



7

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO LIMITE PENAL

Michael Schneider Flach*

Resumo: Considerando-se que a intervenção penal está sujeita a requisitos, pretende-se aqui verificar de que forma o princípio da proporcionalidade e seus vetores (*adequação, necessidade e estrita proporção*) incidem como ferramenta limitadora da matéria penal, à luz da variável da “proibição do excesso”.

Palavras chave: Princípio da Proporcionalidade – Proibição do Excesso – Direito Penal e Constituição.

Sumário: 1. Subprincípio da Adequação; 2. Subprincípio da Necessidade; 3. Subprincípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito.

A ideia de “proporcionalidade” não se constitui em algo recente nos sistemas. Aristóteles já aludia a necessidade de proporção, ao defender uma justiça equitativa.¹ A Carta Magna de 1215 determinava o dever de proporcionalidade entre pena e delito.² Igualmente, na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 estabelecia que a lei só podia

* Especialista em Direito Penal Contemporâneo (UNISINOS), Mestre em Ciências Criminais (PUC-RS), Promotor de Justiça/RS

¹ ARISTÓTELES, “Ética a Nicômano”, Livro V, São Paulo: Abril Cultural, 1996, p. 212-3.

² GUERRA FILHO, Willis, “Princípio da Proporcionalidade e o Devido Processo Legal”, in *Interpretação Constitucional*, Org.: SILVA, Virgílio Afonso da, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 255-6, anota que a Carta inglesa de 1215 estabelecia que: “O Homem livre não deve ser punido por um delito menor, senão na medida desse delito, e por um grave delito ele deve ser punido de acordo com a gravidade do delito”.





proibir as ações nocivas e com as penas necessárias.³ Diretivas essas que constam do “Bill of Rights” da Constituição dos Estados Unidos.⁴

Em termos penais, Beccaria já defendia que “tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade” que conferem. Então, para que a sanção produza efeito, “basta que o mal que ela inflige exceda o bem que nasce do delito”, calculando-se “a infalibilidade da pena e a perda do bem que o crime deveria produzir”. Assim, deve haver “proporção entre os delitos e as penas”.⁵

Por sua vez, foi na antiga Prússia que, em 1791, Svarez propôs, como princípio basilar do direito público, que a limitação das liberdades pelo Estado só se realizasse na medida necessária à liberdade e à segurança dos demais. Em 1802, Von Berg utilizou o termo “proporcional” para mensurar tal tipo de limitação, em virtude do poder de polícia. Mas, com apoio em Mayer, foi Wolzendorff quem denominou de “princípio da proporcionalidade” o tipo de “proposição de validade geral”, o qual proíbe que a força policial vá além do “necessário e exigível para a consecução de sua finalidade”.⁶

Por sua importância, tal princípio está insculpido no art. 112.1 da Constituição europeia, prevendo que, qualquer limitação de direitos e liberdades nela reconhecidos, não pode violar o conteúdo essencial desses e deverá respeitar a proporcionalidade. Só podendo ocorrer por lei, quando se revelar idônea e necessária para a proteção dos direitos, das liberdades e dos objetivos gerais reconhecidos pela União Europeia.⁷

Outrossim, embora possível identificar pontos de contato, a *proporcionalidade* não se traduz num sinônimo de *razoabilidade*.⁸ Da mesma

³ LYRA, Roberto, “Direito Penal Normativo”, Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1975, p. 8, transcreve: “Art. VIII – A lei não deve estabelecer senão as penas estrita e evidentemente necessárias [...]”.

⁴ ROCHA, Luiz Otavio de Oliveira, “O Princípio de Proporcionalidade como Instrumento de Controle Constitucional das Normas Penais”, *Revista dos Tribunais*, ano 89, v. 772, p. 467-8, fev. 2000, cita que a *Bill of Rights* da Carta Norte Americana de 1787 proíbe a imposição de multas e penas excessivas e excepcionais. E que sua Suprema Corte decidiu em 1892 que estarem vedadas as punições desproporcionais às ofensas.

⁵ BECCARIA, Césare, “Dos Delitos e das Penas”, 2ª ed., Trad. José Cretella Jr. et al., São Paulo: RT, 1999, p. 28, 37 e 88, explica ainda, que “Não somente é interesse de todos que não se cometam delitos, como também que estes sejam mais raros proporcionalmente ao mal que causam à sociedade”.

⁶ GUERRA FILHO, op. cit., 2005, p. 256-7.

⁷ CALLEJÓN, Francisco Balaguer, “La Configuración Normativa de Principios y Derechos Constitucionales en la Constitución Europea”, in “Jurisdição e Direitos Fundamentais”, v. 1, tomo I, Org. SARLET, Ingo Wolfgang, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 324. Ver também, HÄBERLE, Peter, “Aspectos de Uma Teoria Constitucional para a Europa”, idem, p. 335 e ss.

⁸ Ver BARROSO, Luis Roberto, “Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Constitucional”, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 6, nº 23, p. 65-78, abr./jun.1998.





O princípio da proporcionalidade como limite penal

forma, aquela será tratada aqui como um *princípio*, e não como uma *regra*. Nesse sentido, Alexy explica que a distinção entre regras e princípios constituem-se em elemento basilar para a teoria dos direitos fundamentais. Podendo, a partir disso, ser verificados, de forma mais apta, os problemas tocantes às restrições, colisões e funções de tais direitos na ordem jurídica.⁹

Conforme Alexy, princípios são “mandados de otimização” que se constituem em normas, as quais determinam que algo seja realizado na maior medida possível, caracterizando-se por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida para a sua satisfação devida depende tanto das possibilidades fáticas, como das jurídicas, sendo estas determinadas pelos princípios e pelas regras colidentes.¹⁰

Para Zagrebelski, os princípios são normas de relevante conteúdo, os quais possuem valor próprio, orientam posições, dirimem conflitos e são dotados de uma força diretiva que é ainda mais vinculante quando eles estão abrigados na Constituição. Expressam, pois, importantes conceitos, como liberdade, igualdade, dignidade, justiça, etc., sendo incluso vocacionados para desempenhar o mesmo papel que os axiomas.¹¹

Assim, observa-se que pelo seu relevo os princípios estão incorporados ao sistema, usufruindo de força normativa. Também, a sua conexão constitucional confere-lhe funções fundamentadora, informadora e crítica; inclusive em termos de invalidar os preceitos que conflitem com a Constituição, seja ao figurarem de forma expressa nela ou derivarem implicitamente do seu conteúdo, como ocorre com os princípios penais.¹²

Entretanto, os princípios não estão submetidos a uma hierarquia rígida, o que implicaria a anulação do menor em favor do mais elevado nos casos de colisão, quando o que deve ocorrer é a prudente ponderação entre os valores envolvidos, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Para a solução de tais conflitos, é que incidirá a proporcionalidade. Aqui, segundo Alexy, a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e vice-versa. Ou seja, os vetores da *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito* decorrem logicamente da natureza dos princípios.¹³

⁹ ALEXY, Robert, “Teoría de Los Derechos Fundamentales”, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 81.

¹⁰ ALEXY, op. cit., p. 86.

¹¹ ZAGREBELSKI, Gustavo, “El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia”, 8ª ed., Trad. Marina Gascón, Madrid: Trotta, 2008, p. 117-8 e 124, anotando que os princípios não são um *plus* acessório às regras.

¹² SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Olga, “Los Principios en el Derecho y la Dogmática Penal”, Madrid: Dikson, 2004, p. 84-9, citando o caso da proporcionalidade, reconhecida pelo TCE como inerente ao valor justiça.

¹³ ALEXY, op. cit., 111-2; e ZAGREBELSKI, op. cit., p. 124-5.





Por conta disso, a proporcionalidade “busca otimizar a proteção aos bens jurídicos em confronto, evitando o sacrifício desnecessário ou exagerado de um deles em proveito da tutela do outro”. De onde, advém a sua capital importância na ordem dos direitos fundamentais, como fórmula limitadora de medidas que restrinjam tais direitos, realizada por via de uma justa ponderação entre os interesses em pauta, na qual esse princípio orientará as ações devidas, atento a certas particularidades.¹⁴

Desse modo, como a limitação de um direito justifica-se pela necessidade de preservar outros, ainda que de forma indireta, o exame da proporcionalidade demanda pesquisar a correspondência entre meios e fins da intervenção. Então, será analisado se a finalidade da intervenção na área de proteção é constitucionalmente permitida, bem como se os meios utilizados para tantos são idôneos, necessários e proporcionais.¹⁵

Porém, como o Estado é responsável pela eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, tanto nas obrigações negativas, como nas dimensões prestacionais, seja por ações ou por omissões, a proporcionalidade deve ser examinada na sua dupla face. Assim, a violação desse princípio pode decorrer tanto de atos estatais demasiados que restrinjam as liberdades, como de deficiências por parte do poder público – ao não disponibilizar meios eficientes para a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos.¹⁶

Para tanto, o princípio da proporcionalidade irá operar como um dos principais critérios de controle da atividade estatal em relação aos direitos fundamentais, mormente ao conduzir o legislador ao exercício das suas atribuições de ordem constitucional, para configurar, consolidar ou restringir o conteúdo de tais direitos.¹⁷ Aqui, será avaliado em que medida o Estado pode e deve intervir na liberdade do indivíduo, para fazê-la compatível com o exercício da liberdade alheia e a consecução dos objetivos sociais do bem comum. Nessa etapa, ingressará a ação do legislador, para moldar e restringir os direitos fundamentais, só que de forma limitada, na medida em que o sacrifício dos direitos não pode ir mais além do necessário para os objetivos maiores perseguidos por tal intervenção, pautada pelos limites da proporcionalidade.¹⁸

¹⁴ SARMENTO, Daniel, “Colisões entre Direitos Fundamentais e Interesses Públicos”, in *Jurisdição e Direitos Fundamentais*, v. 1, tomo II, Org. SARLET, Ingo, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 62.

¹⁵ DIMOULIS, Dimitri, “Elementos e Problemas da Dogmática dos Direitos Fundamentais”, in *Jurisdição e Direitos Fundamentais*, op. cit., 2006, p. 90-2.

¹⁶ FREITAS, Juarez, “O Estado, a Responsabilidade Extracontratual e o Princípio da Proporcionalidade”, in *Jurisdição e Direitos Fundamentais*, op. cit., v. 1, tomo I, 2005, p. 180-2. Ver também MICHELMANN, Frank I, “A Constituição, os Direitos Sociais e a Justificativa Política Liberal”, idem, p. 131-55.

¹⁷ LOPERA MESA, “Principio de Proporcionalidad y Ley Penal”, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 45-8.

¹⁸ BERNAL PULIDO, Carlos, “*El Principio de la Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*”, 3ª ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 52-32.





