estes sejam mais raros proporcionalmente ao mal que causem à sociedade. Portanto, mais fortes devem ser os obstáculos que afastam os homens dos crimes, quando são contrários ao bem público e na medida dos impulsos que os levam a delinqüir. Deve haver, pois proporção entre os delitos e as penas.<sup>2</sup>

A partir de então, e inserida nesse contexto, visando a busca de um direito mais justo encontramos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1795 estabelecimento expresso do princípio da proporcionalidade, entre a gravidade do crime praticado e a sanção a ser aplicada, em seu artigo 12 que dizia: “*a lei deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito*”.

Muito embora o princípio da proporcionalidade não esteja expressamente previsto em nossa Constituição da República Federativa do Brasil, ele encontra assento na imperativa exigência de respeito à dignidade humana, sendo clara sua presença em diversas outras passagens no documento constitucional, quando determina a individualização da pena (artigo 5º. XLVI, C.F.) e exige maior rigor para casos específicos, de maior gravidade (artigo 5º. XLII, XLIII e XLIV, C.F.) e como forma de moderação criam os juizados especiais destinando tratamento diferenciado para as infrações de menor potencial ofensivo (artigo 98, I, C.F.).

Como exemplo, apontado anteriormente, a individualização da pena, quer seja na esfera abstrata, com a cominação da pena prevista pelas infrações penais onde o legislador oportunamente pode estabelecer quantidades mínimas e máximas podendo

---

<sup>1</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, Vol. 1 - Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 141.

<sup>2</sup> BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 37.

ainda permitir atenuações ou agravamentos em determinadas circunstâncias, ou quer seja no plano concreto, com a efetiva aplicação da norma pelo magistrado vislumbre-se com clareza, a oportunidade de aplicação do princípio da proporcionalidade.

Entretanto ainda que não formulado como norma jurídica expressa, o mesmo foi do espírito que anima e em toda a sua extensão e profundidade o § 2º do artigo 5º. O qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição da República da Federativa do Brasil, mais especificamente aqueles direitos e garantias, fundados da própria natureza do regime, da essência impostergável do Estado Democrático de Direito e dos princípios que consagram e tornam inviolável a nossa Constituição.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt:

O campo de abrangência, e por que não dizer de influência do princípio da proporcionalidade, vai além da simples confrontação das conseqüências que podem advir da aplicação de leis que não observam dito princípio. Na verdade modernamente a aplicação deste princípio atinge inclusive o exercício imoderado de poder, inclusive do próprio poder legislativo no ato de legislar. Não se trata, evidentemente, de questionar a motivação interna da voluntas legislatoris, e tampouco de perquerir a finalidade da lei, que é função privativa do Parlamento.<sup>3</sup>

Seguindo o pensamento do autor, ocorre, em verdade que com o passar dos tempos, de fato constatamos que o uso abusivo de fazer leis, por vezes sem maiores critérios, revela ambiguidades, contradições e incongruências e falta de razoabilidade, por conseguinte cominando aos documentos legais vícios de inconstitucionalidade.

Conforme o magistério do Ministro Gilmar Mendes:

a doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso, que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins. No Direito Constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade ou ao princípio da proibição de excesso qualidade de norma constitucional não escrita, derivada do Estado de Direito.<sup>4</sup>

O princípio da proporcionalidade determina que a pena não pode ser superior ao grau de responsabilidade pela prática do fato. Desta forma significa que a pena deve ser medida pela culpabilidade do autor. Daí dizer-se que a culpabilidade é a medida da pena.

---

<sup>3</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, volume 1: parte geral. São Paulo: Saraiva, p. 25.

<sup>4</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 47.

Com um entendimento crítico e reflexivo o autor Rogério Greco contribui ao dizer:

No que diz respeito especificamente à proporcionalidade em concreto, ou seja, aquela levada a efeito pelo juiz, sua aferição não é tão tormentosa quanto aquela que deve ser realizada no plano abstrato. Isto porque o artigo 68 do Código Penal, ao implementar o critério trifásico de aplicação de pena, ofereceu ao julgador meios para que pudesse, no caso concreto, individualizar a pena do agente, encontrando, com isso, aquela proporcional ao fato por ele cometido. Assim, por exemplo, se depois analisar, isoladamente, as circunstâncias judiciais, o juiz concluir que todas são favoráveis ao agente, jamais poderá determinar a pena-base na quantidade máxima cominada ao delito por ele cometido, o que levaria, ao final de todas as três fases, a aplicar uma pena desproporcional ao fato praticado.<sup>5</sup>

