



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL  
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS – FDA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
MESTRADO EM DIREITO**

**RYLDSON MARTINS FERREIRA**

**A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NA FIXAÇÃO DA PENA E A OBSERVÂNCIA (DO  
PRINCÍPIO) DA PROPORCIONALIDADE COMO FORMA DE TUTELA DO DIREITO  
FUNDAMENTAL À LIBERDADE**

**Maceió, Alagoas  
2013**

**RYLDSON MARTINS FERREIRA**

**A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NA FIXAÇÃO DA PENA E A OBSERVÂNCIA (DO PRINCÍPIO) DA PROPORCIONALIDADE COMO FORMA DE TUTELA DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – FDA/UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Professor Doutor Alberto Jorge Correia de Barros Lima

**Maceió, Alagoas  
2013**

**Catálogo na fonte**  
**Universidade Federal de Alagoas**  
**Biblioteca Central**  
**Divisão de Tratamento Técnico**  
**Bibliotecário Responsável: Valter dos Santos Andrade**

F383d Ferreira, Ryldson Martins.  
A discricionariiedade judicial na fixação da pena e a observância (do principio) da proporcionalidade como forma de tutela do direito fundamental à liberdade / Ryldson Martins Ferreira, 2013.  
110 f.

Orientador: Alberto Jorge Correia de Barros Lima.  
Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas.  
Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2009.

Bibliografia: f. 106-110.

1. Pena (Direito). 2. Direitos fundamentais. 3. Proporcionalidade (Direito).  
3. Direito à Liberdade. I. Título.

CDU: 342.7



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL**  
**FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD**  
**MESTRADO EM DIREITO**

**RYLDSON MARTINS FERREIRA**

**“A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NA FIXAÇÃO DA PENA E A OBSERVÂNCIA (DO PRINCÍPIO) DA PROPORCIONALIDADE COMO FORMA DE TUTELA DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE”**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas - UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. ALBERTO JORGE CORREIA DE BARROS LIMA

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Mestrado, e a julgou nos seguintes termos:

Profª. Drª. Maria da Graça Marques Gurgel (UFAL)

Julgamento: Aprovado (concordo B)

Assinatura:

Prof. Dr. Frederico Dantas (UFAL)

Julgamento: Aprovado B

Assinatura:

Prof. Dr. Teodomiro Noronha Cardozo (UFPE)

Julgamento: Aprovado (B)

Assinatura:

Maceió, 25 de junho de 2013.

  
**Sara Regina A. França**  
Secretária de Mestrado - FDA/UFAL  
SIAPE 1940798

## RESUMO

Este trabalho faz uma análise da tutela ao direito fundamental à liberdade quando da fixação da pena. Fazendo um sucinto estudo das funções dos direitos fundamentais e da possibilidade deste ser objeto de limitações e restrições, investiga-se como a proporcionalidade, que é considerada um limite dos limites, deve interferir para que seja assegurada a efetiva proteção dos direitos fundamentais, em específico do direito fundamental à liberdade. Desse modo, abordam-se os diversos aspectos polêmicos da proporcionalidade, bem como os princípios penais influentes em matéria que com ela se relacionam. Realiza-se, também, um estudo do processo de aplicação da pena e da função que esta última desempenha no Estado Democrático de Direito. Para tanto, faz-se uma abordagem de como o magistrado deve proceder, quer quando for avaliar as circunstâncias aplicáveis ao caso concreto, quer quando for mensurá-las. Nesse sentido, apresentam-se alguns critérios propostos pela doutrina. Com isso, demonstra-se que quando da aplicação da pena, o magistrado deverá se pautar pelo princípio da proporcionalidade, evitando-se, com isso, o excesso, cuja consequência é a violação ao direito fundamental à liberdade.

**Palavras-Chave:** Fixação da Pena. Direitos Fundamentais. Proporcionalidade. Direito à Liberdade.

## **ABSTRACT**

This enquiry makes an analysis of the entitlement to the fundamental right to freedom in the moment of criminal sentencing. Through a concise scrutiny of the practicalities of fundamental rights and their likelihood to be restrained and circumscribed, it is investigated how the proportionality principle, which is considered a limit to limits, should interfere to ensure effective protection of fundamental rights, particularly the fundamental right to freedom. Therefore, the many polemical aspects of proportionality, as well as the other punitive interrelated principles are addressed. It is also endeavored a dissection of the individualized sentencing process and its foremost role in the Democratic State of Law. In order to do so, it is established a set of guidelines on how the judge must proceed, either to evaluate the precise circumstances relevant to the given existent situation or to measure their significance. Thus, some of the interconnected criteria found in doctrine are displayed. As a final point, it is stated that Judges must be led by the proportionality principle when conducting the sentencing process, with the objective of preventing arbitrary and capricious punishment, and consequently, violations to the fundamental right to freedom.

**Keywords:** Sentencing process. Fundamental Rights. Proportionality. Right to Freedom.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	7
1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	11
1.1 FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	11
1.2 LIMITES E RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	13
1.2.1 Limites dos Direitos Fundamentais .....	13
1.2.2 Limites aos limites dos Direitos Fundamentais .....	16
1.3 O Direito Fundamental à liberdade .....	17
2. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE .....	24
2.1 ORIGEM E FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL .....	24
2.2 PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE .....	28
2.3 DAS “VACILAÇÕES TERMINOLÓGICAS” DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE .....	32
2.4 NATUREZA JURÍDICA .....	34
2.5 ELEMENTOS OU SUBPRINCÍPIOS .....	39
2.5.1 ADEQUAÇÃO .....	41
2.5.2 NECESSIDADE .....	41
2.5.3 PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO .....	42
3 A PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL E OS PRINCÍPIOS INFLUENTES EM MATÉRIA PENAL .....	44
3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....	45
3.2 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE .....	47
3.3 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA .....	49
3.4 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA .....	51
3.5 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA .....	55
3.6 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL .....	56
3.7 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE .....	57
3.8 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DA PENA .....	59
4. DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA .....	62
4.1 A INDIVIDUALIZAÇÃO JUDICIAL DA PENA – DOS SISTEMAS PRECEDENTES AO MODELO ATUAL .....	63
4.2 SINOPSE HISTÓRICA DA APLICAÇÃO DA PENA NO BRASIL .....	66
4.3 DA SISTEMÁTICA ATUAL DE APLICAÇÃO DA PENA .....	71
4.4 MÉTODO DE APLICAÇÃO DA PENA .....	63
4.4.1 ARBITRARIEDADE OU DISCRICIONARIEDADE? .....	66

4.4.2 PRIMEIRA FASE - AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL.....	76
4.4.2.1 A CULPABILIDADE.....	77
4.4.2.2 OS ANTECEDENTES DO RÉU.....	79
4.4.2.3 CONDUTA SOCIAL.....	82
4.4.2.4 A PERSONALIDADE.....	83
4.4.2.5 OS MOTIVOS .....	84
4.4.2.6 AS CIRCUNSTÂNCIAS.....	85
4.4.2.7 AS CONSEQUÊNCIAS .....	86
4.4.2.8 O COMPORTAMENTO DA VÍTIMA .....	87
4.4.3 SEGUNDA FASE – AS CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E AS ATENUANTES .....	87
4.4.4 TERCEIRA FASE – CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO E DE DIMINUIÇÃO .....	89
4.5 CÁLCULO DA PENA.....	91
4.6 DA APLICAÇÃO DA PENA NO PROJETO DE LEI 236/2012 .....	97
4.7 COMENTÁRIOS A DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE ALAGOAS QUE VERSAM SOBRE A DOSIMETRIA PENAL	98
CONCLUSÃO .....	102
REFERÊNCIAS.....	106



## INTRODUÇÃO

A atividade judicial de fixação da pena é, indubitavelmente, uma arduosa tarefa para os magistrados. Nesta, estão em jogo uma série de interesses. Dentre outros, de um lado está a sociedade, clamando por segurança pública e farta de motivos para se ver livre dos que fazem do crime um meio de vida. Doutra banda, a pessoa do condenado, o qual, apesar de ter praticado um comportamento que causa repugnância por comprometer a ordem pública, é digno de direitos e garantias.

As garantias que se estabelecem aos condenados tem por objetivo tutelar bens, interesses e valores, sobretudo a consideração de que o cidadão, qualquer que seja a condição que ostente, deve ter respeitada a sua dignidade. Tais direitos e garantias estão consignados na Constituição Federal de 1988, bem como em princípios que, embora não estejam previstos de forma expressa, possuem reconhecida força normativa.

Observa-se que a imposição de uma sanção penal pode resultar numa restrição ao direito fundamental à liberdade de locomoção, que consiste em uma das espécies de direitos de liberdade.

Trata-se de uma atividade legítima, eis que o direito fundamental à liberdade não é absoluto, e, quando dá prática de uma infração penal, desde que obedecidos os trâmites legais, não haverá nenhuma ilegalidade na sua restrição. A própria lei penal estabelece regras próprias para a fixação da pena. No entanto, em alguns casos, os magistrados se excedem quando da determinação desta.

Ora, a lei confere aos magistrados certa margem discricionariiedade para a fixação da pena. Essa, no entanto, é vinculada, exigindo-se que a decisão seja motivada. Diante dessa discricionariiedade vinculada, a doutrina propõe a observância de alguns critérios, os quais têm por escopo fazer com que a pena imposta não fique aquém ou além da medida necessária. Esses critérios tem por norte os princípios da culpabilidade e da proporcionalidade, dentre outros.

Pretende-se assim demonstrar que, embora haja discricionariiedade no momento da determinação judicial da pena, é imperiosa a observância de alguns princípios para que não haja uma restrição injusta e desnecessária do direito fundamental à liberdade.

Para tanto, será feita uma abordagem sobre os direitos fundamentais, apenas no que concerne às suas funções, ressaltando, em especial, a sua função de defesa e de proteção. No mesmo capítulo, restará consignada a discussão que envolve as limitações ou restrições aos direitos fundamentais. Ainda neste primeiro capítulo, investigar-se-á qual a relação que a liberdade possui com a evolução da humanidade, bem como qual é o seu conteúdo e o seu âmbito de proteção.

Doravante, o objeto da análise será a proporcionalidade. A par desta, será possível identificar sua origem e qual era a ideia que se tinha de proporcionalidade. Serão ainda discutidos o seu fundamento constitucional; os motivos pelos quais empregam-se, indistintamente, as expressões proporcionalidade e razoabilidade; os aspectos relacionados as vacilações terminológicas do princípio da proporcionalidade; a sua natureza jurídica, bem como, quais são os seus elementos ou subprincípios.