O princípio da proporcionalidade como limite penal

Portanto, a aferição da constitucionalidade da lei, em face do citado princípio, “contempla os próprios limites do poder de conformação outorgado ao legislador”. Pois, quando se trata de impor “restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada”, mas também sobre a compatibilidade desta, frente ao princípio da proporcionalidade.¹⁹

Assim, em face do caráter principiológico das normas dos direitos fundamentais, resulta que tanto tais direitos são passíveis de restrição, como que as restrições podem sofrer limitações. Contudo, qualquer tipo de intervenção nos direitos fundamentais deve estar em conformidade com a Constituição, valer-se de meios e de fins legítimos, bem como observar que tais medidas sejam idôneas, necessárias e proporcionais.²⁰

Ocorre que, como a legitimação do Estado advém da garantia das liberdades em geral, resulta que certas normas restritivas deste valor encontram justificativa na sua funcionalidade, por propiciarem mais liberdade em relação a aquela que sacrificam. Nesta equação, incidirá a proporcionalidade como um princípio democrático de direito que compara as perdas e os ganhos gerados por tais instrumentos, tendo em conta os objetivos do sistema de otimizar os direitos fundamentais do indivíduo e da sociedade.²¹

zEm função desse caráter duplo, resulta um tipo de ônus que impõe parâmetros mínimos e máximos à esfera de liberdade do legislador, por via do qual ele encontra-se obrigado a se valer de medidas apropriadas e proibido de usar meios desproporcionais. Igualmente, tal ônus tem efeito sobre todo o aparelho estatal, como uma condição de legalidade, de onde seus atos devem enquadrar-se na moldura da proporcionalidade.²²

Dentro dessa missão, o legislador dispõe de considerável poder para configurar os bens penalmente protegidos, as condutas proibidas e cominar as devidas sanções. Ainda assim, está sujeito ao controle de constitucionalidade da norma, para verificar se o bem e os fins de tutela são relevantes para o intervento, se a medida prevista é apta para atingir seu objetivo, se era

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, “Curso de Direito Constitucional”, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 330-1.

²⁰ BARROS, Suzana de Toledo, “O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais”, Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 156; e MARTINS, Leonardo, “Proporcionalidade como Critério de Controle da Constitucionalidade (Problemas de sua Recepção pelo Direito e Jurisdição Constitucional Brasileiros)”, Revista da Ajuris, ano 33, nº 101, p. 203-22; março 2006.

²¹ LASCURÁIN SÁNCHEZ, “La Proporcionalidad de La Norma Penal”, *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, CEIP, ano 1, nº 0, maio/ago. 2000, p. 223.

²² BONAVIDES, Paulo, “Curso de Direito Constitucional”, 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 398.





necessária e não existia outra de equivalente eficácia e menor rigor, e se a pena é proporcional face aos benefícios e às restrições que gera.²³

Para tanto, desde a elaboração das normas até a sua aplicação, os poderes estatais devem pautar-se pela Constituição, a sua ordem de princípios e a máxima da proporcionalidade. Ainda, devem observar que este postulado possui dimensão dupla, operando não só como uma defesa frente aos atos abusivos dos entes públicos, mas também como uma imposição para que o Estado honre os seus deveres de tutela.²⁴

1 Subprincípio da adequação

De acordo com o subprincípio da adequação, um método é considerado como adequado quando, por meio do seu uso, é possível atingir o resultado que se pretenda. No caso, é examinado se, apesar das limitações a um direito fundamental, tal forma figura como útil, idônea e apropriada para desencadear o fim almejado, na medida em que a afetação desvantajosa de direito fundamental somente é aceitável se e quando justificada pela produção de um resultado socialmente desejado e positivo.²⁵

Assim, a exigência de conformidade pressupõe investigar e demonstrar que o ato do “poder público é *apto* para e *conforme* os fins” que justificam a sua adoção, vindo a “controlar a *relação de adequação medida-fim*”.²⁶ Aqui, dois são os pressupostos da intervenção: a incidência do fim constitucionalmente legítimo e a adequação do meio para obtê-lo.²⁷ De modo que o instrumento eleito deve possuir a idoneidade capaz para atingir a finalidade lícita pretendida, consistente em realizar o interesse público maior. De onde, se com tal intervenção adveio o êxito desejado, figura que o meio é idôneo.²⁸

²³ MATA BARRANCO, N. J. de la, “El Principio de Proporcionalidad Penal”, Valência: Tirant B. 2007, p. 56.

²⁴ FLACH, Michael S., “As Duas Faces do Princípio da Proporcionalidade e as Normas Penais: Entre a Proibição do Excesso e a Proibição da Proteção Deficiente”, Dissertação Mestrado, Porto Alegre: PUC, 2009.

²⁵ STEINMETZ, Wilson Antônio, “Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade”, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 149-50; e FREITAS, Luiz Fernando Calil, “Direitos Fundamentais. Limites e Restrições”, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 208.

²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7ª ed., 2003, Coimbra: Almedina, p. 269-70.

²⁷ PACHECO, Denilson, “O Princípio da Proporcionalidade no Direito Processual Brasileiro”, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 153, ÁVILA, Humberto, “Teoria dos Princípios”, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 152.

²⁸ FELDENS, Luciano, “A Constituição Penal. A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle das Normas Penais”, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 162.





O princípio da proporcionalidade como limite penal

No campo penal, é preciso que a medida seja dirigida à tutela de determinado bem jurídico, cuja incriminação seja capaz de protegê-lo efetivamente na forma em que se propõe e atendendo a determinados requisitos. No caso, primeiramente, cumpre observar que o direito penal não está voltado à proteção de valores éticos, morais ou ideológicos. Mas, sim, é um instrumento de controle social, destinado a tutelar objetos de considerável relevo e reconhecidos pela coletividade, por meio de normas que sejam idôneas a conformar a conduta dos indivíduos e a evitar a ofensa a tais bens, de modo a legitimar esta intervenção e os efeitos restritivos gerados por ela e pela sanção.²⁹

A idoneidade representa uma relação de adequação entre o meio e a finalidade da medida penal a ser empregada, quanto à restrição e à tutela do bem jurídico eleito. Beccaria já apontava o valor da idoneidade, ao arguir que a pena deveria ser útil ao fim pretendido, impedindo que o réu cause novos danos e demovendo outros disto, o que poderia ser atingido se as leis fossem claras e inexoráveis, a pena infalível, célere e não cruel, bem como fossem estas o mais adequadas possível ao tipo de delito cometido.³⁰

Conforme Correa, nos idos atuais a primeira referência a idoneidade da pena fora lançada por Liszt e aprofundada por Mayer, quando condiciona à intervenção penal a exigência de que o bem jurídico seja merecedor, necessitado e capaz de proteção. Então, a contar da capacidade (mas não só dela), parte-se rumo à adequação do meio penal que incidirá quando seja minimamente eficaz e idôneo para prevenir o delito.³¹

Os mecanismos penais devem ser conduzidos exclusivamente à tutela de um bem jurídico, o qual deve ter legitimidade constitucional, relevância social e capacidade de ser protegido. Além de estar de acordo com os objetivos próprios do sistema penal, pois, caso não guarde relação de pertinência e de aptidão para lograr seus fins, resta desprovido da roupagem necessária à sua justificação, sendo, então, inadequado.³²

Afinal, na medida em que o objetivo maior do direito penal é a proteção de bens jurídicos seletos, as normas e as sanções, em face dos delitos que afetam tais objetos, devem ser adequadas para atingir aquele resultado. De modo que tanto a incriminação de uma conduta, como a consequência jurídica que se

²⁹ PALIERO, Carlo Enrico, 1990, p. 436, *apud* GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, “O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal”, São Paulo: RT, 2003, p. 127.

³⁰ BECCARIA, *op. cit.*, p. 51-2, 71-2, 87-8, 128-9 e 137, entende que as penas cruéis não seriam idôneas.

³¹ AGUADO CORREA, Teresa, “El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal”, Madrid: Edersa, 1999, p. 151-4. V. LISZT, Franz von, “Tratado de Direito Penal”, T. 1, Trad.: José Pereira, Campinas: Russel, 2003.

³² MATA BARRANCO, *op. cit.*, p. 150; e CORREIA, Belize Câmara, “O Controle da Constitucionalidade dos Tipos Penais Incriminadores à Luz da Proporcionalidade”, Porto Alegre: SAFE, 2009, p. 93.





Michael Schneider Flach

impõe por sua ocorrência, sejam idôneas para justificar a restrição daí advinda, logrando os efeitos frente aos quais se fundamentam e minimizando o patamar de violência, seja ela individual ou estatal.³³

Assim, a lei penal está direcionada às condutas que coloquem em perigo ou lesionem o bem jurídico, não se justificando a intervenção criminal caso tal método mostrar-se inoperante, ineficiente, inadequado ou contraproducente para a proteção que almeja,³⁴ bem como quando careça da mínima “instrumentabilidade preventiva ou a estabeleça de forma tão rudimentar” que não supere a barreira da adequação.³⁵

Igualmente, não se poderá cominar qualquer tipo de sanção, mas, sim, uma que seja qualitativamente adequada, já que se pretende lograr o máximo de liberdade com o mínimo de restrição possível.³⁶ De modo que não é o agravamento dos meios e das penas que irá conferir mais idoneidade à proteção ambicionada, a qual também poderá ser atingida por outros métodos pertinentes, mas menos rigorosos que o direito penal.³⁷

Com efeito, aqui deve ser observado em que medida a incriminação específica será apta para tutelar o bem jurídico, considerando-se ainda que tal meio não é o único, já que o sistema dispõe de outras formas de proteção. Igualmente, tais considerações deverão ser inseridas num contexto mais amplo, ponderando os diversos interesses envolvidos – com a funcionalidade e a justiça da intervenção punitiva –, e refletindo ainda sobre as demais técnicas e funções de outros setores do sistema, além do penal. Então, se, além de não se apresentarem como as mais idôneas, as vias criminalizadoras ainda comprometerem outros valores de similar quilate constitucional, tal modelo deve ceder em favor de um outro que propicie maior proteção, com menores restrições.³⁸

Portanto, não apenas outros métodos protetivos podem figurar como idôneos para a defesa do bem em questão, como pode ocorrer que a eficácia preventiva do meio penal seja dúbia a tal ponto que esteja legitimada a sua renúncia, pela verificação empírica de que comporta custos superiores aos benefícios que ela poderia gerar. Dessa forma, nas situações em que a incriminação não logra propiciar a tutela que pretendia, tal se torna inefetiva, na medida em que a sua eficácia está ligada à própria efetividade e o uso do direito penal à sua capacidade de tutelar o bem jurídico eleito.³⁹

³³ MATA BARRANCO, op. cit., p. 148-50; inclusive remetendo ao escólio de Pedraz Peñalva.

³⁴ AGUADO CORREA, op. cit., p. 152-4.

³⁵ CORREIA, op. cit., p. 95.

³⁶ CARBONELL MATEU, Juan Carlos, “Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales”, 3^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch Alternativa, 1999, p. 207.

³⁷ HASSEMER, Winfried, “Crítica al Derecho Penal de Hoy”, Bogotá: Universidad de Colombia, 1998, p. 55.