Quanto ao seu fundamento jurídico diversas são as teses sobre a sua natureza: desta forma alguns estudiosos orientam que: o princípio da proporcionalidade é corolário do princípio do estado de Direito, constante do artigo 1º. *caput*, da Constituição Federal; para outros estaria inferido de outros princípios que lhe são afins, notadamente o do princípio da igualdade; e decorreria essencialmente dos direitos fundamentais; ou ainda seria derivado do princípio do devido processo legal; e em última instância seria um princípio constitucional independente, o que não deriva e tão pouco depende de qualquer outro princípio.

### **Princípio da proporcionalidade e a razoabilidade em sede de Direito Penal e Processual Penal**

Tratando-se de matéria de natureza penal a exigência da proporcionalidade deve ser mais acentuada, determinada mediante um juízo de ponderação entre a carga coativa da pena e o fim perseguido pela cominação penal.

Assim, Luiz Regis Prado consigna dizendo:

O princípio da proporcionalidade (*poena debet commensurari delicto*), em sentido estrito, exige um liame axiológico e, portanto, graduável, entre o fato praticado e a cominação legal/conseqüência jurídica, ficando evidente a proibição de qualquer excesso.<sup>6</sup>

Para Cezar Roberto Bitencourt contribui:

---

<sup>5</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 78.

<sup>6</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 140.

O princípio da proporcionalidade não é outra coisa senão uma concordância material entre ação e reação, causa e consequência jurídico-penal, constituindo parte do postulado de Justiça: ninguém pode ser incomodado ou lesionado em seus direitos com medidas jurídicas desproporcionadas.<sup>7</sup>

Operando-se por esse raciocínio no campo do Direito Penal, pode-se afirmar que o mandato de proporcionalidade implica um juízo lógico ou ponderado que compara por sua vez, voluntariamente, a gravidade do fato antijurídico e a gravidade da pena, traduzindo-se na entidade do justo e a de sua punição. Tornando-se a proporção uma verdadeira condição da legalidade.

A autora Flávia D'Urso descreve a importância do juiz, ao buscar um processo justo atendendo os primados da proporcionalidade enquanto princípio constitucional de direito penal, ao interpretar as normas e o caso concreto:

Considerou-se, alhures, que a tensão no conflito da liberdade e da segurança social insere-se em cenário jurídico no qual é estabelecida a primazia da dignidade humana na hierarquia da hermenêutica constitucional a solucioná-la. Nessa resolução dos conflitos judiciais decorrentes dessa inevitável ponderação de bens exsurge a máxima da proporcionalidade no intuito mesmo de limitar a restrição de eventuais direitos individuais, na apreciação do caso concreto. A norma que permite a invasão a esses direitos individuais deve ser interpretada. O caráter concretizante da hermenêutica constitucional, bem como do processo penal na efetivação da justiça material, que alia princípios constitucionais de caráter normativo à realidade, demanda do juiz criminal nas suas decisões uma interpretação construtiva da lei para que, nos conflitos e nas restrições a direitos fundamentais, permaneça intocado o núcleo essencial desses direitos, qual seja, a dignidade da pessoa humana.<sup>8</sup>

Cabe aqui ressaltar, também, que não são raras em nossa legislação, as ofensas ao princípio da proporcionalidade. O que ocorre com a sanção penal impelida aos tipos penais dos artigos 376 e 317, ambos do Código Penal Brasileiro. Com o advento da Lei 10.763 em 12 de Novembro de 2.003, que resultou no aumento de pena do crime previsto no artigo 317, delito de corrupção passiva, elevada a pena máxima de oito para doze anos. Ocorre que, não foi providenciada qualquer alteração no crime considerado mais grave, constante do artigo 316, delito de concussão, continuando este com a pena máxima de oito anos. Assim, após a alteração anteriormente comentada, passamos a ter um crime mais grave punido com pena menos gravosa.

---

<sup>7</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 26.

<sup>8</sup> D'URSO, Flávia. *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 93 e 94.

