

O Princípio da Proporcionalidade

Ruy Malveira Guimarães

(Promotor de Justiça em Anamá-AM. Ex-professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Amazonas. Pós-graduado *Lato Sensu* em Direito Processual Civil – UA. Direito Penal e Direito Processual Penal – UA)

Sumário: 1 – Apresentação. 2 – Princípio. Conceito. 3 – Antecedentes históricos. 4 – O princípio da proporcionalidade e seus subprincípios. 5 – Ambigüidades terminológicas. 6 – O princípio da proporcionalidade na Constituição Federal/88. 7 – O princípio da proporcionalidade no Direito Penal. 8 – O princípio da proporcionalidade e a lei de crimes hediondos. 9 – Críticas ao princípio da proporcionalidade. 10 – Conclusão.

1. Apresentação

Há algum tempo este tema – princípio da proporcionalidade – tem nos despertado um certo interesse, razão pela qual passamos a refletir mais detidamente sobre o mesmo. Com o auxílio de alguns autores de escol, que estudam o referido cânone de forma aprofundada, ousamos tangenciá-lo, fazendo algumas poucas observações despretensiosas, principalmente quanto a aplicação do princípio *sub examen* no campo constitucional, penal e, também, diante da Lei n.º 8.072/90. Ao redor deste núcleo de reflexões, outros tópicos serão examinados, como os antecedentes históricos, os subprincípios, as vacilações terminológicas e, ainda, de forma sintética, foram reunidas algumas críticas direcionadas ao princípio da proporcionalidade por juristas pátrios.

2. Princípio. Conceito

A palavra “princípio” é derivada do latim *principium* (origem, começo). De Plácido e Silva afirma que, “em sentido vulgar quer expri-

mir o começo da vida ou o primeiro instante em que as pessoas ou as coisas começam a existir”.⁶⁷ No sentido jurídico, os princípios “significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito”.⁶⁸ Não obstante a singeleza com que foram apresentadas as definições, há que se fazer registro da existência de significados outros, como nos faz ver José Afonso da Silva⁶⁹, em sua obra mais difundida e, ainda, Ricardo Guastini⁷⁰.

Roque Antonio Carraza, tributarista de projeção nacional, de maneira simples, sem perder o foco científico, professora:

*...num edifício tudo tem importância: as portas, as janelas, as luminárias, as paredes, os alicerces etc. No entanto, não é preciso termos conhecimentos aprofundados de Engenharia para sabermos que muito mais importantes que as portas e janelas (facilmente substituíveis) são os alicerces e as vigas-mestras. Tanto que, se de um edifício retirarmos ou destruírmos uma porta, uma janela ou até mesmo uma parede, ele não sofrerá nenhum abalo mais sério em sua estrutura, podendo ser reparado (ou até embelezado). Já, se dele subtrairmos os alicerces, fatalmente cairá por terra. De nada valerá que portas, janelas, luminárias, paredes etc., estejam intactas e em seus devidos lugares. Com inevitável desabamento, não ficará pedra sobre pedra. Pois bem, tomadas as cautelas que as comparações impõem, estes ‘alicerces’ e estas ‘vigas-mestras’ são os princípios jurídicos, ora objeto de nossa atenção.*⁷¹

Assim, os princípios jurídicos são os pontos cardeais, ou seja, as pilstras em que se apóia todo o edifício do nosso sistema jurídico. São a base, o alicerce do Direito.