³⁸ GOMES, op. cit., p. 128, aduz, que podem excluir-se as condutas que desde já demonstram inaptidão para a tutela pretendida, além das estruturas que se tornam escassamente aplicadas, sendo ineficazes ou inidôneas.

³⁹ GOMES, op. cit., p. 129-30.





O princípio da proporcionalidade como limite penal

Neste lastro, no sistema de controle das normas penais, cabe primeiramente identificar qual o bem jurídico tutelado pelo dispositivo em pauta, dentro dos seus fins imediatos e mediatos de proteção, para, então, verificar se o legislador agiu de acordo. Aqui, para aferir o juízo de *adequação*, deve-se perquirir “se a tutela jurídico-penal não é constitucionalmente ilegítima, o que demanda uma investigação de dupla perspectiva”: os bens ou os interesses a preservar não podem ser constitucionalmente proscritos e nem socialmente irrelevantes, se pretendem receber a atenção do Direito Penal. Então, se por tais pressupostos for diagnosticada a ilegitimidade do meio penal, “desde logo a norma incriminadora será inadequada e, portanto, ofensiva ao princípio da proporcionalidade”. Mas, quando a tutela penal é requerida constitucionalmente, tal análise já fora previamente realizada e firmada na Constituição, sendo inquestionável.⁴⁰

Identificada a matriz constitucional de referência para a tutela do bem jurídico, deve ser verificada a aptidão e a efetividade do direito penal para esta tarefa, não propriamente a partir da comparação com outras medidas restritivas e seus efeitos, mas pela sua capacidade qualitativa para atingir o fim almejado e os benefícios que gera.⁴¹ Porém, ao mesmo tempo, não basta apenas demonstrar a inidoneidade de outros meios de controle social para que o direito penal seja invocado, é ainda necessário indicar que este método é eficaz para atingir o escopo que se pretende. Embora seu emprego só seja descartado se restar inequívoca a sua inaptidão para os fins a que se propõe.⁴²

A adequação da medida pode ser apurada quando com a sua incidência, ao menos, “seja sensivelmente favorecido o resultado almejado”, por via de um prognóstico justificado e razoável, que ocorre num juízo *ex ante* e conforme determinado contexto. Aqui, não é preciso que em cada caso atinja-se de todo o objetivo exato, bastando uma probabilidade considerável de eficácia, que é sindicada pelo Poder Legislativo dentro da sua discricionariedade e sujeita aos devidos controles legais, inclusive pelo Judiciário.⁴³

Nesta hipótese, caberá à Corte Constitucional, num juízo *ex post*, examinar se o meio é simplesmente inadequado, objetivamente inadequado, manifestamente inadequado ou desnecessário, fundamentalmente inadequado ou se com sua utilização o resultado pretendido pode ser estimulado.⁴⁴ Ainda, é preciso que entre a medida e a sua finalidade incida uma relação de “causalidade positiva”, ou seja, que o intervento legislativo contribua à criação de um “estado de coisas” no qual a realização do fim seja incrementada em relação ao quadro existente antes dela. Porém, o meio será inidôneo se a sua relação com o fim

⁴⁰ FELDENS, op. cit., p. 163.

⁴¹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, op. cit., p. 227-9.

⁴² BARROS, op. cit., p. 75; e GOMES, op. cit., p. 131-2.

⁴³ GOMES, op. cit., p. 132-3, invocando o escólio de Galetta e Pedraz Penalva.

⁴⁴ MENDES, et. al., op. cit., p. 332, citando decisão do Tribunal Alemão, BVerGE, 92, 277 (326 e ss.).





Michael Schneider Flach

apresentar uma “causalidade negativa”, que ocorre quando a medida dificulta ou afasta a satisfação do fim, ou quando seu implemento resulta indiferente, sem gerar eficácia.⁴⁵

Aqui, se desde já for constatado que o fim ou o método são constitucionalmente ilegítimos, ou que o meio não se mostra hábil à promoção do resultado almejado, será lícito concluir que a restrição é inadequada e ofende o princípio da proporcionalidade. Sendo desnecessário adentrar-se na análise dos demais requisitos, na medida em que, para se limitar um direito fundamental, exige-se, no mínimo, que “o meio empregado ao menos mostre-se apto à realização de uma finalidade constitucionalmente desejável”.⁴⁶

Com efeito, a relação de idoneidade entre um meio e o seu fim não é uma mera questão do tipo “tudo ou nada”, mas é um fator que oscila entre dois extremos, desde o absolutamente idôneo até o manifestamente inidôneo.⁴⁷ Em cujo intervalo, incide uma ampla escala de respostas intermediárias, onde o nexo causal pode ter maior ou menor intensidade e sua ocorrência pode variar diante dos objetivos específicos e perspectivas sob o qual é contemplado (temporal, plena, quantitativa, qualitativa e de probabilidade).⁴⁸

A partir da incidência de tais perspectivas, formular-se-á a distinção entre as duas versões do subprincípio da adequação. A *mais forte* considera que só é idôneo o meio que, em relação aos demais, contribui com maior rapidez, plenitude, intensidade e probabilidade para atingir o seu fim. Já na versão *mais fraca*, é idôneo o meio que tenha alguma relação positiva com o fim legislado, contribuindo de alguma forma para sua satisfação, independente da rapidez, plenitude, intensidade e probabilidade para tal.⁴⁹

Na versão débil, é excluído do exame da *idoneidade* o estudo de outras medidas que poderiam ser mais eficazes, o que só seria operado na análise da *necessidade*. De modo que aqui as características essenciais seriam a constitucionalidade, o caráter empírico do princípio, a flexibilidade e a aplicabilidade sob o viés objetivo ou subjetivo. O teor empírico importa que, além da perspectiva abstrata, no caso concreto o meio seja passível de aplicação

⁴⁵ LOPERA MESA, op. cit., p. 387-8, anotando a natureza gradual e empírica da relação de causalidade.

⁴⁶ FREITAS, Luiz, op. cit., p. 209. Ver também STUMM, Raquel Denise, “Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro”, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

⁴⁷ BERNAL PULIDO, op. cit., p. 718-29; e ALEXY, op. cit., p. 94-5.

⁴⁸ LOPERA MESA, op. cit., p. 388, explica que aqui a idoneidade dependerá: na *temporal* de maior ou menor velocidade para realizar o fim; na *plenitude* da aptidão do meio para incidir sobre o maior número de aspectos rumo ao fim; na *quantitativa* da maior incidência positiva do meio para satisfazer algum dos aspectos que envolvam a realização do fim; na *qualitativa* da maior qualidade de um meio para realizar um fim; e no juízo de *probabilidade*, um meio será mais idôneo quanto mais seguro seja a contribuição para atingir a finalidade.

⁴⁹ BERNAL PULIDO, op. cit., p. 724-7; e LOPERA MESA, op. cit., p. 389, sobre a versão mais fraca.





O princípio da proporcionalidade como limite penal

e apto para atingir o seu fim. Já a flexibilidade significa que não é necessário que tal aptidão seja completa, bastando que facilite a satisfação da finalidade, o que não ocorrerá caso dificulte ou não surta nenhum efeito junto a esta.⁵⁰

Caso considere-se a hipótese de que o princípio justificante opera em virtude de um mandado de otimização e assim, requer uma satisfação o mais elevada possível do fim legislativo, deverá então ser adotada a versão forte do juízo de idoneidade. Porém, é preciso verificar outros dois argumentos, os quais favorecem a versão mais fraca. O primeiro é que, diante da autonomia política e constitucional do legislador, lhe é outorgada uma margem de ação estrutural que permite indicar fins próprios, decidir em que medida devam ser satisfeitos e eleger os meios para tanto. Já o segundo, ainda maior, é que a racionalidade no controle da constitucionalidade das leis impõe o dever de levar em conta todos os argumentos relevantes para a decisão oportuna.⁵¹

Dessa forma, devem ser considerados idôneos todos os meios que forneçam alguma contribuição positiva para atingir o fim legislativo, independente de conferirem uma satisfação provável, parcial, mínima e mais ou menos rápida do objeto proposto. Tal aptidão pode ser verificada em termos teóricos ou práticos, bastando que o meio tenha a virtualidade para facilitar a obtenção do fim. De onde, só serão inadequadas as medidas cujo implemento resultem indiferentes ou negativas para o objetivo legal.⁵²

Ocorre que a adoção do viés mais forte levaria ao distanciamento dos objetivos de aperfeiçoamento legal, pois seriam declaradas inconstitucionais *ab initio* todas aquelas medidas legislativas que não satisfizessem na plenitude o fim proposto. E isto, sem que fossem consideradas outras razões em favor da sua constitucionalidade e que só poderiam ser examinadas após, quando aferida a necessidade ou a proporcionalidade em sentido estrito. Assim, o descarte prematuro poderia inclusive levar a ser declarada inconstitucional uma medida que, apesar de não figurar como a mais adequada, poderia posteriormente ser mais benigna do que outras restrições. As quais, embora surgissem como mais idôneas, seriam ainda mais gravosas para o direito fundamental afetado.⁵³

⁵⁰ GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas, “Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal”, Madrid: Colex, 1990, p. 154 e 160-1; e PACHECO, op. cit., p. 196.

⁵¹ LOPERA MESA, op. cit., p. 389-90. Aduz, que a versão forte cercearia as margens de ação, ao impor ao legislador a realização mais alta e possível do fim e a eleição do meio mais idôneo para atingi-lo. Mas, por outro lado, tal daria muita força ao legislador e enfraqueceria a função do Tribunal Constitucional, diante da sua competência fiscalizadora dos atos, com vistas a assegurar a supremacia da Constituição.

⁵² BERNAL PULIDO e, op. cit., p. 726-9; e LASCURAÍN SANCHÉZ, op. cit., p. 228-9.

⁵³ LOPERA MESA, op. cit., p. 390-1. Cumpre registrar que os princípios são mandados de otimização, nos quais a *adequação* e a *necessidade* dependem das possibilidades fáticas e a *proporcionalidade em sentido estrito* está ligada às possibilidades jurídicas, conforme ALEXYS, op. cit., p. 112-3.