Na sequência, a seção seguinte fará uma análise da proporcionalidade no direito penal e de alguns princípios que tem influência na seara penal. A partir da constatação de que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, tal como concebido pela Constituição Federal de 1988, e, partindo-se da consideração de que a liberdade é um valor e um fundamento da dignidade, objetiva-se demonstrar que a intervenção penal não poderá desconsiderar essa concepção, sob pena do indivíduo ser tratado como instrumento ou sujeito de tutela, e não como ente autônomo e sujeito de direitos e garantias. O estudo do princípio da culpabilidade terá como foco identificar seu fundamento constitucional, bem como a forma pela qual este princípio irá interferir na fixação da pena. Do princípio da individualização abstrai-se a sua função de garantia, de sorte que será visto o papel que este assume ao impor o respeito às características do indivíduo que está sendo julgado, às suas singularidades, bem como as do fato que lhe está sendo imputado. Não menos importante será o exame do princípio da intervenção mínima, haja vista que algumas intervenções penais são desnecessárias, de tal sorte que com base neste princípio e no princípio da proporcionalidade estaria justificada a limitação do poder punitivo estatal. Pelo mesmo motivo, mas com argumentos diversos, será objeto de investigação o princípio da insignificância, bem como o princípio da adequação social.

Serão ainda explorados na terceira seção o princípio da humanidade e o princípio da proporcionalidade da pena. O primeiro, por guardar relação muito próxima com a proporcionalidade, mormente com a proporcionalidade da pena. A Constituição Federal veda, expressamente, a adoção de certas penas, em razão do seu caráter aflitivo, que impõe um sofrimento demasiado ao cidadão. Um Estado que se diz Democrático de Direito e que tem por fundamento a dignidade humana, não pode aceitar a criação de tipos penais que contemple penas desumanas, muito menos tolerar que ao satisfazer sua pretensão punitiva o Estado imponha um sofrimento demasiado ao condenado, além do necessário para alcançar os fins perseguidos com a punição. Dessa forma, ficará demonstrada a influência que a proporcionalidade exerce na concretização dos propósitos do princípio da humanidade. O segundo, por merecer uma averiguação da sua função

quando da determinação judicial da pena, a qual, tendo por base a culpabilidade, não prescindirá da observância do princípio em tela.

A quarta e última seção, se dedicará à análise da individualização da pena. A individualização consiste em uma garantia com vistas à prevenção de abusos. A incursão histórica que será feita, irá constatar a forma arbitrária como a sanção penal era estabelecida, propiciando seja constatada a importância da adoção dessa garantia pelo nosso ordenamento jurídico. Para tanto, o estudo terá como foco a individualização judicial, a qual poderá resultar na aplicação de uma pena. O estudo desta, cuja sinopse histórica também será objeto de registro, servirá para esclarecer qual o procedimento a ser seguido, conforme estabelece a legislação pátria. Daí a necessidade de saber se existe algum método para aplicação da pena, bem como se essa atividade está sujeita ao arbítrio ou à discricionariedade do juiz.

Assim, nesta última seção, serão objeto de análise as diversas circunstâncias que deverão ser avaliadas pelo magistrado quando da fixação da pena, ressalvando-se quais aspectos ou dados deverão ser levados em consideração quando da avaliação dessas circunstâncias, sobretudo das circunstâncias judiciais. Será a partir da correta avaliação destas circunstâncias que o magistrado conseguirá impor uma pena em consonância os princípios da culpabilidade e da proporcionalidade. Para tanto, serão expostas algumas sugestões doutrinárias que deverão ser seguidas durante a atividade de dosimetria da pena.

Dada a pertinência com o tema, será feita uma sucinta abordagem sobre o projeto do novo código penal (PL 236/2012), que ainda tramita no senado, objetivando demonstrar quais mudanças o legislador pretende realizar no capítulo do código que versa sobre a aplicação da pena.

Por último, serão analisadas algumas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, nas quais a dosimetria da pena foi objeto de discussão.

Com esta exposição, pretende-se investigar se é a discricionariedade que conduz ao excesso, bem como se a culpabilidade e proporcionalidade estariam aptas a limitar a intervenção estatal, de sorte a permitir que seja tutelado o direito fundamental à liberdade de locomoção.

Tão importante quanto a certeza da punição, para desestimular a prática de novas infrações, é que essas punições não desconsiderem a existência de direitos e garantias fundamentais, tais como a liberdade de locomoção, à qual tem por fundamento o respeito à dignidade humana.

Alguns anos de atuação em diversas varas criminais da Capital e do interior do Estado, na condição de defensor público estadual, resultaram na percepção de que nem sempre a pena é fixada com base em critérios que evitam o desrespeito às garantias constitucionais. Assim, pode-se

perceber que a sanção penal imposta, em arrepio aos critérios, aos princípios e as garantias constitucionais estabelecidas, além de em nada contribuir para que se evitem novas infrações, contraria, dentre outros, o princípio da proporcionalidade.

## 1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 1.1 FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diz-se que os direitos fundamentais exercem variadas funções na ordem jurídica. A justificativa apresentada para essa sua multifuncionalidade está escoimada na sua dupla dimensão subjetiva e objetiva<sup>1</sup>, bem como no contexto histórico em que os direitos fundamentais foram criados, desenvolvendo-se em gerações ou dimensões de direitos, desempenhando em cada uma destas papéis diferentes.<sup>2</sup>

A análise dessa multifuncionalidade parte, como regra, da clássica teoria do *status* desenvolvida por Georg Jellinek no final do século XIX. A propósito, Robert Alexy<sup>3</sup>, ao discorrer sobre o tema, destaca a importância histórica da teoria de Jellinek, asseverando que esta, além de ser um enorme empreendimento jurídico, conceitual e histórico, é também o fundamento de classificações dos direitos fundamentais.

Conforme salienta Alexy<sup>4</sup>, a ideia do que é um *status* é descrita de variadas formas por Jellinek, sendo este caracterizado principalmente por figurar como uma espécie de relação entre o cidadão e o Estado, que qualifica o primeiro e, por ser considerado uma situação, não pode ser comparado a um direito, devendo, ao revés, deste ser distinguido.

O indigitado publicista alemão mencionava a existência de quatro situações jurídicas (*status*) com as quais se identificava a posição do indivíduo em relação ao Estado, ora como sujeito de deveres, ora como titular de direitos. São eles: o *status* passivo ou *status subjectionis*, o *status* negativo ou *status libertatis*, o *status* positivo ou *status civitatis* e o *status* ativo ou *status* da cidadania ativa.

Resumidamente, Sarlet, Marioni e Mitidiero<sup>5</sup> explicam:

No âmbito do *status* passivo (*status subjectionis*), o indivíduo estaria subordinado aos poderes estatais, sendo, neste contexto, meramente detentor de deveres, de modo que o Estado possui a competência de vincular o cidadão juridicamente por meio de

---

<sup>1</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 299.

<sup>2</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podivm: 2012, p. 576.

<sup>3</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros: 2011, p. 254.

<sup>4</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros: 2011, p. 255.

<sup>5</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, p. 300.

mandamentos e proibições. O *status negativus* consiste numa esfera individual de liberdade imune ao *jus imperii* do Estado, que, na verdade, é poder juridicamente limitado. O terceiro *status* referido por Jellinek é o assim denominado *status positivus* (ou *status civitatis*), no qual ao indivíduo é assegurada juridicamente a possibilidade de utilizar-se das instituições estatais e de exigir do Estado determinadas ações positivas. Por fim, encontra-se o chamado *status activus*, no qual o cidadão passa a ser considerado titular de competências que lhe garantem a possibilidade de participar ativamente da formação da vontade estatal, como, por exemplo, pelo direito do voto.

Leciona José Joaquim Gomes Canotilho que os direitos fundamentais possuem quatro funções: de defesa ou de liberdade, de prestação social, de proteção perante terceiros, de não discriminação.

A primeira função, de defesa ou de liberdade, tem como propósito defender a pessoa humana e a sua dignidade em face dos poderes do Estado. Desse modo, atua no plano jurídico-objetivo, traduzindo-se em normas que possuem uma competência negativa, uma vez que impedem a intervenção dos poderes públicos na esfera jurídica do indivíduo. Por outro lado, atuam também no plano jurídico-subjetivo, exigindo uma postura ativa, resultando no exercício positivo de direitos fundamentais e na exigência de omissões dos poderes públicos, para evitar que estes, por meio de ações agressivas, provoquem lesões.<sup>6</sup>

A segunda, função de prestação social, representa, em sentido estrito, o direito que o particular possui à obtenção de algo por intermédio do Estado. Por exemplo: saúde, educação, moradia.<sup>7</sup>

A terceira função diz com a função de tutela dos titulares de direitos fundamentais diante das ações de terceiros. Assim, ao Estado é atribuído o dever de proteção à vida, ao patrimônio, etc.; tal função resultará na obrigação do Estado de fazer com que as normas que regulam as relações jurídico-civis sejam concretizadas para que se assegure em tais relações que os direitos fundamentais sejam observados.<sup>8</sup>

A quarta função tem por objetivo assegurar que o Estado dispense tratamento aos cidadãos como se todos fossem essencialmente idênticos. Tal função alcança todos os direitos. Por intermédio dela, evita-se que haja discriminação. Seu fundamento é o princípio da isonomia.<sup>9</sup>

Com base nos ensinamentos de Robert Alexy, sustentam Sarlet, Marioni e Mitidiero<sup>10</sup> que os direitos fundamentais, num sentido amplo, possuem, “[...] em regra, uma dupla função, abarcando

<sup>6</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 407-408.

<sup>7</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 408.

<sup>8</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 409.

<sup>9</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 409-410.

<sup>10</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 302.

um viés (dimensão) simultaneamente negativo e positivo”. No entanto, conforme seja “o objeto de cada posição subjetiva atribuída ao titular do direito”, tem-se a possibilidade de classificar os direitos fundamentais em “direitos de defesa (direitos negativos)” ou em “direito a prestações (direitos positivos)”. Os primeiros consistem em “proibições de intervenção”. O direito a prestações consiste no direito “[...] a ações positivas, que exigem do destinatário uma atuação em nível de prestações fáticas (materiais) ou normativas, incluindo neste caso, o dever de emitir normas de proteção, organização e procedimento”.