67 Vocabulário Jurídico, vol. III, RJ-SP: Forense, 1963, p. 1.220.

68 Ob. cit., p. 1220.

69 Curso de Direito Constitucional Positivo. 10.ª ed., SP: Malheiros Editores, 1995, p. 93.

70 Dalle Fonti alle Norme, Torino, 1990, p. 112-120.

71 Curso de Direito Constitucional Tributário. 8.ª ed., SP: Malheiros Editores, 1996, p. 29.

É Carraza, novamente, quem nos brinda com a precisa definição de princípio jurídico, ao escrever com pena de mestre: “princípio jurídico é um enunciado lógico implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam”.⁷²

3. Antecedentes históricos

O surgimento do princípio da proporcionalidade, no século XVIII, vincula-se a limitação do poder, no sentido de oferecer garantia à liberdade individual diante dos interesses e intervenções administrativas. Naquela ocasião, o princípio da proporcionalidade – instrumento controlador do poder exacerbado – situava-se na área administrativa e na criminal, tendo sua aplicação canalizada para a questão da proporcionalidade das sanções penais em relação aos crimes.

Foi na Alemanha, em meados do século XX, que o princípio da proporcionalidade, até então contido no âmbito do Direito Administrativo, mais especificamente integrando o direito de polícia, avançou a passos largos, para sair da penumbra e ficar sob as luzes, vez que adquiriu foro constitucional.

4. O princípio da proporcionalidade e seus subprincípios

A prof.^a Suzana de Toledo Barros, procuradora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal, ensina que “O Tribunal Constitucional alemão assimilou em larga medida a preocupação com os direitos fundamentais estampados na Lei Fundamental, reconhecendo a necessidade prática de controlar as restrições legais a esses direitos no que se refere aos três aspectos: necessidade (*Erforderlichkeit*), adequação (*Geeignetheit*) e proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) da medida restritiva”.⁷³

⁷² Ob. cit., p. 29.

⁷³ *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 2.^a ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 46.

O jurista cearense Willis Santiago Guerra Filho, estudioso do tema ora apresentado, discorreu com maestria sobre a tríplice manifestação do “mandamento da proporcionalidade” (*Verhältnismässigkeit-gebot*), apontada pela prof.^a Suzana Barros. Escreveu o Mestre: “Para haver adequação, o que importa é a conformidade com o objetivo (*Zielkonformität*) e a “prestabilidade” para atingir o fim (*Zwecktauglichkeit*) da medida. O BverfG reconhece, porém, que o estabelecimento de objetivos e de meios para alcançá-los é um problema de política legislativa (ou administrativa) que a ele não cabe resolver, em substituição das autoridades constitucionalmente competentes reservando-se para interferir só em casos excepcionais e raros, onde é patente sua inadequação e objetivamente imprestável a medida, sendo a avaliação feita para torná-la claramente errônea e refutável. A exigibilidade costuma ser associada à busca do “meio mais suave” (*milderes Mittel*) dentre vários possíveis, para atingir o fim buscado, no que se reconhece haver grande margem de ação (*Handlungsspielraum*) e campo para realização (*Gestaltungsbereich*) ao legislador (e, logo, também à Administração Pública). A proporcionalidade em sentido estrito importa na correspondência (*Angemessenheit*) entre meio e fim, o que requer o exame de como se estabeleceu a relação entre um e outro, com o sopesamento (*Abwägung*) de sua recíproca apropriação, colocando, de um lado, o interesse no bem-estar da comunidade, e de outro, as garantias dos indivíduos que a integram, a fim de evitar o beneficiamento demasiado de um em detrimento do outro”.⁷⁴ Assim, em suma, “pode-se dizer que uma medida é *adequada*, se atinge o fim almejado, *exigível*, por causar o menor prejuízo possível e, finalmente, *proporcional em sentido estrito*, se as vantagens que trará superam as desvantagens”.⁷⁵

Assim sendo, a doutrina tem como subprincípios que compõem o princípio da proporcionalidade, a adequação, a exigibilidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

74 Teoria Processual da Constituição. SP: Celso Bastos Editor, 2000, p. 85-86.

75 Willis Santiago Guerra Filho, ob. cit., p. 84-85.

5. Ambigüidades terminológicas

A doutrina e a jurisprudência acabaram por gerar verdadeira balbúrdia terminológica ao tentarem enfrentar o problema do cânone *sub examen*.