Outrossim, ainda cumpre verificar o caráter empírico da relação de causalidade positiva que deve existir entre a norma e a sua finalidade, objeto do juízo de idoneidade. Aqui, não se apura apenas a racionalidade da decisão legislativa, mas a sua afetação sobre o direito fundamental, que deve estar justificada, e onde o primeiro passo é supor que a medida orienta-se efetivamente para atingir um fim prévio, tido como legítimo. Também, é preciso ainda ter em conta, que o princípio da proporcionalidade obedece a uma estrutura de fundamentação “meio e fim” (medida legislativa X finalidade), cujos aspectos empíricos correspondem ao juízo de adequação e de necessidade, e cujo viés valorativo refere-se ao juízo de proporcionalidade em sentido estrito.⁵⁴

Por sua vez, o conteúdo específico que adquire a adequação, quando aplicado ao exame das leis penais, irá diferir conforme se trate do controle de norma de “sanção” ou de “conduta”. Nesta, será indagado se a conduta prevista no tipo penal é suscetível de lesionar ou colocar em perigo o bem jurídico, cuja proteção é invocada como fundamento da intervenção legislativa. Já diante da norma de sanção, o exame da idoneidade busca estabelecer se a cominação penal da conduta representa um meio adequado que contribua para prevenir tal prática, operando em favor da proteção do bem jurídico ameaçado – o que demandará uma análise de juízo constitucional sobre a eficácia preventiva.⁵⁵

No caso, o exame de adequação da “norma de conduta” tem por fim apurar se a conduta expressa no tipo penal possui a capacidade de afetar o bem jurídico, que surge como o fundamento da intervenção criminal; pois, apenas desta forma, a sua vedação será um meio idôneo que contribua para proteger tal bem. De onde, serão consideradas como inidôneas as proibições penais sobre condutas que não possuam potencialidade lesiva para o objeto, bem como toda a intervenção que resulte ineficaz ou que, de qualquer modo, não contribua ou até prejudique a tutela do bem jurídico.⁵⁶

Aqui, dois fatores devem ser considerados para o exame da idoneidade. O primeiro, o da possibilidade de que a verificação do vínculo entre a conduta proibida e a afetação do bem jurídico requer, como pressuposto básico da exteriorização do conduta típica, que a proibição contida no tipo penal refira-se a ações ou a omissões capazes de causar alguma modificação no mundo exterior, excluindo-se comportamentos internos. E o segundo, determinar o grau em que a conduta afeta ao bem cuja proteção abarca – sendo que nesta graduação cumpre distinguir os delitos de lesão e de perigo.⁵⁷

⁵⁴ LOPERA MESA, op. cit., p. 392-3, adverte que não se trata de uma simples comparação entre normas.

⁵⁵ LOPERA MESA, op. cit., p. 395-6, citando o relevo da opção por um conceito material de bem jurídico.

⁵⁶ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Curso de Derecho Penal.”, vol. 1, Madrid: Universitas, 1996, p. 84-5.

⁵⁷ LOPERA MESA, op. cit., p. 396-8.





O princípio da proporcionalidade como limite penal

Com efeito, na análise da eficácia preventiva do direito penal, deve ser apurado se a ameaça da pena estabelecida na norma de sanção é idônea para dissuadir a realização da conduta ilícita, do que dependerá a adequação deste meio para satisfazer a sua finalidade de proteção de bens jurídicos, sob o prisma prático e teórico. Na face teórica, cumpre determinar o que deve ser entendido como eficácia da norma de sanção e estabelecer se tal eficácia é concebida num sentido puramente instrumental, ou se também podem ser aceitos os efeitos simbólicos e em que medida. Igualmente, deve ser visto se a eficácia do intervento penal não é apenas uma condição de sua legitimação externa (utilitarista), ou se pode ser uma condição de sua validade. Já na ordem prática, o mais importante é verificar o efeito preventivo das normas penais.⁵⁸

De qualquer modo, a função principal do juízo de *adequação* é analisar a idoneidade qualitativa do meio para atingir o fim normativo. Afinal, sem esta condição ele não será proporcional, pois não há como colher benefícios numa medida de reduzida ou nenhuma eficácia e que ainda gere custos colaterais. Outrossim, tal controle deve ser operado nas duas faces do princípio da proporcionalidade, pois tanto será ineficaz uma medida restritiva para a qual a norma penal mostra-se inadequada por excesso (v.g. tocante às condutas de natureza tão só moral), como nos casos em que a tutela penal for conformada de tal modo, que resultará inidônea por sua insuficiência protetiva (v.g. punir com pena de multa irrisória, delitos graves contra o sistema financeiro).⁵⁹

2 Subprincípio da necessidade

O segundo elemento que compõe a estrutura argumentativa do princípio da proporcionalidade é o da necessidade, por via do qual é estabelecido se a medida em discussão – comparada com outros meios alternativos, dentre os idôneos, os eficazes e os que estejam disponíveis para atingir o mesmo fim – resulta como a mais benigna ou a menos lesiva para os direitos fundamentais afetados pela intervenção.⁶⁰

Para tanto, deve ser verificada a ocorrência de métodos que sejam alternativos ao inicialmente eleito e que possam promover o dito fim, sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados. Aqui, duas etapas devem ser vencidas: a da “*igualdade de adequação dos meios*” (para verificar se os métodos alternativos promovem igualmente o fim), e a “*do meio menos restritivo*” (que analisa se as formas alternativas restringem em menor medida os direitos fundamentais que são atingidos).⁶¹

⁵⁸ LOPERA MESA, op. cit., p. 410, citando as dificuldades práticas, incluso para o controle constitucional.

⁵⁹ FLACH, op. cit., p. 26.

⁶⁰ LOPERA MESA, op. cit., p. 433.

⁶¹ ÁVILA, op. cit., p. 158, explicando os dois tipos de exames a serem realizados.





Na seara penal, a necessidade fundamenta-se “na exigência constitucional de que o interesse, a ser protegido pela norma, apresenta relevância suficiente para poder justificar, em contrapartida, uma delimitação na esfera de liberdade.” Então, já na análise prévia de quais bens são aptos a receberem a tutela penal, deve o legislador realizar um juízo ponderativo, como forma de aferir quais objetos e em que situações requerem uma proteção que autorize a intervenção mais drástica, que é a criminal.⁶²

Preconiza este princípio que é defeso ao direito penal intervir naquilo que não for necessário, seja pelo fato do bem jurídico poder ser tutelado por outro método menos custoso ou, porque ele não necessita de proteção jurídica. Vindo a se reservar tal instrumento para as situações nas quais não haja meio alternativo, com o qual se possa conseguir os mesmos fins que lhe são próprios, com menor afetação de direitos.⁶³

A intervenção deve ser a mínima imprescindível, ficando limitada às hipóteses que os bens jurídicos mereçam e necessitem de proteção penal, diante dos ataques e das ameaças mais graves, frente aos quais outro tipo de atuação seria insuficiente. De modo a conferir guarida ao objeto e restringir outros direitos apenas no grau necessário para tanto, não podendo ir mais além daquilo que seja preciso para atingir o objetivo.⁶⁴

Daí decorre, que o subprincípio da necessidade receberá os influxos de outros postulados, consistentes na exclusiva proteção de bens jurídicos, ofensividade, subsidiariedade e fragmentariedade, os quais acabam assumindo uma conexão e a inerente subordinação aos ditames maiores provenientes da Constituição, de modo que se possa realizar o fim maior da lei penal, orientada a uma tutela de “ultima ratio”.⁶⁵

Intrínseco a tais fundamentos, está o fato de que a norma criminal é a mais forte forma de intervenção nas liberdades individuais e que a pena é a mais violenta sanção que o Estado possa impor. De onde, devem ser as menos aplicadas frente a outras, só podendo incidirem quando não houver maneira diversa de salvaguardar o direito a ser tutelado e tenham fracassado os outros meios de controle acessíveis ao Estado.⁶⁶

Afinal, apesar do cotidiano estar permeado por uma série de condutas negativas e indesejáveis, as quais, de algum modo, representam risco ou lesão, nem todas irão prescindir da lei penal, pois podem ser prevenidas e reprimidas

⁶² GOMES, op. cit., p. 83.

⁶³ CARBONELL MATEU, op. cit., p. 207-8; e MATA BARRANCO, op. cit., p. 153-9.

⁶⁴ AGUADO CORREA, op. cit., p. 160-3; e MATA BARRANCO, op. cit., p. 153-9.

⁶⁵ Díez Ripollés, José Luis, “La Racionalidad de Las Leys Penales”, Madrid: Trotta, 2003, p. 128-9.

⁶⁶ BRANDÃO, Cláudio, “Introdução ao Direito Penal: Análise do Sistema Penal à Luz do Princípio da Legalidade”, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 152; e CORREIA, op. cit., p. 104-5.





O princípio da proporcionalidade como limite penal

com eficácia simétrica por outros meios de controle jurídicos ou informais. Restando o aparato punitivo estatal reservado apenas contra ataques e ameaças socialmente intoleráveis e para os bens fundamentais, pois se assim não o for, tal significa que ele não seria então necessário.⁶⁷

Com efeito, o exame desse requisito tem curso tanto na elaboração da lei penal, como no momento de ser interpretada e aplicada, desde a cominação do tipo – com a análise dos bens, das condutas, das sanções e dos meios alternativos menos coativos –, até a efetivação da pena, conforme a necessidade do caso concreto;⁶⁸ e que deverá ser vista sob a dupla perspectiva da proporcionalidade, sem excesso ou deficiência.

Outrossim, apesar do âmbito de conformação legislativa, poderá o Tribunal Constitucional verificar se a norma penal cumpriu os requisitos para a sua incidência. De onde ela pode ser considerada inconstitucional por excesso, caso exista outro meio menos grave e igualmente idôneo para atingir a finalidade pretendida, sendo então desproporcional o método criminal, quando rompe o marco da necessidade e torna-se excessivo.⁶⁹

Assim, a necessidade de intervenção advirá após constatado que a importância do bem jurídico, aliado às circunstâncias específicas e à insuficiência de outros ramos do direito, permitem a utilização do remédio penal, como forma de tutela apta do objeto pautado. Tal configuração impõe que o legislador maneje os ditos recursos de forma racional e só quando necessário, imprescindível e os demais meios falharem, dentro da missão de proteger os bens jurídicos mais valiosos, diante dos ataques mais graves.⁷⁰

Portanto, o Estado deve se valer dos meios menos lesivos, empregando o direito penal de forma subsidiária, quando outros ramos do direito não se mostraram suficientes para o mesmo fim de proteção. Aqui, incidem ainda dois aspectos: pelo *negativo*, o Estado não deve tutelar o bem jurídico quando este poderia receber idêntica proteção por via de outros meios sócio-políticos; e pelo *positivo*, o Estado está obrigado a tomar todas as medidas não criminais que evitem o uso da força da sanção penal.⁷¹

Dessa forma, “ao direito penal corresponde somente uma parte da função geral protetora de bens jurídicos a que se destina o ordenamento”, de modo que a face fragmentária da intervenção punitiva configura-se não como um defeito, mas como uma exigência maior. Diante do que, não cabe à lei

⁶⁷ CORREIA, op. cit., p. 106-7.

⁶⁸ AGUADO CORREA, op. cit., p. 169 e ss.

⁶⁹ MATA BARRANCO, op. cit., p. 163-4; e CORREIA, op. cit., p. 106-7.

⁷⁰ GOMES, op. cit., p. 84-5, no que está compreendido o princípio da ofensividade.