Qualquer que seja a classificação adotada, percebe-se que os direitos fundamentais destacam-se por conferirem aos cidadãos o respeito a sua dignidade independentemente da condição que ostentem.

Além disso, partindo-se da função de defesa, delineada por Canotilho, impõe-se aos magistrados, quando da imposição de uma sanção penal, a consideração de que qualquer excesso por este cometido irá causar prejuízo à liberdade de quem está sendo julgado, sendo imperioso que este adote uma postura no sentido de evitar que isso aconteça, para que fiquem resguardados diversos direitos fundamentais, dentre os quais se destaca o da liberdade de ir e vir, esta liberdade que é uma regra, e não uma exceção, em nosso ordenamento jurídico.

Portanto, haverá, quando da imposição de uma sanção penal, por exemplo, uma restrição a um direito fundamental. Resta saber, entretanto, até que ponto essa restrição será possível. Disso resulta a necessidade da análise dos limites e restrições impostos aos direitos fundamentais.

## 1.2 LIMITES E RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais não são absolutos. Disso decorre que tais direitos são alvo de limites que alcançam as situações de fato por eles abrangidas, bem como a proteção dada a estas no âmbito normativo. Além disso, o caráter não absoluto faz com que os direitos fundamentais sejam sujeitos a restrições que só serão consideradas válidas quando da observância de certos critérios.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 77.

### 1.2.1 Limites dos Direitos Fundamentais

A solução dos problemas que surgem em decorrência do exercício dos direitos fundamentais requer, do operador do direito, que este tenha conhecimento da existência de uma problemática envolvendo os limites de sua proteção, bem como dos métodos que solucionam as colisões entre os direitos fundamentais.<sup>12</sup>

A compreensão da possibilidade de restrições a direitos fundamentais suscita, em primeiro lugar, a consideração de que todo direito fundamental possui um “[...] âmbito de proteção, um campo de incidência normativa ou suporte fático, como preferem outros”<sup>13</sup> que se encontra, segundo Ricardo Lobo Torres<sup>14</sup>, em constante tensão com as restrições. Com base nisso, salienta Torres<sup>15</sup>, “Quanto mais ampla se torne a compreensão do campo de proteção, tanto mais aparece a ação do Estado como intervenção; quanto mais restrito for o entendimento, tanto menor será a possibilidade de conflito entre o Estado e os direitos fundamentais” .

Desse modo, a compreensão da amplitude, maior ou menor, desse âmbito de tutela dos direitos fundamentais vai depender da análise das posições diversas propugnadas pela teoria interna e pela teoria externa dos limites dos direitos fundamentais.<sup>16</sup>

De forma bastante sintética, explicita Torres<sup>17</sup> que a teoria externa tem por base a teoria dos princípios, partindo da premissa de que os direitos fundamentais são objeto de restrição por meio de intervenções estranhas (exteriores) ao seu conteúdo essencial.

Discorrendo sobre o assunto, obtempera Freitas<sup>18</sup> que “A preocupação fundamental da teoria externa se põe em relação ao controle da legitimidade dos limites e restrições passíveis de serem apostos ao conteúdo dos direitos fundamentais”.

---

<sup>12</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2010, p. 124.

<sup>13</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 327.

<sup>14</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.) **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 317.

<sup>15</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.) **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 317.

<sup>16</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 328.

<sup>17</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.) **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 317.

<sup>18</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 138.



Por outro lado, a teoria interna, que surgiu como crítica à teoria externa, “[...] pressupõe a não limitação dos direitos fundamentais, eis que considera existir desde o momento inicial o direito com um específico conteúdo, de forma que uma posição jurídica que exceda dito conteúdo não existe, não sendo, assim, passível da proteção jusfundamental”<sup>19</sup>.

Tal teoria pressupõe, ainda, na ótica de Sarlet, Marioni e Mitidiero,<sup>20</sup> a existência de limites imanescentes, que significam fronteiras implícitas, ou seja, ao estabelecer os direitos fundamentais as normas definiriam também seus próprios limites. Dessa forma, seria ilógico, e até mesmo impossível, falar-se em restrição, uma vez que o direito tem o seu alcance previamente definido. Esclarece Luiz Fernando Calil de Freitas que “Os limites não seriam elementos externos ao conteúdo dos direitos fundamentais, mas antes concretizações, sendo as eventuais previsões normativas de elementos negativos meramente declaratórios”. Disso resulta para o autor que “A legislação elaborada com fundamento nas reservas não constitui limites ao conteúdo dos direitos, mas sim mecanismo de interpretação e revelação de seus limites máximos”.

Fazendo alusão à definição proposta por Jorge Reis Novais, Sarlet, Marioni e Mitidiero,<sup>21</sup> mencionam que os limites aos direitos fundamentais são

Ações ou omissões dos poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) ou de particulares que dificultem, reduzam ou eliminem o acesso ao bem jurídico protegido, afetando o seu exercício (aspecto subjetivo) e/ou diminuindo deveres estatais de garantia e promoção (aspecto objetivo) que resultem dos direitos fundamentais.

Analisando a doutrina de José Joaquim Gomes Canotilho, conclui Freitas<sup>22</sup> que há uma distinção entre limites e restrições; os limites referem-se ao que “[...] a doutrina convencionou chamar limites imanescentes, enquanto restrições é expressão reservada àquelas delimitações ao conteúdo inicialmente dado pela norma constitucional ao direito fundamental, por ação posterior de norma ordinária ou constitucional contemporânea”.

Divergências à parte entre o que sejam limites e restrições, dentre as espécies de limitação aos direitos fundamentais há consenso na doutrina no sentido de que “Os direitos fundamentais podem ser restringidos tanto por expressa disposição constitucional como por norma legal promulgada com fundamento na Constituição”. Mas não é só. Faz-se ainda menção à possibilidade

---

<sup>19</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 79.

<sup>20</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 328.

<sup>21</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 331.

<sup>22</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 78.

de serem estabelecidas restrições a direitos em razão da colisão entre direitos fundamentais, ainda que inexistente uma limitação ou uma autorização expressa, conferindo ao legislador a possibilidade de restrição.<sup>23</sup>

As limitações ou restrições se afiguram necessárias, mormente quando da colisão entre direitos fundamentais, para que se possa assegurar a fruição de outros direitos.

Quando da imposição de uma sanção penal condenatória, identifica-se uma colisão de direitos fundamentais. O direito à liberdade de ir e vir colide com o direito à segurança pública. Faz-se necessário inferir até que ponto esses direitos podem ser limitados e quando tal limitação estaria justificada.

### 1.2.2 Limites aos limites dos Direitos Fundamentais

A possibilidade de limitações ou restrições aos direitos fundamentais por intermédio de intervenções em seu âmbito de proteção não é ilimitada. Assim sendo, se fosse conferindo “[...] ao legislador o poder de concretizar as reservas legais conforme seu entendimento e avaliação política, os direitos fundamentais abstratamente garantidos perderiam qualquer significado prático”. No mesmo passo, a garantia constitucional restaria sem sentido, desprezando-se o princípio da supremacia constitucional.<sup>24</sup>

Disso resulta que a limitação dos direitos fundamentais sabe quais são suas limitações, restando proibido, dessa forma, que o direito seja exercido além da medida certa e necessária. Trata-se da chamada teoria dos limites dos limites (*Schranken-Schranken*) elaborada no direito constitucional alemão.<sup>25</sup>

A par disso, sustenta-se que as limitações, porventura impostas aos direitos fundamentais, só serão consideradas justificadas quando possuírem compatibilidade formal e material com a Constituição.<sup>26</sup>

Não há no ordenamento jurídico brasileiro, normatização expressa definindo o regime jurídico que deve ser adotado nas limitações e restrições a direitos fundamentais. Com isso, deduz-

---

<sup>23</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 332.

<sup>24</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2010, p. 151.

<sup>25</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2010, p. 151.

<sup>26</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 335.

se que a decorrência lógica dessa proteção aos direitos fundamentais seria o princípio do Estado Democrático de Direito.<sup>27</sup>

Menciona-se na doutrina que figuram como limite dos limites: o princípio da reserva legal,<sup>28</sup> o dever de proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais,<sup>29</sup> o princípio da proporcionalidade<sup>30</sup> e o princípio do não-retrocesso social.<sup>31</sup>

A função dos limites aos limites dos direitos fundamentais é impor “[...] barreiras à restringibilidade destes direitos, sendo, nesta perspectiva, garantes da eficácia dos direitos fundamentais nas suas múltiplas dimensões e funções”.<sup>32</sup>

No tocante ao direito à liberdade como direito fundamental, não há dúvidas de que esta pode ser alvo de restrições. Isso acontecerá, por exemplo, quando da imposição de uma sanção penal que resulte na imposição de uma pena privativa de liberdade. Essa restrição, no entanto, deve atentar para diversas considerações, sobretudo para o fato de que a liberdade é, depois da vida, um dos bens jurídicos mais importantes, sendo certo que sua restrição pode causar prejuízos irremediáveis. Não havendo proporcionalidade na sanção imposta, percebe-se que há uma restrição incompatível com o texto constitucional, eis que violará o direito à liberdade de locomoção.

Disso decorre a necessidade de identificar o conteúdo do direito fundamental à liberdade para se saber até que ponto este pode ser objeto de restrições.

### 1.3 O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE

A ideia do conteúdo da liberdade está relacionada à evolução da humanidade.<sup>33</sup>

Para os gregos a liberdade tinha um caráter político. O cidadão que participasse da vida de sua cidade era livre. Esta última seria livre por ter independência institucional e econômica de toda

<sup>27</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 186.

<sup>28</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 187.

<sup>29</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 192.

<sup>30</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 205.

<sup>31</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 216.

<sup>32</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 336

<sup>33</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 232.

dominação externa. Nesta cidade, a maior parte dos cidadãos estavam à margem dessa liberdade política, dentre eles: as mulheres, as crianças, os estrangeiros e os escravos.<sup>34</sup>

A concepção de liberdade de Montesquieu<sup>35</sup> influenciou a origem da liberdade moderna. Em sua obra o *Espírito das Leis*, ao tratar das leis que formam a liberdade política, diz o autor que “a liberdade é o direito de fazer tudo que as leis permitem.” Essa liberdade política seria encontrável no governo moderado, onde não havia a concentração do poder em uma única mão, e teria o propósito de garantir a segurança.