No mesmo sentido a autora Cristiane Dupret colabora e ilustra dizendo:

Podemos citar como exemplos de ofensa ao referido princípio: a pena cominada para a lesão culposa na direção de veículo automotor que é mais grave que a pena da lesão leve dolosa do CP: art. 129, caput; a igualdade de penas entre o crime de estupro(art. 213) e atentado violento ao pudor (art.214), pois entre ‘ atos libidinosos diversos da conjunção carnal’ é certo que encontraremos atos dotados de igual ou maior gravidade que a conjunção carnal, como é o caso do coito anal, mas é certo também que encontraremos atos dotados de gravidade muito menor, cuja pena mínima também será de 6 anos; outro exemplo é a previsão do crime de estupro no CPM com pena menor que a prevista no CP.<sup>9</sup>

Por fim, diante de uma análise primária o operador do direito pode crer que há identidade entre proporcionalidade e a razoabilidade, como um mesmo instrumento limitador do poder estatal, diferenciando-se apenas por se tratarem, de construções de sistemas constitucionais distintos. Muito embora estejam ligados intimamente, os princípios da proporcionalidade e princípio da razoabilidade não se confundem, ainda que por vezes se utilizem do termo razoabilidade para identificar o princípio da proporcionalidade ambos possuem origens bem distintas. O princípio da razoabilidade é fruto da construção jurisprudencial norte-americana, enquanto o princípio da proporcionalidade tem origem germânica.

### **Considerações finais**

Com o presente artigo, não se pretende esgotar a discussão sobre o tema em questão, apresentando de forma sintética, porém estruturante e objetiva, uma explanação sobre o princípio da proporcionalidade.

Salienta-se que ninguém poderá esgotar a matéria proposta, uma vez que esta se constrói diariamente, ora por meio da jurisprudência, ora por meio da doutrina. Assim, os apontamentos e considerações deste texto deverão ser entendidos como um mero passo para uma jornada sem fim.

O princípio da proporcionalidade pode ser considerado, de forma inequívoca, o mais importante mecanismo de proteção eficaz da liberdade na ordem constitucional nos dias atuais, frente ao Poder Estatal, no que tange a matéria de direitos fundamentais.

Desta forma, o princípio da proporcionalidade, quer seja na seara do direito penal ou do direito processual penal se aplica não somente à criação da lei, onde o

---

<sup>9</sup> DUPRET, Cristiane. *Manual de direito penal: parte geral e especial*. Niterói: Impetus, 2008, p. 48.

princípio é dirigido ao Poder Legislativo, mas também à aplicação da lei, no que tange o princípio direcionado ao Poder Judiciário. Sendo como certa a consequência da violação de tal princípio basilar, em qualquer dos ramos do direito, restando certa a possibilidade de sustentação de nulidade do ato jurídico ou a inconstitucionalidade da lei aprovada pelo Poder Legislativo, buscando socorro junto ao Supremo Tribunal Federal, como legítimo guardião da Constituição da República Federativa do Brasil. Conforme Cesare Bonesana:

Interesse de todos não é somente que se cometam poucos crimes, mais ainda que os delitos mais funestos à sociedade sejam os mais raros. Os meios que a legislação emprega para impedir os crimes devem, pois, ser mais fortes à medida que o delito é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais comum. Deve, pois, haver uma proporção entre os delitos e as penas. Se o prazer e a dor são os dois grandes motores dos seres sensíveis; se, entre os motivos que determinam os homens em todas as suas ações, o supremo Legislador colocou como os mais poderosos as recompensas e as penas; se dois crimes que atingem desigualmente a sociedade recebem o mesmo castigo, o homem inclinado ao crime, não tendo que temer uma pena maior para o crime mais monstruoso, decidir-se-á mais facilmente pelo delito que lhe seja mais vantajoso; e a distribuição desigual das penas produzirá a contradição, tão notória quando freqüente, de que as leis terão de punir os crimes que tiveram feito nascer.<sup>10</sup>

Por fim, encontramos nas sábias palavras ditas por Cesare Bonesana, do Marquês de Beccaria, o ponto de equilíbrio e reflexão que necessariamente nos levará de encontro à essência do princípio da proporcionalidade.

### **Bibliografia:**

- BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DUPRET, Cristiane. *Manual de direito penal: parte geral e especial*. Niterói: Impetus, 2008.
- D'URSO, Flávia. *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2007.
- FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.
- GARCIA, Basileu *Instituições de Direito Penal*. São Paulo: Max Limonad, 1976.

---

<sup>10</sup> BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 47.



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

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, São Paulo: Saraiva 2004.

PALAZZO, Francesco Carlo. *Valores constitucionais e direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.