⁷¹ AGUADO CORREA, op. cit., p. 214-24, 232-5.





penal tutelar todos os bens jurídicos, mas apenas os fundamentais, frente às agressões mais intoleráveis, quando as exigências de tutela são suscetíveis de serem satisfeitas apenas pelas vias penais.⁷²

Assim, deve ser aferido se o emprego da norma penal é o meio necessário para atingir o fim pretendido de tutela do bem jurídico. De onde a intervenção criminal será necessária se tal finalidade não puder ser alcançada com igual eficácia no caso de uso de um método alternativo menos restritivo, como a sanção civil ou administrativa. Já que a medida não pode exceder os limites indispensáveis à conservação do bem.⁷³

Tal exame ocorrerá a partir de uma prévia análise a respeito do grau de eficiência “das medidas *a priori* sujeitas à implementação, completando-se a partir de uma constatação empírica sobre a ineficácia – ou mesmo escassa eficácia – de uma das medidas”, às quais, ainda que sejam “em primeiro plano adequadas à realização do fim proposto, não o realizam satisfatoriamente, razão por que cedem espaço àquela que, não obstante mais lesiva, atinge eficazmente o interesse público” legítimo.⁷⁴

Portanto, “a exclusão da norma do ordenamento jurídico somente poderá validamente realizar-se *se á luz do raciocínio lógico*”, obtido por via “de dados empíricos incontrovertidos e do conjunto de sanções que o mesmo legislador considerou necessárias para alcançar fins de proteção análogos”, desponta como evidenciada a “*suficiência* de um meio alternativo menos restritivo dos direitos para a consecução igualmente eficaz das finalidades desejadas pelo legislador.” Contudo, salvo as hipóteses óbvias, “nas quais a *necessidade* de tutela jurídico-penal parece relevar-se desde logo como a única (relativamente) eficaz” (como no caso do homicídio), uma conclusão de tal índole possui escassa universalidade e dependerá de circunstâncias específicas de caráter local e temporal, numa determinada realidade social.⁷⁵

Desta forma, o juízo de necessidade consistirá numa comparação entre a medida legislativa específica e outros meios alternativos, dentro de certos parâmetros: sua finalidade, em relação ao fim normativo, e sua menor lesividade, frente aos direitos fundamentais afetados por esta intervenção legislativa.⁷⁶ Mais complexo do que o juízo de *adequação*, no qual se indagava sobre a eficácia da medida, a *necessidade* apresenta-se como um exame de eficiência do método, em comparação com outros, frente a sua capacidade de alcançar a finalidade

⁷² GOMES, op. cit., p. 85-7, salientando que tais ofensas devem ser “qualificadas, típicas e taxativas”.

⁷³ BONAVIDES, op. cit., p. 397.

⁷⁴ FELDENS, op. cit., p. 163.

⁷⁵ FELDENS, op. cit., p. 164.

⁷⁶ PACHECO, op. cit., p. 201, cita como possíveis parâmetros: “a) a (intensidade da) promoção do objetivo da medida de intervenção; b) a intensidade da lesão ao princípio constitucional afetado; c) os ‘pesos’ dos princípios afetado (pelo meio empregado) e afetável (pelo meio alternativo)”.



proposta com o menor custo possível. Ou seja, “não se questiona a escolha” em si, “mas o meio empregado” para o seu fim.⁷⁷

Com efeito, para o exame da *exigibilidade* é necessário incidir pelo menos um meio alternativo ao objeto de escolha do legislador, para que seja atingida a finalidade intentada pela norma; pois, se tal meio inexistir, será impossível realizar a comparação pretendida. Aqui, apesar da liberdade do legislador democrático poder reduzir ao mínimo as medidas alternativas, a garantia dos direitos fundamentais restringidos pela intervenção roga o manuseio de técnicas flexíveis de eleição, as quais permitem expandir, ao máximo, o conjunto dos métodos alternativos, como forma de aumentar as chances de encontrar um meio que não os afete ou que o faça em menor intensidade.⁷⁸

Para tanto, o decisivo é estabelecer os critérios orientadores da busca e eleição dos meios alternativos por parte da Corte Constitucional, de modo a delimitar o espaço onde esta poderá realizar a análise requerida, frente ao subprincípio da necessidade.⁷⁹ No caso, dentre os critérios apontados estão que, na busca dos meios alternativos, o Tribunal deverá considerar os argumentos das partes, as demais alternativas que foram objeto do debate legislativo e outros meios que, inseridos nos conhecimentos disponíveis na época da legislatura, seriam previsivelmente idôneos para atingir o fim pretendido. O outro critério, advindo da jurisprudência constitucional espanhola, refere que a busca de meios alternativos no juízo de necessidade deve considerar o conjunto de sanções que o mesmo legislador estimou necessário para alcançar fins de proteção análogos.⁸⁰

Após apontado(s) o(s) meio(s) alternativo(s) que poderia(m) incidir sobre o caso, passa-se ao juízo de comparação com a medida legislativa, utilizando o primeiro critério que consistente na idoneidade equivalente para obter o fim pretendido pelo legislador. Porém, aqui não basta estabelecer uma relação de “causalidade positiva” entre o meio alternativo e o fim legal, é preciso ainda verificar a intensidade desta relação e comparar com que grau a medida legislativa promove a realização da mesma finalidade.⁸¹

Dentre as distintas posições a respeito, para Bernal Pulido a idoneidade do meio alternativo deve ser igual ou maior que a da medida legislada; considerando na sua análise não apenas algumas, mas todas as perspectivas incidentes na situação (tempo, plenitude, probabilidade, etc.), bem como a margem de escolha

⁷⁷ BONAVIDES, op. cit., p. 397, aduz que de todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger a menos “nociva aos interesses do cidadão,” operando-se a “escolha do meio mais suave.”

⁷⁸ LOPERA MESA, op. cit., p. 433-5.

⁷⁹ PACHECO, op. cit., p. 293.

⁸⁰ LOPERA MESA, op. cit., p. 435, citando duas decisões do STC: 55/1996 (F.J. 8) e 161/1997 (F.J. 11).

⁸¹ LOPERA MESA, op. cit., p. 436-8.



outorgada ao legislador. Ocorre que, quanto mais exigente for o critério para avaliar a idoneidade dos meios alternativos, menor será o conjunto dos meios que podem competir com a medida em análise e, em consequência, maior será a margem decisória do legislador para adotar o meio que considere mais oportuno para atingir os seus objetivos.⁸²

Conforme Gonzáles-Cuéllar, após ser aceita a legitimidade do fim perseguido e a idoneidade da medida para tal, é preciso assegurar que o meio empregado na sua satisfação não sacrifique, de forma desnecessária, os direitos do afetado. Já que o objetivo é, de um lado, que estes sejam expostos na menor medida do possível e, do outro, que sejam atingidos ao máximo os interesses que justificam a intervenção.⁸³

Em decorrência, serão fixados critérios comparativos, para que então se possa buscar meios alternativos menos lesivos, capazes de realizar essa mesma finalidade. Dentro deste processo, o caráter fundamental que um método deve atender para que possa aspirar tal condição, é que seja dotado de aptidão suficiente para produzir os efeitos desejados pela intervenção. Ou seja, além de menos restritivo, o meio eventual deve ser suficientemente apto para atingir a finalidade almejada. Pois, do contrário, um meio que não seja eficaz não poderá ser considerado como uma forma alternativa.⁸⁴

Por sua vez, na doutrina e na jurisprudência alemã incidem posições as quais negam que a *necessidade* requeira a substituição da medida mais gravosa, nos casos em que a menos lesiva não apresente igual aptidão para satisfazer o fim. Entendendo que a eficácia do meio menos agressivo deve ser a mesma do mais grave, de modo a não aceitar a alternativa suficientemente apta, quando não tiver idêntica idoneidade.⁸⁵

Contudo, adverte Gonzáles-Cuéllar que o inconveniente de se adotar de forma rígida esta posição, é a impossibilidade da aplicação prática do vetor da exigibilidade, pois, normalmente, a medida mais grave assegura com maior intensidade a consecução do fim pretendido, do que a mais benigna. Ademais, a exigência de igualdade, em detrimento de um meio alternativo que detenha uma eficácia suficiente, também iria contrariar o próprio princípio da intervenção mínima, que aqui não pode ser ignorado.⁸⁶

⁸² BERNAL PULIDO, Carlos, op. cit., p. 740-63.

⁸³ GONZALES-CUELLAR SERRANO, op. cit., p. 196.

⁸⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ, op. cit., 230-1; e GONZALES-CUELLAR SERRANO, op. cit., p. 196-7.

⁸⁵ LOPERA MESA, op. cit., p. 438-9, anota que apersar da Corte alemã ter sustentado “*que la idoneidad del medio alternativo debe ser igual a la medida enjuiciada considerada desde todas las perspectivas, en la práctica há matizado considerablemente las exigencias que se derivan de tal criterio*”, conformando-se com um méio alternativo que, no geral, “*no presenta el mismo grado de idoneidad que la medida legisladas*”.

⁸⁶ GONZALES-CUELLAR SERRANO, op. cit., p. 197.





O princípio da proporcionalidade como limite penal

Com efeito, o espectro de idoneidade de um método suficientemente apto não é igual ao do tido como excessivo, pois embora ambos sejam idôneos, este é mais seguro para atingir a finalidade, exatamente pelo elevado nível de confiança que a sua maior restrição gera. Assim, frente a tais variáveis, o melhor seria estabelecer como requisito da alternativa menos gravosa, que ela tenha “aptidão suficiente” e não “igual aptidão”.⁸⁷

No mesmo sentido, Lascurain Sanchez entende ser de elevada pretensão eleger o critério de comparação para o juízo de necessidade, partindo-se da hipótese de que cumpra exatamente a mesma finalidade e com idêntico nível de satisfação. Afinal, com tal método buscar-se-ia medir com exatidão o que não é assim mensurável, procurando prefigurar, com precisão, um cânone de eficácia sobre a efetividade de uma norma inexistente, além de estabelecer distinções que não são exigidas pela percepção social e institucional da proporcionalidade de uma norma, frente aos custos e às vantagens.⁸⁸

Assim, como para o êxito do objetivo já seria suficiente um meio menos lesivo, com eficácia equivalente, ocorrerá que o grau de restrição de direitos que a medida original gera tornar-se-á demasiado forte, diante da satisfação do seu fim que poderia ser atingida com menores custos. Então, caso excluído deste exame os meios que não forem de idoneidade absolutamente igual, o resultado será a dificuldade da aplicação do vetor da necessidade e a diminuição do seu efeito frente às ingerências públicas.⁸⁹

Para tanto, Lopera Mesa propõe que uma solução mais plausível dar-se-ia se, ao invés de se excluírem previamente os meios que não tenham igual idoneidade, estes também fossem analisados sob o viés da sua menor lesividade para que, após expostas as diferenças entre o meio legislativo e os alternativos pelas duas perspectivas, fosse operada uma comparação geral entre ambos e então estabelecido qual seria mais eficaz. Assim, poder-se-ia questionar a necessidade de um meio legislativo, quando existisse outro alternativo cuja menor idoneidade fosse compensável pela sua menor lesividade.⁹⁰

Para tanto, apresenta como exemplo um método legislativo para o qual pudesse ser atribuído o grau de idoneidade com peso 05, subtraído pela lesividade com peso 06, de onde se chegaria a um nível de eficiência de -01. Enquanto isto, haveria uma medida alternativa com grau de idoneidade de peso 03, mas com lesividade de peso 02, resultando num nível de eficiência de +01. Aqui, embora de menor idoneidade, o meio alternativo também é de

⁸⁷ GONZALES-CUELLAR SERRANO, op. cit., p. 197-8.