Tal definição de liberdade, dada por Montesquieu, é considerada negativa. E assim o é “porque consiste em ter um âmbito de ação no qual as leis não intervêm com ordens ou proibições próprias nas quais nossa ação não está impedida pelas leis, ou está livre de qualquer interferência legislativa.”<sup>36</sup>

Importa registrar a concepção de liberdade de Thomas Hobbes e John Locke, autores cuja teoria dos direitos humanos por eles desenvolvida, desvinculada dos deveres e dos valores, foi a que mais influenciou o pensamento da sociedade contemporânea.

Sustentou Hobbes que no estado da natureza a liberdade era plena, sem limites. No entanto, nesse estado, os indivíduos careciam de segurança. Com o pacto social, os indivíduos tinham a sua liberdade sacrificada, mas assim o faziam para garantir a sua segurança e para assegurar a ordem, sendo esta última o valor máximo da política, na sua concepção.<sup>37</sup>

Num estado onde houvesse ordem seria possível edificar uma sociedade mais ou menos livre, porém sem a ordem não haveria liberdade.<sup>38</sup>

Sua teoria foi construída com o propósito de demonstrar a necessidade de sair do estado de natureza para o estado civil, trocando assim o estado de liberdade pelo estado de servidão.

Partindo da teoria de Hobbes, Locke promove uma ampliação nos direitos que deveriam ser garantidos pelo soberano, cuja proteção seria o principal objeto do pacto. Foi ele o responsável por introduzir, entre os direitos naturais, a liberdade. Daí porque ser considerado o pai do liberalismo.

---

<sup>34</sup> MORANGE, Jean. *Direitos humanos e liberdades públicas*. Tradução Eveline Bouteiller. São Paulo: Manoele, 2004, p. 28.

<sup>35</sup> MONTESQUIEU, Charles Secondat. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 166.

<sup>36</sup> BOBBIO, Noberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 43.

<sup>37</sup> ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Tradução de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Manoele, p. 20-21.

<sup>38</sup> ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Tradução de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Manoele, p. 21.

Essa liberdade era por ele defendida no sentido de domínio sobre as coisas, de tal sorte que apenas considerava como naturais os direitos do homem-proprietário, admitindo a escravidão.<sup>39</sup>

Para Rousseau era inconciliável usufruir ao mesmo tempo da liberdade e da paz. Era preciso escolher entre a anarquia no estado natural ou a servidão no estado civil. Assim, ou o homem viveria no estado natural, que era um estado de liberdade e sem paz, ou viveria no estado civil, com segurança e paz, porém sem liberdade.<sup>40</sup> A renúncia consistiria em abrir mão da liberdade natural, para alcançar uma liberdade com plenitude e superioridade: a liberdade civil ou liberdade no estado.

Sintetiza Bobbio, afirmando que Rousseau, no sua obra “o contrato social”, tem por objetivo “elaborar a fórmula de compatibilidade da liberdade com o estado, visa estudar o modo pelo qual possa se dar a passagem de um estado de liberdade e de guerra para um estado de paz e da liberdade, melhor: de liberdade mais plena do que antes”<sup>41</sup>

Rousseau alia-se a Hobbes desenvolvendo a teoria deste para dar-lhe um sentido democrático. Em ambos os autores o contrato social figura como um contrato de alienação dos próprios direitos. Só que em Hobbes, a alienação se dá em favor do soberano. Em Rousseau, em favor da comunidade como um todo. Desta forma, em Hobbes, o abandono da liberdade natural ocorre para que se obtenha a servidão civil. Em Rousseau, a renúncia conduz ao abandono da liberdade natural para que, com isso, se possa “reencontrar uma liberdade mais plena e superior, que é a liberdade civil, ou liberdade no estado. Eis, pois, resumindo, as três fórmulas: de liberdade do Estado (Locke), de servidão no Estado (Hobbes), de Liberdade no Estado (Rousseau).<sup>42</sup>

Na obra de Rousseau identifica-se que a liberdade é empregada em dois sentidos diversos. A liberdade natural significa a inexistência de leis, de estado liberto de leis. A liberdade civil seria a liberdade de obediência apenas às leis que cada um dá a si.

Propõe Bobbio a identificação dessa faculdade de fazer leis para si com o conceito de autonomia, para concluir que no estado civil o homem é livre porque é autônomo. São duas concepções de liberdade que diferenciam o estado liberal, proposto por Locke, com estado democrático, que tem Rousseau como teórico. No estado liberal a liberdade deve ser compreendida como não-impedimento, é dizer, como a possibilidade de agir sem que outros imponham

---

<sup>39</sup> ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Tradução de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Manoele, p. 22.

<sup>40</sup> BOBBIO, Noberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 44-45.

<sup>41</sup> BOBBIO, Noberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 46.

<sup>42</sup> BOBBIO, Noberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 47.

obstáculos. No estado democrático a liberdade se confunde com autonomia, sendo a intensidade da liberdade proporcional à aceitação da vontade de quem faz as leis por quem deve obedecê-las. Quanto mais a vontade do legislador coincidir com a vontade de quem deve obedecer às leis, maior será a liberdade. O que Rousseau queria era harmonizar a edificação do Estado com a liberdade, buscando uma liberdade que deve ser entendida como a participação consciente e em consonância com a lei do Estado.<sup>43</sup>

A liberdade da teoria liberal consistia na faculdade de fazer sem ser impedido. Na teoria democrática a liberdade consistia na obediência à própria lei. O primeiro conceito pode ser relacionado à definição de Montesquieu. O segundo, à definição de Rousseau.<sup>44</sup>

Na obra “Metafísica dos costumes”, Kant, ao tratar da distinção entre moral e direito, utiliza-se para tal das expressões liberdade interna e externa. A liberdade interna seria liberdade moral. A liberdade externa seria a liberdade jurídica. A primeira consistiria na liberdade de não ser obstaculizado por si próprio, pelas suas inclinações, paixões, etc. A segunda consiste na faculdade de agir de acordo com sua vontade sem ser incomodado pela ação de outras pessoas.

Na concepção de Kant, o fim último do direito seria a liberdade externa. Ao tentar definir o que o direito deve ser para corresponder ao ideal de justiça, identifica-se que seria possível associá-lo à justiça como liberdade. Nesse caso, o direito seria “concebido como um conjunto de limites às liberdades individuais, de maneira que cada um tenha segurança de não ser lesado na própria esfera de liceidade até o momento em que também não lese a esfera de liceidade dos outros.”<sup>45</sup>

Observa Bobbio, entretanto, que ora Kant adota o conceito de liberdade como não-impedimento, ora adota o conceito de liberdade como autonomia. Neste último caso, a definição de Kant coincide com a definição de liberdade de Rousseau. Nesse sentido, aduz Bobbio, não haveria incompatibilidade entre os dois conceitos, uma vez que se referem a momentos distintos do desenvolvimento da sociedade. A primeira representaria o momento da liberdade natural. A segunda o instante da liberdade política, verificada quando o homem passou a ser um cidadão subordinado às leis do Estado.<sup>46</sup>

---

<sup>43</sup> BOBBIO, Noberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 46.

<sup>44</sup> BOBBIO, Noberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 130.

<sup>45</sup> BOBBIO, Noberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 72.

<sup>46</sup> BOBBIO, Noberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 131.

Apesar de ter conciliado a concepção de liberdade como autonomia e como não impedimento, esta última, como dito, consistente em assegurar aos cidadãos a faculdade de agir sem que os outros imponham obstáculos, a teoria de kantiana do Estado faz parte movimento liberal e não do movimento democrático, pois o fim visado pelo Estado de Kant é o da liberdade como não impedimento.<sup>47</sup>

Sobre o assunto, explica Morange que apesar da expressão “liberdade individual” ser usada no singular, não significa dizer que essa liberdade seja única. Na verdade, ela possuiu diversas faces, eis que o homem é, num só momento, corpo e espírito. Ao corpo corresponde a liberdade física, consistente em usufruir de determinada independência material. Neste caso, visa-se assegurar a autonomia do indivíduo. Ao espírito, corresponde a liberdade intelectual, liberdade de fazer escolhas de acordo com crenças e convicções. Aqui o propósito seria a tutela das escolhas.<sup>48</sup>

Nas constituições dos modernos Estados Democráticos, houve a conciliação da liberdade como não impedimento e da liberdade como autonomia. A respeito, leciona Bobbio, que a primeira é atribuída sob a forma dos denominados direitos de liberdade, tais como a liberdade de imprensa, de pensamento, de associação, de reunião, de ir e vir, etc. A segunda, liberdade como autonomia, são reconhecidas na condição de direitos políticos.<sup>49</sup>

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, percebe-se que a preocupação com a liberdade foi tamanha, que em seu primeiro artigo já é ressaltado que todas as pessoas nascem livres. Em outros dispositivos da indigitada Declaração, assegurando-se, dentre outros, expressamente, o direito à liberdade (artigo III) e, em passagem diversa, o direito a liberdade de locomoção (art. XIII).<sup>50</sup>

Das considerações precedentes pode-se deduzir que a liberdade, em suas diversas concepções, foi uma conquista essencial para a humanidade, inclusive para que fosse possível ao homem uma convivência coletiva harmônica. Aos Estados cabe hoje o dever não apenas de reconhecer as diversas liberdades, mas, sobretudo, de protegê-las.

---

<sup>47</sup> BOBBIO, Noberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 132.

<sup>48</sup> MORANGE, Jean. **Direitos humanos e liberdades públicas**. Tradução Eveline Bouteiller. São Paulo: Manoele, 2004, p. 139.

<sup>49</sup> BOBBIO, Noberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 131.

<sup>50</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 352-353.

O que se infere da análise do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 é que a liberdade, ao lado da vida, da igualdade e de outros direitos ali descritos, formam um conjunto de direitos fundamentais com proeminência no sistema constitucional pátrio.

O texto da Constituição Federal de 1988 contempla um elenco de direitos de liberdades específicos, a exemplo do direito a liberdade de ir e vir (liberdade de locomoção), bem como um direito geral de liberdade. Este último figura “como um princípio geral de interpretação e integração das liberdades em espécie e de identificação de liberdades implícitas na ordem constitucional.”<sup>51</sup>

Afirmam Sarlet, Marinoni e Mitidiero que um dos elementos principais da dignidade da pessoa humana é a liberdade, inclusive que muitos sustentam que há uma convergência entre esta e a dignidade, mormente quando a dignidade é reduzida ao princípio da autonomia.<sup>52</sup>

Tais considerações revelam a importância que a liberdade possui no Estado Democrático de Direito, funcionando como valor, princípio e direito, para assegurar a concretização dos demais direitos fundamentais.