Termos como proporcionalidade, validade de fim, necessidade, mínimo de intervenção, conformidade, proibição de excesso e razoabilidade, geralmente, são utilizados indistintamente e, não raro, para designar os subprincípios ou elementos parciais que formam o dito princípio.

Em nosso Direito pátrio, sejam juristas, sejam Tribunais, empregam, via de regra, os termos proporcionalidade e razoabilidade. O Supremo Tribunal Federal utilizou os termos proporcionalidade e razoabilidade, ao deferir a liminar de suspensão dos efeitos da Lei n.º 10.248/93 Paraná. Senão vejamos: “Gás liquefeito de petróleo: lei que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para a substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: arguição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e §, 25, § 2.º, e 238, além de violação ao *princípio da proporcionalidade e razoabilidade* das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da arguição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida (sem grifos no original)”.⁷⁶

Celso Ribeiro Bastos professora que “Compreende-se o denominado ‘princípio’ da proporcionalidade, a *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, também chamado de mandamento da proibição de excesso (*Übermaßverbot*) como um guia à atividade interpretativa, que indiscutivelmente apresenta grande liberdade de atuação, tendo em vista os fins a serem atingidos, e a exigibilidade da escolha destes. Ressalte-se ainda que a proporcionalidade e razoabilidade costumam ser empregadas indiferentemente”.⁷⁷

76 STF, Pleno, j. 01.01.93, Rel. Min. Sepúlveda Pertence *apud* Suzana de Toledo Barros, ob. cit., p. 73-74.

77 *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. SP: Celso Bastos Editor, 1997, p. 175.

O prof. Paulo Bonavides, como sempre, profundo em suas reflexões, nos mostra as vacilações e ambigüidades terminológicas atinentes ao princípio enfocado. Assim, professora o Mestre:

Resume Hirschberg 'grandes estádios', a saber, a trajetória temporal do 'princípio da proporcionalidade', qual hoje o conhecemos e utilizamos em sua acepção lata, que abrange todos aqueles aspectos ou conteúdos parciais inseridos em sua composição, sob a denominação de Übermassverbot. Tem o mesmo significado do princípio da necessidade (Erforderlichkeit) no Direito de Polícia (Polizeirecht), conforme consta da noção conceitual estabelecida por Jellinek. A seguir, biparte-se nos princípios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, compreendendo ainda um círculo de aplicação relativamente limitado, qual flui dos ensinamentos de Lerche. De último, a par da Übermassverbot, que não foi desterrada do uso terminológico, serve a proporcionalidade para designar as 'trias' de subprincípios ou conceitos parciais conhecidos por regras de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (Geeignetheit, Erforderlichkeit e Verhältnismässigkeit i. e. S.).⁷⁸

6. O princípio da proporcionalidade na Constituição Federal/88

O princípio da proporcionalidade é, indubitavelmente, princípio constitucional, que apesar de inexistir como norma de direito escrito, pode ser encontrado de forma dispersa ao longo do texto constitucional, como por exemplo nos arts. 5.º, V, X e XXV; 7.º, IV, V e XXI; 37, IX; 71, VIII; 84, parágrafo único; 170, *caput*, etc.

Mirando-o como princípio constitucional, podemos vislumbrá-lo implícito em nossa Carta Política; portanto, positivado em nosso Direito Constitucional, como constata-se da leitura no § 2.º do art. 5.º, que abar-

78. *Curso de Direito Constitucional*. SP: Malheiros Editores, 2000, p. 369.

ca direitos e garantias não-expressas, mas decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Magna Carta Brasileira.