⁸⁸ LASCURAÍN SÁNCHEZ, op. cit., 231, sobre a “*funcionalidad manifestamente similar*” (STC 161/1997).

⁸⁹ LOPERA MESA, op. cit., p. 439-40, mas isso sob o ângulo da proibição do excesso.

⁹⁰ LOPERA MESA, op. cit., p. 440.





Michael Schneider Flach

menor lesividade. De onde, pelo critério da “compensação”, conclui-se ser ele de maior eficiência que o original, para atingir o fim pretendido.⁹¹

Portanto, o fundamental é que o tipo de direito preservado (v.g. a liberdade), seja superior ao de direito sacrificado. Se tal saldo supera aquele que adviria de outras medidas possíveis para alcançar o mesmo fim, resulta que o meio eleito é proporcional. Contudo, se o resultado é negativo, de modo que o meio gere mais restrições do que benefícios, quando formas alternativas teriam eficácia equivalente, com menores custos, tal significa que o método em análise é desproporcional, quanto à sua necessidade.⁹²

Com efeito, cumpre atentar para o fato de que o princípio da proporcionalidade é dotado de duas faces. Assim, caso sacrificados os “direitos de defesa” por medidas que sejam por demais rigorosas, estará violado o viés da “proibição do excesso”. Mas, se o meio empregue vulnera os “direitos de proteção”, por não tutelar de forma eficiente direitos de índole fundamental, quando estavam disponíveis outros métodos que trariam melhores resultados, estará cindido o postulado “proibição da proteção deficiente”.⁹³

Outrossim, ainda que a exigência de idêntica idoneidade da medida atenda a um caráter de otimização do princípio, com vistas a realizar a finalidade da norma, deve observar-se que a busca do meio menos lesivo opera como uma exigência dos direitos fundamentais afetados pela intervenção legislativa. Assim, para Alexy, se dois meios possuem a mesma idoneidade para atingir igual fim, mas um deles restringe em menor intensidade um direito fundamental, a opção por este é imposta pelo mandado de otimização de tais direitos, a serem satisfeitos em maior grau pelo último meio.⁹⁴ Contudo, a constatação do critério da menor lesividade dependerá de diferentes perspectivas, tal como na idoneidade, a se verificarem no caso concreto, sendo que, na hipótese da sua impossibilidade, será conduzido para a análise “em sentido estrito”.⁹⁵

Na ótica de Gonzáles-Cuellár, aceito o critério de suficiente idoneidade da medida comparável, deve ser verificado qual delas é a menos gravosa, permitindo atingir a finalidade perseguida, com menor sacrifício aos direitos e interesses afetados. Assim, filia-se à posição de que é possível construir uma

⁹¹ LOPERA MESA, op. cit., p. 440-1,

⁹² LASCURAÍN SÁNCHEZ, op. cit., 229-30.

⁹³ FLACH, op. cit., p. 35.

⁹⁴ ALEXY, op. cit., p. 113-4.

⁹⁵ CLÉRICO, 2001, p. 117-37, entende que, apesar da menor afetação, o meio alternativo pode ser excluído se “*exige costos considerablemente mayores que los de la medida adoptada por el legislador; costos que el legislador pudo considerar inaceptables y que los particulares afectados con la medida [...] no pueden esperar que para evitar medidas limitadoras de sus derechos sean empleados los limitados recursos públicos disponibles*”, a serem destinados para combater injustiças sociais; *apud* LOPERA MESA, op. cit., p. 444-5.





O princípio da proporcionalidade como limite penal

“escala de lesividade” das medidas, comparando a gravidade do meio segundo o dano produzido. De modo que seja possível eleger aquele que restrinja em menor medida os interesses atingidos e, ao mesmo tempo, assegure o maior grau de eficácia objetivado, limitando os direitos apenas na razão em que seja imprescindível para satisfazer a finalidade almejada.⁹⁶

Para tanto, além dos critérios “técnico-empíricos”, incidem os “valorativos”, em condições que dependerão da análise judicial específica e das particularidades do caso. Em âmbito no qual devem ser considerados não apenas o volume de restrição dos direitos fundamentais afetados – mensurados em parâmetros como a duração e a intensidade da ingerência –, mas também todas as consequências previsíveis, sejam elas relevantes ou não, diretas ou indiretas e desejadas ou não para o êxito da norma.⁹⁷

Outrossim, para Jiménez Campo a obrigação de eleger o método mais benigno não resulta necessariamente aplicável ao legislador, cuja liberdade de optar, entre as diversas possibilidades de regulação dos direitos, apenas estaria limitada pelo seu conteúdo essencial e por aquelas exigências derivadas do princípio da igualdade.⁹⁸

Neste lastro, bem assinala Feldens sobre a importância de se conjugar as proposições aqui expostas. Pois, se por um lado não se pode promover simplesmente “uma procura cega, à revelia de qualquer outro critério valorativo, pelo meio mais eficaz, por outro, não há como anularmos a liberdade de configuração do legislador”, quando, ao operar sobre uma área limítrofe, posicione-se por adotar a sanção de uma ou a de outra natureza. Então, em determinada medida, “o juízo de suficiência da eficácia está acometido exclusivamente ao legislador, sendo tal escolha jurisdicionalmente sindicável apenas quando se mostrar arbitrária ou manifestamente desproporcional”.⁹⁹

Com efeito, importa ainda analisar qual direito ou interesse é afetado por tal intervenção. Assim, sob o enfoque da proibição do excesso, o exame deve recair sobre o bem jurídico afetado pela norma penal incriminadora (de regra, a liberdade). Contudo, sob o ângulo da proibição de proteção deficiente tal quadro modifica-se, pois aqui deve ser analisado se o eventual ato despenalizador “não culmina por dissociar-se do imperativo de tutela que sobrepaíra o direito

⁹⁶ GONZALES-CUELLAR SERRANO, op. cit., p. 198-9, ancorado no escólio de Hirschberg.

⁹⁷ GONZALES-CUELLAR SERRANO, op. cit., p. 189 e 200; e PACHECO, op. cit., p. 208-9.

⁹⁸ JIMÉNES CAMPO, Javier, “Derechos Fundamentales Concepto y Garantías”, Madrid: Trotta, 1999, p. 78.

⁹⁹ FELDENS, op. cit., p. 165, cita que, de acordo com Tiedemann, “o Direito Penal não resulta comparável com outros instrumentos jurídico-normativos ou sancionadores; sua vinculação à idéia de reprovação ético-social da culpabilidade faz com que ele não se encontre com os demais ramos do direito sancionador [...] em uma relação puramente quantitativa, de menos a mais”, diante da sua especial e singular condição.





Michael Schneider Flach

fundamental à proteção do qual a lei penal incriminadora fora anteriormente estabelecida”. Ou seja, se numa face os meios menos rigorosos incrementam o “nível de liberdade individual dos cidadãos em geral”; na outra, deve ser analisado se isto não gera riscos ao direito fundamental tutelado.¹⁰⁰

Portanto, na hipótese de proteção insuficiente o controle de constitucionalidade tem por objeto justamente uma omissão legislativa, ou uma norma legal que não tutela o direito fundamental, ou ainda uma medida que não o protege de forma eficiente, ao não permitir a sua realização na maior medida do possível, como deveria ser.¹⁰¹

Dessa forma, pode ocorrer que a necessidade de utilização da medida penal já venha previamente indicada na Constituição. Neste caso, não será legítima a busca por um meio restritivo menos lesivo, bem como deve ser considerado inconstitucional qualquer ato que venha a retirar do sistema o modo de proteção exigido. Já que aqui, é a Lei Superior que determina que o meio penal é o necessário à tutela do bem.¹⁰²

3 Subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito

Considerando-se como aceita a adequação e a exigibilidade de uma medida, terá azo a análise da proporcionalidade em sentido estrito, mediante o emprego de técnicas de contrapeso de bens ou de valores e a ponderação de interesses no caso concreto. Isso, com o fim de determinar se o sacrifício dos interesses individuais que importa a restrição legislativa, possui uma relação proporcional com a importância do objeto estatal que se busca proteger. Então, sob o enfoque da proibição de excesso, se a limitação de direito resulta demasiada, o método deverá ser considerado inadmissível neste exame, ainda que tenha satisfeito os pressupostos dos demais subprincípios.¹⁰³

Em termos práticos, após atendidos os outros dois requisitos citados nesta fase, é que “meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação”, para “se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim.” Portanto, trata-se “de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”.¹⁰⁴

¹⁰⁰ FELDENS, op. cit., p. 165.

¹⁰¹ BERNAL PULIDO, op. cit., p. 810. Sobre a proibição da tutela deficiente, v. FLACH, op. cit., p. 178-229.

¹⁰² FELDENS, op. cit., p. 165-6, anotando a exigência de manutenção e de não revogação do meio penal.

¹⁰³ GONZALES-CUELLAR SERRANO, op. cit., p. 225, sob o enfoque da proibição do excesso.

¹⁰⁴ CANOTILHO, op. cit., p. 270, citando que este deve ser “entendido como princípio da *justa medida*”.





O princípio da proporcionalidade como limite penal

Na espécie, busca-se uma solução que não seja desproporcional e que respeite os postulados constitucionais, quando da restrição de algumas categorias de direitos, para a proteção de outras. Para tanto, realiza-se a ponderação dos valores em conflito no caso em concreto, com o fim de encontrar o equilíbrio apropriado entre a eficácia de um e o sacrifício do outro, assegurando o máximo respeito aos objetivos da lei.¹⁰⁵

Assim, é produzida uma análise do tipo custo e benefício, entre o resultado obtido pelo meio eleito e a afetação dos direitos contrapostos, na qual se verifica se o produto advindo da intervenção é proporcional à carga coativa gerada por esta, comparando a importância de implementar o ato, suas restrições e consequências.¹⁰⁶

Contudo, diverso do que ocorria nos dois juízos anteriores, onde a finalidade era apenas um referencial, no exame da ponderação o fim do intervento constitui um elemento essencial seu, no qual “a relevância do fim perseguido se faz ponderar com a relevância do prejuízo causado ao direito fundamental”, diante do que se torna crucial “determinar a importância que a Constituição concede à consecução do referido fim”.¹⁰⁷

Desta forma, a proporcionalidade em sentido estrito realizará uma função que Piertoh e Schlink denominam de “*controle de sintonia fina*”, buscando o possível equilíbrio entre os objetivos perseguidos e os direitos afetados pela intervenção, de modo a concluir pelo acerto de determinada medida ou a necessidade de sua revisão.¹⁰⁸

No campo penal, deverá ser verificado se a afetação de direitos fundamentais, gerada pela definição de uma dada conduta como delito e a sua respectiva sanção, está justificada pela importância que comporta a tutela do bem jurídico, o qual lastreia a intervenção legislativa de índole criminal. Nesta etapa, é que a proporcionalidade em sentido estrito residirá sob a forma de uma ponderação invocada para dirimir conflitos normativos, sem sacrificar a validade dos princípios em litígio e determinando que, sob condições específicas, um dos valores em colisão deverá ceder em favor do outro.¹⁰⁹

Assim, é operada a última etapa de verificação da pertinência constitucional da norma, na qual meio e fim devem resultar proporcionais entre si. Aqui, pondera-se o valor do bem jurídico tutelado penalmente e a desvalia da conduta que ele encerra, com o valor da liberdade atingida pela previsão penal. De onde, é estabelecida a medida justa com que um direito cederá em favor do outro

¹⁰⁵ GONZALES-CUELLAR SERRANO, op. cit., p. 230-2, aduz que a ponderação seria um contrapeso.