Dentre os direitos de liberdade, destaque-se o direito à liberdade de locomoção, previsto no art. 5º, X da Constituição Federal de 1988. Indigitado dispositivo contempla uma das mais essenciais e relevantes liberdades individuais, representado uma manifestação da liberdade geral garantida a todas as pessoas pelo *caput* do art. 5º da Constituição Federal.<sup>53</sup>

A liberdade de locomoção possui uma dimensão objetiva e subjetiva. Em sua dimensão subjetiva é considerada um direito fundamental, em sentido lato, que abarca e tutela uma série de posições subjetivas. Apesar de possuir uma dimensão positiva, atua, num primeiro plano, como um direito de conteúdo negativo (direito de defesa), cujo objetivo é impedir que o Estado e terceiros comprometam o direito à livre circulação.

A dimensão positiva da liberdade de locomoção, que corresponde à sua função como direito a prestações, está estreitamente ligada à dimensão objetiva, da qual se abstrai que ao Estado impõe-se além do respeito à liberdade de locomoção, o dever de atuar, através de prestações de cunho normativo e fático. Daí decorre a obrigação do Poder Público assegurar as condições para o exercício dessa liberdade, impondo-se a criação e previsão de regras e princípios que versem, por exemplo, sobre prisão.

---

<sup>51</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 431

<sup>52</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 430.

<sup>53</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 430



Assim, apesar de ser passível de restrições e limitações, deve-se atentar para o fato de que a liberdade é a regra, bem como que a legitimidade destas restrições está condicionada à observância dos demais direitos e garantias constitucionais, dentro os quais se destaca a exigência de proporcionalidade.

## 2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

### 2.1 ORIGEM E FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

A ideia de proporcionalidade é identificada na Antiguidade. Menciona-se a obra de Aristóteles como ponto de referência. É nela que a proporcionalidade está relacionada ao conceito de justiça. Para o filósofo, o justo seria equitativo. Além disso, sustenta que o igual seria um ponto intermediário e que o justo seria um meio-termo. É a partir daí que ele infere que o proporcional é intermediário, bem como que o justo seria proporcional<sup>54</sup>. Daí a relação entre justiça, igualdade e proporcionalidade. Ao contrário do justo, o injusto seria excesso e deficiência, contrários, pois, à proporção.

Como princípio, as primeiras impressões dão conta de que a proporcionalidade estaria vinculada à ideia de direito, na concretização jusracionalista do Iluminismo. Desse modo, entre direito e proporção haveria uma relação de modo ontológico indissociável<sup>55</sup>.

No direito alemão, suas origens administrativas, tendo como base o direito natural, surgiram no final do século XVIII. Inicialmente o princípio era aplicado no âmbito do direito administrativo. Neste primeiro momento, era adotado somente como um princípio da *necessidade*.<sup>56</sup> A teoria da proporcionalidade estava ligada ao Direito de Polícia e à jurisdição administrativa. No direito alemão encarou-se com naturalidade o fato de o princípio não ter surgido como um princípio constitucional para limite da legislação, mas sim, como controle à discricionariedade administrativa, eis que a ideia que vigorava até a segunda metade do século XX na Europa continental era a de que o exercício da soberania popular só era feito por via da supremacia do Parlamento, conferindo-se ao legislador poderes juridicamente ilimitados.<sup>57</sup> Do direito prussiano, onde cresceu e amadureceu, se espalhou para os demais Estados da Alemanha. Dois julgamentos ocorridos no Tribunal de Karlsruhe, que decidiram sobre a interpretação dos direitos fundamentais, foram de crucial importância para o início da aplicação do princípio da proporcionalidade na seara constitucional. Foram eles: o *Lüth-Urteil*, ocorrido em 15 de janeiro de 1958 e o *Apotheken-Urteil*, ocorrido em 11 de junho de 1958.<sup>58</sup>

---

<sup>54</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Leonel Vallandro et al. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 125.

<sup>55</sup> CANAS, Vitalino. Proporcionalidade (Princípio da). **Dicionário Jurídico da Administração Pública**. vol. VI. Lisboa: s/d, 1994, p. 8.

<sup>56</sup> CANAS, Vitalino. Proporcionalidade (Princípio da). **Dicionário Jurídico da Administração Pública**. vol. VI. Lisboa: s/d, 1994, p. 3.

<sup>57</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 256.

<sup>58</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 407-408.

Relata Canas<sup>59</sup> que nos Estados Unidos, na mesma época em que o princípio despontava no direito prussiano, um dos primeiros debates do direito Constitucional acerca da interpretação da nova Constituição de 1789 teve por objeto a noção de necessidade. Tal se deu no ano de 1790/91, entre Hamilton e Jefferson, e incidia sobre o que hoje se designa de doutrina dos poderes implícitos (*doctrine of implied powers*) e a chamada cláusula do necessário e do próprio (*necessary and proper clause*). A divergência sobre a interpretação do art. I, § 8, da Constituição Americana tinha como foco o controle do exercício da atividade do poder legislativo federal e seus limites.

Na Europa, após a II Guerra Mundial, e depois do surgimento Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, acentuou-se sua aplicação no Tribunal Constitucional, passando o princípio da proporcionalidade a ter considerável aplicação no âmbito do Direito Constitucional da Alemanha e da Suíça, sobretudo. Em breve apanhado histórico, Canotilho<sup>60</sup> destaca a disseminação do princípio no pós-guerra, fazendo referência ao “*manifest unreasonableness*” da Inglaterra; ao apertado controle dos atos administrativos do “*erreuer manifeste d’appréciation*”, na França; aos juízos de “*manifesta illogicità, de congruità e ragionevolezza*” dos italianos.

Na Alemanha, duas obras jurídicas, escritas durante as décadas de 1950 e 1960, foram responsáveis por despertar o interesse pelo princípio da proporcionalidade. Uma delas foi a tese universitária de R. von Kraus com o título “O Princípio da Proporcionalidade”, publicada em 1955. A outra foi o livro de Peter Lerche, de 1961, cujo título era “Excesso e Direito Constitucional, a Vinculação do legislador aos princípios da proporcionalidade e da Necessidade”. Tais trabalhos, mormente o livro de Lerche, podem ser considerados uma das clássicas contribuições do Direito Constitucional alemão sobre o tema.<sup>61</sup>

Questão polêmica que merece destaque é quanto à verdadeira origem da proporcionalidade como princípio. Seria ela decorrente do Estado de Direito, do Devido Processo Legal Substantivo ou do princípio da isonomia?

Paulo Bonavides<sup>62</sup> assevera que a proporcionalidade só pode ser compreendida como princípio constitucional se considerada a existência de duas ideias de Estado de Direito. A primeira, vinculada ao princípio da legalidade, que teve como apogeu a Constituição de Weimar. A segunda,

---

<sup>59</sup> CANAS, Vitalino. Proporcionalidade (Princípio da). **Dicionário Jurídico da Administração Pública**. vol. VI. Lisboa: s/d, 1994, p. 4.

<sup>60</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 268.

<sup>61</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 410.

<sup>62</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 398-399.

ligada ao princípio da constitucionalidade, que teve como marco mudar o foco de atenção da ordem jurídica para a observância e respeito aos direitos fundamentais.

No Estado de Direito considerado liberal, centrado no princípio da legalidade, o princípio da proporcionalidade era reduzido às máximas da idoneidade e da necessidade.<sup>63</sup>

O segundo Estado de Direito, que aflorou após a II Guerra Mundial (1939-1945), foi o contexto histórico em que surgiu o princípio da proporcionalidade, que dele é derivado. Assim, esclarece Bonavides<sup>64</sup>:

A adoção do princípio da proporcionalidade representa talvez a nota mais distintiva do segundo Estado de Direito, o qual, com a aplicação desse princípio, saiu admiravelmente fortalecido. Converteu-se em princípio constitucional, por obra da doutrina e da jurisprudência, sobretudo na Alemanha e Suíça.

Esse segundo Estado, denominado de Social e Democrático, tem como fins essenciais “a justiça social e a prossecução da igualdade material – e não apenas da igualdade perante a lei”, tal como assinalado por Novais<sup>65</sup>. Sua marca distintiva é o princípio da Supremacia Constitucional.

A propósito, aduz Vitalino Canas<sup>66</sup> que na sua fase moderna, quando de sua autonomização dogmática, o princípio da proporcionalidade foi buscar seu fundamento no princípio da igualdade. Doravante, ao se deslocar “o epicentro do princípio para o terreno da legislação”, à mingua de texto expresso na Lei de Bonn<sup>67</sup>, o Tribunal Constitucional Alemão utilizou como fundamento o princípio do Estado de Direito em seu sentido material.

Assim, o princípio da proporcionalidade se destaca por ser um óbice ao arbítrio legislativo, impedindo que o titular da função legislativa vá de encontro aos valores e princípios constitucionais quando da concretização de seus fins políticos. Por ser da natureza e da essência do Estado de Direito, o princípio da proporcionalidade deve ser observado independentemente de estar explícito ou não no texto constitucional.<sup>68</sup>

Tal observância se deve ainda à cláusula constitucional de abertura prevista no §2º do art. 5º da Constituição Federal. De acordo com esta, é possível ampliar o rol dos direitos fundamentais materiais, ainda que não previstos no Título II da Constituição Federal de 1988.

---

<sup>63</sup> CANAS, Vitalino. Proporcionalidade (Princípio da). **Dicionário Jurídico da Administração Pública**. vol. VI. Lisboa: s/d, 1994, p. 9.

<sup>64</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 399.

<sup>65</sup> NOVAIS, Jorge Reis, **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 31.

<sup>66</sup> CANAS, Vitalino. Proporcionalidade (Princípio da). **Dicionário Jurídico da Administração Pública**. vol. VI. Lisboa: s/d, 1994, p. 8.

<sup>67</sup> Lei Fundamental da República Federal da Alemanha promulgada em 23 de maio de 1949.

<sup>68</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 400-401.

A partir da constatação de que a Constituição Federal de 1988 adotou o modelo de Estado de Direito Democrático, consagrando os valores liberdade e igualdade, anota Mariângela Gomes<sup>69</sup> que é do princípio do Estado de Direito Democrático, em seus dois aspectos – formal e material, que se extrai o fundamento para o princípio da proporcionalidade.

Doutra banda, há quem diga que o princípio da proporcionalidade é oriundo do devido processo legal substantivo, previsto no art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal de 1988, assim como o faz Guerra Filho<sup>70</sup>.