7. O princípio da proporcionalidade no Direito Penal

O referido princípio tem suma relevância na seara do Direito Punitivo, “seja na adequação típica das condutas às descrições das normas, seja na atenuação dos rigores sancionatórios abstratos”.⁷⁹

Maurício Lopes defende a aplicação do referido princípio pelo Poder Judiciário na concretização do Direito Penal, seja na tipificação dos crimes, deixando de fora dos tipos legais comportamentos que não se mostrem, como ensina o Mestre, materialmente lesivos aos valores tutelados pelo legislador e pelo constituinte de 1988, seja na adequação da resposta do Estado, através das sanções a ilícitos de menor gravidade.⁸⁰

Maurício Lopes, desta feita em outra obra de sua lavra, professora que “O princípio da proporcionalidade também é levantado por Muñoz Conde e Hassemer, como fundamento ético-social de legitimação do Direito Penal, admitindo que o desrespeito a esse princípio afasta a idéia de uma finalidade do Direito Penal compatível com as bases de sustentação de um Estado Social e Democrático de Direito”.⁸¹

É de se notar, entretanto, que as leis penais podem ser “suavizadas”, desde que interpretadas consoante a ordem constitucional. Isto decorre da unidade da ordem jurídica. Assim, “o princípio da proporcionalidade penetra nas normas das leis penais, seja na tipificação dos atos ilícitos, seja em seu sancionamento, inevitavelmente, pela superioridade hierárquica da Constituição”⁸². Ressalte-se que a admissão de uma hierarquia de valores constitucionais, não implica em que o Judiciário possa descaracterizar a Carta Política, “revogando-a”, impulsionado por paixões de toda ordem, principalmente de matiz político.

79 Maurício Antonio Lopes. *Teoria Constitucional do Direito Penal*. SP: Ed. RT, 2000, p. 421.

80 Ob. cit., p. 423.

81 *Princípio da Insignificância no Direito Penal*. 2.^a ed. rev., atual. e ampl., Ed. RT, 2000, p. 69.

82 *Teoria Constitucional do Direito Penal*, p. 428.

8. O princípio da proporcionalidade e a lei de crimes hediondos

Sendo a pena aplicada desproporcional à gravidade do fato, temos aí, atingida mortalmente, a dignidade da pessoa. O princípio da proporcionalidade deve necessariamente ponderar entre a gravidade do fato e da pena, de forma a atingir o adequado equilíbrio.

A Lei n.º 8.072/90 (Crimes Hediondos) é, na legislação penal brasileira, ao que nos parece, o maior exemplo de inadequabilidade entre a gravidade do preceito sancionador e a danosidade social do comportamento incriminado.

O festejado Alberto Silva Franco ensina, com o brilhantismo que lhe é extremamente peculiar, que:

*A Lei n.º 8.072/90 provocou uma verdadeira ruptura do sistema de penas no Brasil, criando uma evidente situação de desproporcionalidade entre os delitos contra a vida e a integridade física, de um lado, e os delitos patrimoniais, de outro, aqueles punidos com muita brandura e estes com fantástica severidade, numa inversão vesga de valores.*⁸³

Mais adiante, continua:

Mas, além dessa observação de ordem geral, a Lei n.º 8.072/90, no seu art. 6.º, cominou para o delito de atentado violento ao pudor, mantida a definição típica constante do art. 214 do Código Penal, a pena reclusiva variável entre seis e dez anos, equiparando o respectivo preceito sancionatório ao do estupro. A absurda identidade punitiva dos dois tipos, que representam graus diversos de gravidade delitiva, torna-se ainda mais insuportável quando se verifica que a figura do atentado violento ao pudor tem uma composição estrutural que permite abranger, sob sua pro-

83 Crimes Hediondos. 4.ª ed. rev., atual. e ampl., SP: Ed. RT, 2000, p. 68.

teção, atos libidinosos que vão desde o beijo lascivo ou as apalpadelas no corpo alheio até o coito anal. Um amplo espectro de atos de desafogo da libido acomoda-se ao tipo do art. 224 do Código Penal e a cominação de um mesmo preceito penal, para todos esses atos, cria, em diversas situações, um gritante desequilíbrio entre a gravidade do fato e a gravidade da apenação. É evidente que o legislador infraconstitucional não estava autorizado a apenar, nessas condições, o atentado violento ao pudor e, se o fez, ofendeu ao princípio constitucional da proporcionalidade, que tem suporte não apenas no arcabouço sistemático do Estado Democrático de Direito, mas, também, no princípio estruturante da dignidade da pessoa humana e na proibição constitucional de tratamento punitivo desumano ou degradante e de penas cruéis.⁸⁴