¹⁰⁶ ÁVILA, Humberto; op. cit., p. 160; FREITAS, Luiz, op. cit., p. 210-1; e GOMES, op. cit., p. 170-1.

¹⁰⁷ FELDENS, op. cit., p. 166, grifo no original, e citando ainda o escólio de Kluth.

¹⁰⁸ PIERTOH, Bodo; SCHLINK Bernhard, 2005, p. 67-8, *apud* MENDES, et al., op. cit., p. 332-3.

¹⁰⁹ BERNAL PULIDO, op. cit., p. 796; e LOPERA MESA, op. cit., p. 498-9.





(v.g. o individual em prol do coletivo), por via do balanceamento dos direitos fundamentais em colisão no caso concreto.¹¹⁰

No tocante à ponderação, esta possibilita atingir um tipo de hierarquia móvel entre os interesses que se enfrentam, sem anular a validade individual deles, mas, sim, estabelecendo que naquelas circunstâncias um deve ceder frente ao outro. De onde, formar-se-á entre eles uma relação de prevalência condicionada, que vale para aquele caso específico, mas que em outras condições poderia conduzir a solução diversa.¹¹¹

Conforme Alexy, pela “lei da ponderação” quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro. A partir de tal regra, a ponderação é decomposta em três fases: a da atribuição de peso a cada um dos princípios em colisão; a da comparação entre ambas as magnitudes (para estabelecer uma relação de precedência condicionada entre os princípios), e a formulação de uma regra de decisão como resultado da ponderação.¹¹²

A etapa inicial pressupõe a anterior definição dos valores que intervêm na ponderação, para então ser determinado o peso com que cada um dos fatores concorrerá para esta. No caso, tal estrutura de argumentos roga ser complementada por uma série de critérios que permitam formular juízos racionais. Só que não apenas do grau de afetação dos direitos fundamentais e do nível de satisfação dos bens jurídicos tutelados pela medida. Mas que também observem as demais variáveis incidentes na atribuição de peso para cada um dos princípios em colisão.¹¹³ Para tanto, Robert Alexy propõe atender a três variáveis: a intensidade de afetação ou satisfação de direitos no caso concreto; o seu peso abstrato e a segurança das premissas empíricas que sustentam os argumentos favoráveis ou contrários à intervenção. A partir disso, será valorada cada uma destas premissas, numa escala composta pelos níveis “leve”, “moderado” e “sério”, os quais irão facilitar o seu exame.¹¹⁴

¹¹⁰ PRIETO SANCHÍS, 1998, p. 61, aduz que o respeito à Constituição exige ponderar, pois só assim será “posible conservar en pie de igualdad abstracta normas o derechos que reflejan valores heterogéneos propios de una sociedad plural”, unida e coesa em torno da Constituição, apud LOPERA MESA, op. cit., p. 498. Vide mais em PRIETO SANCHÍS, Luis, “Estudios sobre Derechos Fundamentales”, Madrid: Debate, 1990.

¹¹¹ VIGO, Rodolfo, “Los Principios Jurídicos”, Buenos Aires: Depalma, 2000, p. 183, cita que a ponderação apoia-se na capacidade do jurista resolver o caso “sobre la base de las peculiares y concretas circunstancias del problema, establezca una cierta preferencia o desplazamiento de alguno de los principios en juego.”

¹¹² ALEXY, op. cit., 202, p. 161; e LOPERA MESA, op. cit., p. 499, citando Clérico e as três etapas como de: “‘preparación de la ponderación’ [...], ‘ponderación en sentido próprio’ [...] y ‘postponderación’.”

¹¹³ LOPERA MESA, op. cit., p. 500-3.

¹¹⁴ ALEXY, op. cit., p. 95-8; e ALEXY, Robert, “Ponderação, Jurisdição Constitucional e Representação Popular”, in *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*,





O princípio da proporcionalidade como limite penal

A primeira variável refere-se ao nível de afetação, ou de não satisfação, da garantia ou do direito fundamental que é restringido pela medida legislativa, bem como o grau em que este meio contribui para satisfazer a finalidade que respalda a restrição. Além do que já fora analisado no juízo de necessidade, aqui será examinada a relação de proporção direta entre a intensidade com que a norma em questão afeta e satisfaz os princípios em pauta, e o peso que estes últimos possuem em face da ponderação.¹¹⁵

Analisando a intensidade sob o enfoque da proibição do excesso, Lopera Mesa anota que a medida pode afetar os direitos fundamentais, tanto na definição da conduta proibida, como na classe e quantidade de pena aplicada, de acordo com cinco aspectos. O do *alcance* da intervenção, onde a sua intensidade será maior quanto maior forem os tipos de posições ligadas ao direito, os quais serão afetadas pela proibição e pela pena. O da *probabilidade* que se produza a restrição, que será maior no caso das afetações desencadeadas como consequência direta e necessária da medida legislada, do que no caso das que só representem restrições potenciais ou ameaças ao direito fundamental. O da *duração*, onde uma intervenção mais longa será mais grave que a de curto tempo. O da consideração dos *efeitos secundários lesivos* que pode desencadear a penalização de uma conduta, em relação ao exercício legítimo de certas liberdades na democracia. O da *comparação* com a pena prevista para delitos de similar natureza, onde a restrição será mais intensa quando a sanção cominada na norma em pauta é maior do que a de um delito de similar ou maior gravidade, ou até do que a prevista em outro sistema.¹¹⁶

Já a intensidade com que a norma penal satisfaz o mandamento que ordena a proteção do bem jurídico, e que justifica a intervenção, é determinada por dois critérios. O da *ofensividade* da conduta que se procura inibir, de onde, quanto mais ofensiva ao objeto for a conduta descrita no tipo penal, maior será o contributo da sua proibição para tutelar o bem jurídico – sendo válido o contrário. E o da *modalidade de imputação subjetiva* ao autor da conduta, de onde a intervenção penal, dirigida a inibir ataques dolosos ao bem jurídico, representa um nível maior de tutela em relação aos ataques culposos, observando-se ainda a culpabilidade e as consequências da conduta.¹¹⁷

Quanto ao “peso abstrato”, parte-se da premissa que, apesar da hierarquia formal dos diferentes princípios em colisão, o relevo material de cada um deles pode ser diferente, conforme o significado ou valor que atribuído pelas partes na análise prática constitucional. Porém, o exame do peso abstrato é um critério

Org.: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 295-300.

¹¹⁵ LOPERA MESA, op. cit., p. 502-4, anotando os três níveis citados como *leve*, *médio* e *grave*.

¹¹⁶ LOPERA MESA, op. cit., p. 505-10.

¹¹⁷ LOPERA MESA, op. cit., p. 511-2.





Michael Schneider Flach

adicional, que complementa o da intensidade de afetação dos princípios em discussão. Aqui, para a operatividade, Lopera Mesa arrola os seis seguintes critérios: hierarquia constitucional dos princípios; prioridade dos princípios que expressam direitos individuais face aos que reconhecem bens coletivos; prioridade de direitos fundamentais em função do seu grau de resistência constitucional; proximidade da posição afetada ou protegida pela intervenção diante do espectro de aplicação do direito fundamental; vínculo com o princípio democrático e a dignidade humana, e que seja reconhecida sua prioridade em decisões precedentes de casos análogos, como vinculante.¹¹⁸

Na outra variável, é medido o grau de certeza sobre as “premissas empíricas” que respaldam os argumentos a favor ou contra a intervenção legislativa. As *favoráveis* à constitucionalidade da norma em discussão são as que se orientam a provar o nível de idoneidade da intervenção (na intensidade com que estas contribuem para atingir o seu fim) e de necessidade do meio (pela ausência de alternativas igualmente idôneas e menos restritivas). Já as *contrárias* são as que indicam o seu grau de lesividade ou afetação dos direitos fundamentais e a sua falta de necessidade, vindo a expor medidas alternativas que com menor sacrifício atingiriam a finalidade perseguida.¹¹⁹

Para a medição desta variável, utiliza-se uma escala com três intensidades, nas quais se distingue um nível de certeza alto (premissas certas ou seguras), médio (premissas plausíveis ou justificáveis) e mais baixo (premissas que não são evidentemente falsas). Determinado o valor das variáveis relevantes para a fixação do peso de cada um dos princípios, o próximo passo será relacionar tais valores e resumir, numa só magnitude, o peso de cada um, para estabelecer qual princípio prevalece sobre o outro. Assim, torna-se possível delimitar e observar os direitos fundamentais afetados pela intervenção penal (conduta e sanção) e os bens jurídicos para cuja proteção está voltada a medida em pauta.¹²⁰

Após, deverá ser realizado o exame de comparação e prevalência, onde quanto maior for o peso do princípio afetado pela intervenção no caso concreto, tanto maior deve ser o peso que possua, naquele caso, o princípio que autoriza a intervenção penal. Ou seja: quanto mais um princípio é restringido, maior é a sua capacidade de resistência e, então, o seu peso – o que exigirá um aumento da força das razões contrárias a ele.¹²¹

Já nas situações em que os valores em discussão possuem a mesma medida, bastará que o princípio que justifica a restrição seja igual ou maior

¹¹⁸ LOPERA MESA, op. cit., p. 513-24.

¹¹⁹ LOPERA MESA, op. cit., p. 525-6.

¹²⁰ ALEXY, op. cit., 2002, p. 158-69; e LOPERA MESA, op. cit., p. 526 e 531-5.

¹²¹ BERNAL PULIDO, op. cit., p. 787-8; e ALEXY, op. cit., 2002, p. 161.