Na opinião de Barroso<sup>71</sup>, o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, da forma como desenvolvido quer pela doutrina, quer pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “[...] é produto da conjugação de ideias vindas de dois sistemas diversos: (i) da doutrina do devido processo legal substantivo do direito norte-americano, onde a matéria foi pioneiramente tratada; e (ii) do princípio da proporcionalidade do direito alemão”.

Em posição diametralmente oposta, Ávila<sup>72</sup>, ao discorrer sobre o devido processo legal, salienta que o fundamento normativo dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade são os princípios da liberdade e da igualdade, respectivamente, dos quais tais deveres são, inclusive, consequências lógicas implícitas. Seria, pois, um equívoco, invocar o dispositivo do devido processo legal, constante na nossa atual Constituição Federal (art. 5º, LIV) como fundamento de tais deveres. Ademais, divergindo de boa parte da doutrina, sustenta ainda o autor que não há um devido processo legal substantivo, por três motivos: o primeiro, já mencionado, pelo fato de o fundamento dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade não ser o devido processo legal; o segundo, porque ambos os deveres (proporcionalidade e razoabilidade) não são aplicados apenas na esfera processual; e terceiro, porque confundir o devido processo legal com os deveres de proporcionalidade e razoabilidade é o mesmo que ultrajar a presença de ambos no devido processo legal procedimental.

Há quem corrobore, em parte, com a opinião adotada por Humberto Ávila. Assim o faz Massud<sup>73</sup>, o qual, embora considere a proporcionalidade um princípio e não um postulado normativo, concorda com Humberto Ávila ao admitir esteja o princípio da proporcionalidade

---

<sup>69</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 64.

<sup>70</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O Princípio da Proporcionalidade em Direito Constitucional e em Direito Privado no Brasil**. 2003, p. 9 Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto347.htm>. Acesso em 28 maio 2012.

<sup>71</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 255.

<sup>72</sup> ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? In **Revista de processo**, vol. 163, ano 33, set. 2008, p. 50.

<sup>73</sup> MASSUD, Leonardo. **Da pena e sua fixação** – finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal. São Paulo: dpj, 2003, p. 91.

previsto no ordenamento jurídico brasileiro, como consequência do princípio constitucional da isonomia.

Importa verificar que na decisão pelo Ministro Celso de Mello, no RE n.º 374.981, no dia 28 de março de 2005, que fora publicada no Informativo do STF n.º 381, encontra-se passagem em que se visualiza a opinião da Excelsa Corte quanto ao fundamento constitucional do princípio, pois, escreveu o Ministro, “ O princípio da proporcionalidade – [...] extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* [...]”. O mesmo se infere da decisão proferida pela Ministro Carlos Velloso no Agravo de Instrumento n.º 265064/MT, julgado em 11 de junho de 2002, em que aduz haver “inocorrência de ofensa ao princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, assim ao devido processo legal substantivo”.

Como se pode perceber, não há consenso na doutrina quanto ao fundamento normativo do princípio da proporcionalidade. As opiniões se dividem no sentido de que a proporcionalidade decorre do Estado de Direito, do Devido Processo Legal Substantivo ou do princípio da isonomia. Entretanto, deve-se concordar com a corrente doutrinária que aponta como fundamento o Estado de Direito, sendo esta, tal como demonstrado, a opção que melhor se identifica com a finalidade do princípio: a tutela dos direitos fundamentais. Ademais, percebe-se ainda que, por vezes, os termos proporcionalidade e razoabilidade são empregados como sinônimos, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência do STF. Nesse caso, haveria alguma distinção?

## 2.2 PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

A doutrina diverge quanto à fungibilidade entre proporcionalidade e razoabilidade. Para uns seriam conceitos intercambiáveis. Para outros, conceitos diversos.

Ao tratar do assunto, Barroso<sup>74</sup> esclarece que a razoabilidade tem origem diversa da proporcionalidade. A razoabilidade é oriunda do sistema jurídico anglo-saxão, surgindo nos Estados Unidos e sendo utilizada como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis. Ademais, decorre do princípio do devido processo legal substantivo.

---

<sup>74</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 256-258.

Por outro lado, a proporcionalidade surgiu na Alemanha e era utilizada no direito administrativo como um limite à discricionariedade administrativa. Diferentemente da razoabilidade, decorria do princípio do Estado de direito. Ambas, porém, apesar da diversidade de origem, fundamento e desenvolvimento, “[...] abrigam os mesmo valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos”. Esse seria, inclusive, o motivo pelo qual a razoabilidade e a proporcionalidade podem ser consideradas “[...] conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis”. Ressalte-se que Luiz Roberto Barroso admite que não há proficuidade, quer metodológica, quer prática, na distinção.

Há autores que discordam com veemência quanto ao uso da proporcionalidade e da razoabilidade como sinônimos.

Em primeiro lugar, registre-se o dissenso da doutrina de Sarlet, Marinoni e Mitidiero<sup>75</sup>. Os referidos autores até concordam com Luís Roberto Barroso ao afirmarem que “[...] proporcionalidade e razoabilidade guardam uma forte relação com as noções de justiça, equidade, isonomia, moderação, prudência, além de traduzirem a ideia de que o Estado de Direito é o Estado do não arbítrio”. Entretanto, apesar desses pontos em comum, não há como equipará-los eis que “a estruturação metódica de aplicação da proporcionalidade em três níveis (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)” não coincide com o raciocínio empregado para a aplicação da razoabilidade.

Assim o faz também Ávila<sup>76</sup>, destacando, inicialmente, que as decisões dos Tribunais Superiores são marcadas pela falta de consonância terminológica, bem como pela ausência de critérios explícitos e transparentes de fundamentação dos postulados de proporcionalidade e de razoabilidade. Ressalva Humberto Ávila que, em relação à razoabilidade, três significados, dentre tantos outros, merecem destaque. Assim, a razoabilidade pode ser empregada como equidade, como congruência e como equivalência. Ao diferenciar o postulado da razoabilidade do postulado da proporcionalidade, enfatiza o autor<sup>77</sup> que a “[...] aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim”. A

---

<sup>75</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 212-213.

<sup>76</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 102-103.

<sup>77</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 110.

razoabilidade, na linha da reconstrução proposta, não faz menção a nenhuma relação de causalidade entre um *meio* e um *fim*, da forma como o faz o postulado da proporcionalidade.

No mesmo sentido, Barros e Barros<sup>78</sup> extraem da obra de Gustavo Ferreira Santos a ilação de que a proporcionalidade e a razoabilidade não se confundem. Aduz o autor:

Cada um, além de uma fundamentação própria, possui elementos caracterizadores que marcam uma diferença operacional: a razoabilidade trata da legitimidade da escolha dos fins em nome dos quais agirá o Estado, enquanto a proporcionalidade averigua se os meios são necessários, adequados e proporcionais aos fins já escolhidos.

Por último, assinala Virgílio Afonso da Silva<sup>79</sup> que, juridicamente, os termos princípio da razoabilidade ou princípio ou regra da proporcionalidade referem-se a construções jurídicas distintas, de tal sorte que não podem ser considerados sinônimos. É até admissível a consideração de que possuem objetivos semelhantes, mas isso, por si só, não seria suficiente para tratá-los como sinônimos. A diferença entre ambos é, além da origem, a estrutura.

Em relação à origem, obtempera o autor que há um erro em afirmar que a regra da proporcionalidade se origina na Magna Carta de 1215. Diz-se que a razoabilidade, na realidade, é que descende da Magna Carta. Como tal, por serem sinônimos, a proporcionalidade também dela seria originária. Como visto, ambos os conceitos (proporcionalidade e razoabilidade) não são sinônimos. Esse seria o primeiro argumento em desfavor da afirmação de que a proporcionalidade estaria presente na Magna Carta de 1215.

Ademais, não é segura a afirmação de que a origem do princípio da razoabilidade seja a Magna Carta de 1215, pois na Inglaterra utiliza-se o termo princípio da irrazoabilidade e não da razoabilidade. E aquele (princípio da irrazoabilidade) se originou de uma decisão judicial prolatada em 1948. O teste da irrazoabilidade, também denominado de teste de *wednesbury*, tem como consequência, apenas, não aceitar atos que sejam *excepcionalmente* irrazoáveis. Há, nesse caso, uma diferença na intensidade. O teste para detectar a irrazoabilidade, além de ser menos intenso que o da proporcionalidade, teria por fito afastar atos absurdamente irrazoáveis. E, nos termos fixados pela jurisprudência inglesa na decisão de *Wednesbury*, para que um ato seja taxado de desproporcional não necessita ser absolutamente irrazoável ou inaceitável. Conforme Virgílio Afonso da Silva<sup>80</sup>, há, inclusive, decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos em que esta,

---

<sup>78</sup> BARROS, Wellington Pacheco; BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. **A proporcionalidade como princípio de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 49.

<sup>79</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.º 798, 2002, p. 28-29.

<sup>80</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.º 798, 2002, p. 30-31.



embora considere a medida desproporcional, admite seja ela, a medida, razoável. Neste aspecto, eis mais um argumento que distingue a proporcionalidade da razoabilidade.

Outro aspecto que merece ser gizado é quanto à origem dos termos proporção e razão. Apesar de os termos razão (latim: *ratio*) e proporção (latim: *proportio*) serem empregados como sinônimos e terem, na matemática, origem comum, Guerra Filho<sup>81</sup> contesta a fungibilidade dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, observa-se que os conceitos são empregados de forma indistinta. É o que se abstrai das diversas decisões em que se faz referência aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, onde se constata que para o Pretório Excelso ambos caminham juntos, como se fossem sinônimos.

Ao analisar a posição do STF, verifica Virgílio Afonso da Silva que a Corte Suprema não tem feito uso da regra da proporcionalidade de forma sistemática, invocando-a como um simples recurso a um *topos*, com nítido propósito retórico. Ademais, nem sempre o STF, em suas decisões, faz uso do recurso à regra da proporcionalidade de forma justificada. Na maioria das vezes a fundamentação utilizada é simplesmente conjecturada, dando a impressão de que o princípio utilizado tem larga tradição no ordenamento jurídico pátrio. E, quando se menciona alguma fundamentação, menciona-se o art. 5º, LIV, e o devido processo legal substantivo.<sup>82</sup>

A referência feita ao princípio está tecnicamente incorreta, devendo ser entendida como se fosse uma alusão à análise da razoabilidade. Reconhece Virgílio Afonso da Silva que há autores que adotam posição contrária, citando como exemplo Ives Granda da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Suzana de Toledo Barros. O problema estaria na falta de exame, de forma concreta e isolada, da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Se nenhum desses exames foi realizado não se pode afirmar que a regra da proporcionalidade foi aplicada.<sup>83</sup> Apesar de se tratar de uma análise feita há quase dez anos, até então tem sido esta a postura do Pretório Excelso.