Alberto S. Franco conclui lembrando que “O princípio da proporcionalidade não é endereçado apenas ao legislador, mas também ao juiz no sentido de que, na margem de arbítrio, que lhe sobra, entre o mínimo e máximo cominados ao tipo, deve compor uma pena proporcionada às circunstâncias, de caráter objetivo e subjetivo, do delito praticado”.⁸⁵

9. Críticas ao princípio da proporcionalidade

O princípio em estudo tem sido alvo de inúmeras críticas, sendo umas totalmente improcedentes e outras que merecem uma maior atenção.

Há juristas que consideram ser o uso do princípio da proporcionalidade uma espécie de intervenção do Judiciário na esfera reservada ao legislador, o qual seja, de formular leis e exercer um poder que lhe é peculiar na organização do Estado. Assim sendo, o magistrado subrogar-se-ia no papel político do legislador, a quem cabe instituir a disciplina jurídica dos direitos fundamentais.⁸⁶

84 Ob. cit., pp. 68-69.

85 Ob. cit., p. 69.

86 Suzana T. Barros, ob. cit., p. 203.

Assim sendo, o princípio sofre críticas na medida em que ameaça o princípio da separação de poderes, pois, como escreve Paulo Bonavides, tal ameaça,

principalmente na relação Legislativo-Judiciário, tão delicada em se tratando de aplicação do princípio da proporcionalidade, transparece destas palavras de Huber: 'De modo especial os princípios abertos de direito se tornam perigosos quando transpõem as respectivas fronteiras, abandonando dessa maneira os seus conteúdos. É aí que eles favorecem os deslocamentos secretos de poder na organização do Estado, tais aqueles, por exemplo, ocorridos entre juiz e legislador e legislador e administrador, conforme se há demonstrado'.⁸⁷

A idéia de dar primazia a uma decisão material justa ao caso concreto conduz a um relativismo da aplicação da lei, o que importa em séria ameaça aos princípios da segurança jurídica e igualdade, sobre os quais repousa a própria noção de *justiça*. O relativismo da aplicação das normas de direitos fundamentais afetaria o próprio sistema de garantias jurídico-fundamentais concebido mediante reservas legais, podendo, ainda, desembocar em uma ampla nivelção dos direitos fundamentais.⁸⁸

Como que resumindo as críticas de maior peso ao princípio em foco, Maurício Lopes escreve: “Apesar das justificativas nobres para sua existência e utilização, críticas são feitas ao princípio: dificuldade em precisar o real conteúdo do princípio; a insegurança jurídica que decorre de seu reconhecimento e aplicação, pois o juiz pode converter-se em legislador, principalmente pela crescente importância que vem conquistando na aplicação de Direitos fundamentais; o risco que se corre com a indeterminação de um Direito fundamental em convertê-lo em Direito genérico; a instabilidade no processo penal; o princípio acenaria para o perigo em converter-se em um limite aos próprios direitos fundamentais e não

87 Paulo Bonavides, ob. cit., p. 391.

88 Suzana T. Barros, ob. cit., p. 204.

um limite às limitações impostas a eles; redução do conteúdo das liberdades; e, por fim, causaria o abalo de equilíbrio constitucional dos poderes”.⁸⁹

10. Conclusão

O Princípio da Proporcionalidade é, hoje, mais do que nunca, não apenas no território do Direito Constitucional, como também no do Direito Penal, cânone do Estado de Direito, instrumento que inibe todo e qualquer excesso praticado pelo poder estatal, mormente no que pertine ao exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, devendo ser aplicado como princípio implícito de nossa Carta Política.

89 *Teoria Constitucional do Direito Penal*, p. 433.