O princípio da proporcionalidade como limite penal

que o afetado, resolvendo-se a questão de acordo com as razões legislativas. Aqui, presume-se a constitucionalidade da norma sempre que os benefícios que dela derivam sejam, no mínimo, iguais aos sacrifícios que ela importa aos direitos fundamentais.¹²²

Firmado o juízo de ponderação num caso concreto, surge que os resultados daí obtidos serão expressos mediante uma regra destinada a valer como premissa maior da fundamentação interna do juízo de constitucionalidade da lei em discussão e como precedente aplicável aos casos futuros, dotados de idênticas propriedades relevantes. Então, a partir de uma situação fática resolvida, é formulada uma construção genérica que sirva de suporte para uma regra, a qual expressará o produto da ponderação tanto para aquele caso, como para outros que sejam subsumíveis numa mesma hipótese.¹²³

Trata-se, aqui, da chamada “relação de precedência condicionada” entre o direito fundamental e o princípio que justifica a restrição, resultante do exame da proporcionalidade em sentido estrito. Assim, se precedência é firmada em favor do direito fundamental, a intervenção sobre ele deve ser declarada inconstitucional. Mas se a precedência recair sobre a norma restritiva, esta será considerada constitucional.¹²⁴

Entretanto, tal não significa que o princípio ou o direito, que aqui teve de ceder, esteja superado ou venha a ocupar uma hierarquia inferior na escala de valores do sistema. Afinal, o tipo de regra resultante desta ponderação poderá ser revisto, conforme os requisitos e as particularidades do novo caso. Só que, nas situações futuras, a parte que pretende modificar a solução prévia deverá apresentar fundamentos e satisfazer exigências ainda maiores do que na hipótese original. Tal ocorre em razão do peso da regra gerada pelo precedente e que irá se irradiar para casos idênticos e análogos.¹²⁵

Em termos penais, isso significa que o tipo de comparativo que será realizado deve ter em conta que, quanto mais drástica for a intervenção nas liberdades individuais, tanto maior terá de ser o tipo de interesse que com tal meio busca-se resguardar. Aqui, como a restrição manifestar-se-á sobre os chamados “direitos de defesa”, deverá ser operada a ponderação entre tais categorias, a fim de apontar qual irá prevalecer naquelas condições. Sem prejuízo de se recorrer a outros métodos, já que o penal seria o meio mais rigoroso.¹²⁶

¹²² BERNAL PULIDO, op. cit., p. 795; e LOPERA MESA, op. cit., p. 543.

¹²³ LOPERA MESA, op. cit., p. 545-6; e BERNAL PULIDO, op. cit., p. 796-7, no todo.

¹²⁴ BERNAL PULIDO, op. cit., p. 798-9, e LOPERA MESA, op. cit., p. 547-8.

¹²⁵ ALEXY, op. cit., 2002, p. 94 e 166-9; e BERNAL PULIDO, op. cit., p. 796-9;

¹²⁶ FLACH, op. cit., p. 44.





Michael Schneider Flach

Para tanto, serão avaliadas as dimensões em torno do delito e sua gravidade, em relação às consequências impostas ao agente pela prática do ilícito penal. De onde, um fato de menor relevo não pode ser castigado como outro mais grave e vice-versa.¹²⁷ Pois, além de desproporcional – por excesso ou insuficiência –, causaria entropia no âmbito de valoração social das condutas. De qualquer modo, os “ganhos” (proteção) não precisam ser superiores às “perdas” (restrição), bastando que sejam proporcionais.

De qualquer modo, importa salientar que, além de proibir o excesso, o princípio da proporcionalidade também se releva pela *proibição da proteção deficiente* a um direito reconhecido como fundamental, frente ao qual milita um dever inarredável de tutela. Trata-se, pois, de um princípio dotado de dupla face, a partir do qual é vedado ao Estado agir com demasia em face dos cidadãos, ao mesmo tempo que não poderá incorrer em omissões, no que diz respeito às obrigações protetivas em prol dos integrantes do contrato social.¹²⁸

Referências bibliográficas

AGUADO CORREA, Teresa, “El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal”, Madrid: Edersa, 1999.

ALEXY, Robert, “Ponderação, Jurisdição Constitucional e Representação Popular”, in *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*, Org.: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 295-300.

ALEXY, Robert, “Teoría de Los Derechos Fundamentales”, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ARISTÓTELES, “Ética a Nicômano”, Livro V, São Paulo: Abril Cultural, 1996.

BARROS, Suzana de Toledo, “O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais”, Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luis Roberto, “Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Constitucional”, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 6, nº 23, p. 65-78, abr./jun. 1998.

BECCARIA, Césare, “Dos Delitos e das Penas”, 2ª ed., Trad. José Cretella Jr. et al., São Paulo: RT, 1999.

BERNALPULIDO, Carlos, “*El Principio de la Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*”, 3ª ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

BONAVIDES, Paulo, “Curso de Direito Constitucional”, 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

BRANDÃO, Cláudio, “Introdução ao Direito Penal: Análise do Sistema Penal à Luz do Princípio da Legalidade”, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

¹²⁷ LUZÓN PEÑA, op. cit., p. 85-6.

¹²⁸ Sobre o teor da proporcionalidade aplicado à proibição da insuficiência, v. FLACH, op. cit., p. 178-229.





O princípio da proporcionalidade como limite penal

CALLEJÓN, Francisco Balaguer, “La Configuración Normativa de Principios y Derechos Constitucionales en la Constitución Europea”, in “Jurisdição e Direitos Fundamentais”, v. 1, tomo I, Org. SARLET, Ingo Wolfgang, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 2003, Coimbra: Almedina.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos, “Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales”, 3ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch Alternativa, 1999.

CORREIA, Belize Câmara, “O Controle da Constitucionalidade dos Tipos Penais Incriminadores à Luz da Proporcionalidade”, Porto Alegre: SAFE, 2009.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “La Racionalidad de Las Leys Penales”, Madrid: Trotta, 2003.

DIMOULIS, Dimitri, “Elementos e Problemas da Dogmática dos Direitos Fundamentais”, in *Jurisdição e Direitos Fundamentais*, v. 1, tomo II, Org. SARLET, Ingo, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DWORKIN, Ronald, “Uma Questão de Princípio”, São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FELDENS, Luciano, “A Constituição Penal. A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle das Normas Penais”, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FLACH, Michael S., “As Duas Faces do Princípio da Proporcionalidade e as Normas Penais: Entre a Proibição do Excesso e a Proibição da Proteção Deficiente”, Dissertação Mestrado, Porto Alegre: PUC, 2009.

FLACH, Michael Schneider, “As Políticas Criminais e Sociais no Estado Moderno como Alternativas ao Recrudescimento do Direito e do Processo Penal”, *Revista de Estudos Criminais*, ano 8, nº 28, Porto Alegre, ITEC e Notadez, p. 193-205, jan.-mar. 2008.

FREITAS, Juarez, “O Estado, a Responsabilidade Extracontratual e o Princípio da Proporcionalidade”, in *Jurisdição e Direitos Fundamentais*, op. cit., v. 1, tomo I, 2005.

FREITAS, Luiz Fernando Calil, “Direitos Fundamentais. Limites e Restrições”, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GOMES, Mariângela G. M., “O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal”, São Paulo: RT, 2003.

GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas, “Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal”, Madrid: Colex, 1990.

GUERRA FILHO, Willis Santiago, “Notas em Torno do Princípio da Proporcionalidade”, in *Perspectivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976*, I, Org. MIRANDA, Jorge, Coimbra: Coimbra, 1996.

GUERRA FILHO, Willis, “Princípio da Proporcionalidade e o Devido Processo Legal”, in *Interpretação Constitucional*, Org.: SILVA, Virgílio Afonso da, São Paulo: Malheiros, 2005.

HÄBERLE, Peter, “Aspectos de Uma Teoria Constitucional para a Europa”, in “Jurisdição e Direitos Fundamentais”, v. 1, tomo I, Org. SARLET, Ingo Wolfgang, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HASSEMER, Winfried, “Crítica al Derecho Penal de Hoy”, Bogotá: Universidad de Colombia, 1998.

JIMÉNES CAMPO, Javier, “Derechos Fundamentales Concepto y Garantías”, Madrid: Trotta, 1999.





Michael Schneider Flach

- LASCURÁIN SÁNCHEZ, “La Proporcionalidad de La Norma Penal”, *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, CEIP, ano 1, nº 0, maio/ago. 2000.
- LISZT, Franz von, “Tratado de Direito Penal”, T. 1, Trad.: José Pereira, Campinas: Russel, 2003.
- LOPERA MESA, “Principio de Proporcionalidad y Ley Penal”, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Curso de Derecho Penal.”, vol. 1, Madrid: Universitas, 1996.
- LYRA, Roberto, “Direito Penal Normativo”, Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1975.
- MARTINS, Leonardo, “Proporcionalidade como Critério de Controle da Constitucionalidade (Problemas de sua Recepção pelo Direito e Jurisdição Constitucional Brasileiros)”, *Revista da Ajuris*, ano 33, nº 101.
- MATA BARRANCO, Norberto J. de la, “El Principio de Proporcionalidad Penal”, Valência: Tirant lo Blanch, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, “Curso de Direito Constitucional”, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.
- MICHELMANN, Frank I, “A Constituição, os Direitos Sociais e a Justificativa Política Liberal”, *in Jurisdição e Direitos Fundamentais*, op. cit., v. 1, tomo I, 2005.
- PACHECO, Denilson, “O Princípio da Proporcionalidade no Direito Processual Brasileiro”, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 153, ÁVILA, Humberto, “Teoria dos Princípios”, São Paulo: Malheiros, 2006.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Estudios sobre Derechos Fundamentales”, Madrid: Debate, 1990.
- ROCHA, Luiz Otavio de Oliveira, “O Princípio de Proporcionalidade como Instrumento de Controle Constitucional das Normas Penais”, *Revista dos Tribunais*, ano 89, v. 772, p. 467-8, fev. 2000.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Olga, “Los Principios en el Derecho y la Dogmática Penal”, Madrid: Dikson, 2004.
- SARMENTO, Daniel, “Colisões entre Direitos Fundamentais e Interesses Públicos”, *in Jurisdição e Direitos Fundamentais*, v. 1, tomo II, Org. SARLET, Ingo, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SCHWABE, Jürgen, “Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão”, Org. e Int.: MARTINS, Leonardo; Trad.: Beatriz Hennig et al., Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.
- SCHOLLER, Henrich, “Princípio da Proporcionalidade nos Direitos Constitucional e Administrativo da Alemanha”, *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, Porto Alegre, v. 11, nº 38, 2000.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da, “O Proporcional e o Razoável”, *Revista dos Tribunais*, ano 91, v. 798, 2002.
- STEINMETZ, Wilson Antônio, “Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade”, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- STUMM, Raquel Denise, “Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro”, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- VIGO, Rodolfo L., “Los Principios Jurídicos”, Buenos Aires: Depalma, 2000.
- ZAGREBELSKI, Gustavo, “El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia”, 8ª ed., Madrid: Trotta, 2008.