A par dessa divergência doutrinária, que longe está de ser solucionada, identifica-se também que há uma certa vacilação terminológica, objeto de discussão no tópico seguinte.

---

<sup>81</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O Princípio da Proporcionalidade em Direito Constitucional e em Direito Privado no Brasil**, 2003, p.18 Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto347.htm>. Acesso em 28 maio 2012.

<sup>82</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.º 798, 2002, p. 32-33.

<sup>83</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.º 798, 2002, p. 34.

## 2.3 DAS “VACILAÇÕES TERMINOLÓGICAS” DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Ora se fala em princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*), ora em proibição de excesso (*Übermassverbot*) de forma fungível. Esses seriam os termos mais usuais empregados pela Corte Constitucional da Alemanha para denominar os elementos que fazem parte do princípio, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.<sup>84</sup>

Sobre o assunto, Virgílio Afonso da Silva salienta que, apesar de a regra da proporcionalidade ser, em grande parte, compreendida como instrumento de moderação em face dos excessos dos poderes estatais, também tem sido manejada no sentido inverso, ou seja, para combater a omissão, ou mesmo diante da ação insuficiente dos poderes estatais. Não se fala apenas em *Übermaßverbot*, que corresponde à proibição de excesso. Mas tem-se falado, também, em *Untermaßverbot*, cuja tradução é proibição de insuficiência. Assim, conclui Virgílio Afonso da Silva, como a regra da proporcionalidade também tem sido utilizada para os casos de omissão, percebe-se que a aplicação da regra a casos que não têm nenhuma relação com *excesso* estatal é um dos motivos pelos quais se deve desprezar a utilização das expressões *regra da proporcionalidade* e *proibição de excesso* como sinônimos.<sup>85</sup>

É a partir dessa ideia que se aduz possua o princípio da proporcionalidade uma dupla face.<sup>86</sup>

Concorda com a diferença entre proporcionalidade e proibição de excesso Humberto Ávila<sup>87</sup>. Ressalva este doutrinador que o postulado da proibição de excesso é, por vezes, identificado como um das faces do princípio da proporcionalidade pelo STF. Para ele, a proibição de excesso estará presente, independentemente do contexto em que um direito fundamental esteja sendo alvo de restrição. Dessa forma, como a aplicação da proibição de excesso não supõe a existência de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, sua investigação deverá ser feita de forma separada do postulado da proporcionalidade. Há uma diversidade de método de controle entre ambos os postulados. Por tais motivos, não se pode confundi-los.<sup>88</sup>

---

<sup>84</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 403.

<sup>85</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.º 798, 2002, p. 27-28.

<sup>86</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 214.

<sup>87</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 97.

<sup>88</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 101.

Observa Vitalino Canas <sup>89</sup>, em nota de rodapé, que a preferência da doutrina portuguesa é pelo uso do termo princípio da proporcionalidade. Ademais, o autor enfatiza que Canotilho modificou, da 5ª para a 6ª edição de uma obra sua denominada Direito Constitucional, a epígrafe da secção respectiva, passando a adotar o termo princípio da proibição de excesso, em vez de princípio da proporcionalidade.

A propósito, verifica-se que Canotilho utiliza os termos princípio da proporcionalidade e princípio da proibição de excesso de forma indistinta, chegando a afirmar que

O princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso é, hoje, assumido como um princípio de controlo exercido pelos tribunais sobre a adequação dos meios administrativos (sobretudo coactivos) à prossecução do escopo e ao balanceamento concreto dos direitos ou interesses em conflito. <sup>90</sup>

Adiante, Canotilho <sup>91</sup> trata da proibição por defeito ou por insuficiência de proteção. Faz ver o constitucionalista português que o sentido mais geral do princípio da proibição do excesso seria, justamente, “[...] evitar cargas coactivas excessivas ou atos de ingerência desmedidos na esfera do particular”. Existe, porém, outra face da proteção que em vez de evidenciar o *excesso*, salienta a *proibição por defeito* (*Untermassverbot*). Esse defeito de proteção seria identificável “[...] quando as entidades sobre quem recai um *dever de proteção* (*Schutzpflicht*) adoptam medidas insuficientes para garantir uma proteção adequada aos direitos fundamentais”.

O termo vedação de excesso, ou seja, *Übermassverbot*, foi o preferido por diversos juristas, dentre eles: Jellinek, Peter Lerche (que publicou importante obra sobre o assunto no começo da década de 1960), Klaus Stern, Hoffmam-Becking, Kloepfer, H. Liesegang, Selemer, entre outros. Entretanto, ultimamente a expressão proporcionalidade é que tem sido empregada com mais frequência pelos doutrinadores da Alemanha, Suíça, Áustria, França e Espanha. Tal expressão é adotada também por R. V. Kraus, Gentz, Wittig, Hans Schineider, Konrad Hesse, Huber, Wolffers, Zimmerli e Müller. <sup>92</sup>

Anota Paulo Bonavides que, inicialmente, eram mais comuns no Tribunal alemão essas vacilações terminológicas. Algumas das qualificações utilizadas foram compiladas por Hans Shchneider. Seriam elas: excessivo, inadequado, racional, materialmente justo e legítimo,

<sup>89</sup> CANAS, Vitalino. Proporcionalidade (Princípio da). In: **Dicionário Jurídico da Administração Pública**. vol. VI. Lisboa: s/d, 1994, p. 6.

<sup>90</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 268.

<sup>91</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 273.

<sup>92</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 403.

necessário, indispensável e absolutamente necessário.<sup>93</sup> Hodiernamente, verifica-se que os termos mais utilizados são princípio da proporcionalidade e princípio da proibição de excesso.

No entanto, há quem defenda que o princípio da proporcionalidade nada tem a ver com a proibição de excesso, posição que se reputa mais pertinente, tal como já explicitado.

Mas a confusão não se encerra aí. No Brasil, a doutrina ora refere-se a princípio da proporcionalidade, ora à regra da proporcionalidade, ora à máxima da proporcionalidade, ora ao postulado normativo da proporcionalidade. Significa dizer que não há consenso na doutrina em relação à natureza jurídica da proporcionalidade. Para investigar esta questão, será abordada no item seguinte a opinião da doutrina.

## 2.4 NATUREZA JURÍDICA

É comum encontrar na doutrina referências diversas à natureza jurídica da proporcionalidade.

Didier Jr.<sup>94</sup> considera a proporcionalidade uma máxima, porém, não descarta a existência de outras opiniões doutrinárias, que consideram a proporcionalidade um postulado, um princípio ou uma regra.

Para Paulo Bonavides<sup>95</sup>, trata-se de um princípio essencial da Constituição que tem a função primordial de apoiar e proteger os direitos fundamentais. Em diversas passagens de sua obra, Paulo Bonavides cita outros doutrinadores que também consideram a proporcionalidade um princípio, a exemplo de Xavier Philippe, Pierre Müller e Ernesto Pedraz Penalva. Este último doutrinador, inclusive, ao defender a ideia de que a proporcionalidade é um princípio consubstancial ao Estado de Direito, chega a afirmar que “[...] a proporcionalidade é algo mais que um critério, regra ou elemento de juízo tecnicamente utilizável para afirmar consequências jurídicas”.<sup>96</sup>

Tal como Paulo Bonavides, Guerra Filho<sup>97</sup> considera a proporcionalidade um “princípio dos princípios”.

---

<sup>93</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 404.

<sup>94</sup> DIDIER Jr, Fredie. **Curso de direito processual civil** – introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento, vol. 1. Salvador: Jus Podvm, 2012, p. 50.

<sup>95</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 396.

<sup>96</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 395.

<sup>97</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O Princípio da Proporcionalidade em Direito Constitucional e em Direito Privado no Brasil**. 2003, p.8. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto347.htm>. Acesso em 28 maio 2012.

No decorrer de sua explanação, Willis Santiago Guerra Filho expõe os motivos pelos quais a proporcionalidade não pode ser considerada uma mera regra. Primeiro, porque o conteúdo da proporcionalidade é composto por subprincípios que são passíveis de “[...] subsumirem fato e questões jurídicas”. Segundo, porque não se concebe a existência de regra jurídica implícita, sendo isso possível apenas em relação aos direitos e garantias fundamentais, consagrados em princípios também fundamentais, tal como o princípio da proporcionalidade.<sup>98</sup>

A proporcionalidade é ainda considerada um princípio geral do direito, já consagrado no direito constitucional, devendo seu alcance atual, nesta condição de princípio, ser atribuído ao protagonismo estatal pós-liberal.<sup>99</sup>

Ao conceituar a proporcionalidade, Virgílio Afonso da Silva<sup>100</sup> deixa claro que

A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito – no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais –, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais.

Tal regra da proporcionalidade teria por objetivo quando de sua aplicação, segundo o referido autor, evitar que restrições a direitos fundamentais alcancem patamares desproporcionais. Ela, a regra da proporcionalidade, funcionaria com uma espécie de restrição às restrições, e esse objetivo só seria alcançado ao submeter-se o ato estatal ao exame da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.<sup>101</sup>

Tratando dos critérios para solução de conflitos entre princípios, diante de um caso concreto, Bueno<sup>102</sup> faz menção à proporcionalidade para considerá-la, também, uma regra. Neste aspecto, a proporcionalidade seria uma regra, em razão das suas características, sobretudo porque não dá azo a qualquer tipo de indecisão, no que concerne à sua aplicação, em termos de predominância de valores. Seria tal regra responsável por resolver as possíveis tensões entre princípios jurídicos, por intermédio de seus critérios, que seriam: regra da adequação; regra da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. A regra da proporcionalidade, neste sentido, seria manejada

---

<sup>98</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O Princípio da Proporcionalidade em Direito Constitucional e em Direito Privado no Brasil**. 2003, p.3. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto347.htm>. Acesso em 28 maio 2012.

<sup>99</sup> CANAS, Vitalino. Proporcionalidade (Princípio da). **Dicionário Jurídico da Administração Pública**. vol. VI. Lisboa: s/d, 1994, p. 3.

<sup>100</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.º 798, 2002, p. 25.

<sup>101</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.º 798, 2002, p. 25.

<sup>102</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil – teoria do direito processual civil**, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 101.

para possibilitar ao magistrado eleger, diante do caso concreto, qual valor deve prevalecer, aferindo-se qual a medida mais adequada e necessária para alcançar o propósito pretendido.

Há também quem considere a proporcionalidade e a razoabilidade um postulado normativo.

O estudo desenvolvido por Humberto Ávila sobre a teoria dos princípios destaca a superação do modelo dual de separação regras/princípios, na medida em que propõe a adoção de um modelo tripartite de dissociação regras/princípios/postulados. Assim, o autor acrescenta mais uma categoria normativa – os postulados –, os quais define como instrumentos normativos metódicos, ou seja, como categorias que impõem condições a serem observadas na aplicação das regras e dos princípios, com eles não se confundindo.<sup>103</sup>

Ao tratar dos princípios, Ávila<sup>104</sup> discorre no sentido que estes têm o dever de promoção da realização de um Estado de coisas. Quando se refere aos postulados normativos, Humberto Ávila faz uma análise da forma como esse dever inerente aos princípios deve ser aplicado. Essa atribuição compete às denominadas metanormas. Os chamados postulados normativos, que tem por função estabelecer o arcabouço de emprego de princípios, regras e demais normas, estariam situados em um plano diverso das normas cujo emprego estruturam. São considerados metanormas ou normas de segundo grau, uma vez que a sua desobediência implica uma interpretação em desacordo com sua estruturação.

O princípio do Estado de Direito e do devido processo legal seriam sobreprincípios, situados em nível semelhante aos das normas que são objeto de aplicação. Diversamente, as metanormas estão no mesmo plano das normas que disciplinam a aplicação de outras. Ademais, os sobreprincípios funcionam como base, formal e material, para a criação e designação de sentido às normas com inferioridade hierárquica, enquanto que os postulados normativos servem para estruturar a aplicação de outras normas.<sup>105</sup>

Os postulados não se confundem com os princípios por diversos motivos. Entre outros, pode-se mencionar que enquanto os princípios determinam que um fim seja promovido, os postulados são responsáveis por fornecer o arcabouço para a aplicação desse dever de promoção de

---

<sup>103</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 63.

<sup>104</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 87-88.

<sup>105</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 87-88.

um fim. No mais, “[...] não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos”<sup>106</sup>.

Quando se refere às espécies de postulados, Humberto Ávila sustenta que há os postulados normativos inespecíficos e os específicos. Dentre os específicos, Ávila cita a razoabilidade e a proporcionalidade. Portanto, para ele, quer a razoabilidade, quer a proporcionalidade não seriam princípios, mas sim postulados normativos que, ademais, não se confundem. A razoabilidade, na lição de Ávila<sup>107</sup>, possui três sentidos, já mencionados, que se destacam e que são, inclusive, investigados por ele: razoabilidade como equidade, como congruência e como equivalência.

Alexy<sup>108</sup> explica que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Com isso, deduz que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, é uma decorrência lógica da natureza dos princípios, é dizer que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.

Em nota de rodapé, discorre Alexy<sup>109</sup> que a máxima da proporcionalidade é com frequência denominada princípio da proporcionalidade. No entanto, não se trata de um princípio no sentido por ele empregado. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade, que são as máximas parciais, são por ele consideradas como regras.

Com base nisso, Ávila<sup>110</sup> sustenta que Alexy não enquadra a proporcionalidade em uma categoria específica, aduzindo, no entanto, que boa parte da doutrina considera os postulados normativos, dentre eles a proporcionalidade e a razoabilidade, como princípios, sem, no entanto, tecer explicações.

Contrariando a observação feita por Humberto Ávila em relação à opinião doutrinária de Alexy, Virgílio Afonso da Silva<sup>111</sup> alega que Humberto Ávila está equivocado, eis que, embora o princípio da proporcionalidade não possa ser considerado um princípio, de acordo com a classificação adotada por Alexy, que o considera mandamento de otimização, Alexy o enquadra em outra categoria, e assim o faz explicitamente, considerando como uma regra.

---

<sup>106</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 88.

<sup>107</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 103.

<sup>108</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 116.

<sup>109</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 117.

<sup>110</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 89.

<sup>111</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.º 798, 2002, p. 26-27.

Ademais, apesar de concordar com o termo dever de proporcionalidade, utilizado por Humberto Ávila, Virgílio Afonso da Silva aduz que Ávila contorna o problema, mas não o resolve. O “dever” diz com a norma. As normas, por sua vez, ou são regras ou são princípios. Desse modo, considerando que, dada a sua estrutura, o dever de proporcionalidade caracteriza-se como regra e não como um princípio, o termo mais adequado é regra da proporcionalidade.

Observa ainda Virgílio Afonso da Silva que, considerando a prática jurídica brasileira, o termo princípio é empregado para “[...] conferir a importância devida ao conceito, isto é, à exigência de proporcionalidade”. Com o emprego de tal termo objetiva-se deixar claro que o princípio da proporcionalidade é uma disposição fundamental. Este seria um dos motivos pelos quais a proporcionalidade é vista como um princípio e não como uma regra.<sup>112</sup>

Por último, Guerra Filho<sup>113</sup> contraria a opinião de Luiz Roberto Barroso, segundo a qual a proporcionalidade seria um cânone da interpretação constitucional, ou melhor, da recente hermenêutica constitucional. Para Guerra Filho, como dito alhures, o princípio constitucional da proporcionalidade é uma prescrição, já que se trata de norma jurídica que consagra uma garantia fundamental.

Malgrado a crítica acima exposta, observa-se que Sarlet, Marinoni e Mitidiero<sup>114</sup> enquadram a proporcionalidade como um princípio e um critério de interpretação constitucional.

O Supremo Tribunal Federal fez referência ao termo princípio da proporcionalidade pela primeira vez em 1993, quando, em sede de controle de constitucionalidade, deferiu medida liminar de suspensão dos efeitos da Lei n.º 10.248/93, oriunda do Estado de Paraná. Na decisão suscitada, verifica-se ainda que os termos proporcionalidade e razoabilidade foram empregados de forma indistinta.<sup>115</sup>

Na Jurisprudência do STF, percebe-se que a proporcionalidade é considerada um princípio, eis que a Suprema Corte a ela assim se refere, inclusive para consignar que o seu fundamento seria o devido processo legal substantivo, tal como já fora aqui explanado.

Apesar das respeitáveis opiniões doutrinárias em sentido diverso, prevalece o entendimento de que a proporcionalidade é um princípio com proeminência no ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>112</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.º 798, 2002, p. 26-27.

<sup>113</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O Princípio da Proporcionalidade em Direito Constitucional e em Direito Privado no Brasil**. 2003, p.19 Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto347.htm>. Acesso em 28 maio 2012.

<sup>114</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 212.

<sup>115</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 39



Por intermédio desse princípio, encontram-se as soluções mais adequadas para as tensões existentes entre direitos fundamentais.

Para isso, a sua aplicação não pode prescindir da análise de seus elementos ou subprincípios. A partir desta análise é que se identificará se a medida é desproporcional por ser inadequada, desnecessária ou desproporcional em sentido estrito.

## 2.5 ELEMENTOS OU SUBPRINCÍPIOS

A doutrina identifica, como regra, três elementos da proporcionalidade. Seriam eles a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Observa-se que neste aspecto a vacilação de denominação está condicionada à natureza jurídica da proporcionalidade que se adota. Assim, alguns vão se referir a subprincípios<sup>116</sup>, outros a sub-regras<sup>117</sup>, outros ainda a máximas parciais<sup>118</sup>.

A doutrina alemã foi a responsável pela decomposição em três subprincípios, de acordo com Luís Roberto Barroso<sup>119</sup>, e o objetivo dessa decomposição foi conferir maior conteúdo ao princípio. Trata-se de uma disseção recente.

Explica Vitalino Canas<sup>120</sup> que a obra de Lerche, acima mencionada como marcante na difusão do interesse pelo princípio da proporcionalidade, não fez alusão a tal sistematização, pois nela não consta nenhuma menção à adequação.

Essa circunstância – de ter seu conteúdo composto por subprincípios – é um dos motivos pelos quais Guerra Filho<sup>121</sup> entende que a proporcionalidade deve ser tratada como um princípio e não como uma regra, da forma como acima já fora exposta.

A doutrina diverge ainda, segundo Virgílio Afonso da Silva<sup>122</sup>, quanto à quantidade de subprincípios.

---

<sup>116</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Malheiros, 2008, p. 396.

<sup>117</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 798, 2002. p. 12.

<sup>118</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 116.

<sup>119</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 259.

<sup>120</sup> CANAS, Vitalino. Proporcionalidade (Princípio da). **Dicionário Jurídico da Administração Pública**. Separata do VI Volume. Lisboa: s/d, 1994, p. 30.

<sup>121</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O Princípio da Proporcionalidade em Direito Constitucional e em Direito Privado no Brasil**. 2003, p.8 Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto347.htm>. Acesso em 28 maio 2012.

A corrente majoritária é aquela que considera a existência de três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Uma segunda corrente admite a existência de apenas dois subprincípios, quais sejam, adequação e necessidade. Esta seria a opinião acolhida pelos que criticam o sopesamento como método de aplicação do direito, e teria como principais representantes Böckenförde e Schlink. Como se percebe, essa segunda corrente descarta a análise da proporcionalidade em sentido estrito.

Por último, uma terceira vertente fala em um elemento adicional, consistente na “[...] análise da legitimidade dos fins que a medida questionada pretende atingir”. Esta análise seria feita antes de se verificar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Esta vertente é adotada pelos doutrinadores que estão atentos à aplicação da regra da proporcionalidade diante da Corte Europeia de Direitos Humanos.<sup>123</sup>

Outro aspecto que merece ser destacado, antes da definição do conteúdo de cada um dos subprincípios, é a crítica que Virgílio Afonso da Silva faz ao STF, no que concerne à análise de cada uma das sub-regras, de acordo com a denominação por ele adotada, quando da aplicação do princípio da proporcionalidade. Segundo ele, o STF as ignora.

Ademais, para que haja a correta aplicação da regra da proporcionalidade é imperioso que se analise a relação que existe entre as sub-regras, bem como a forma de aplicá-las. As sub-regras se relacionam de forma predefinida. Assim, deveriam ser analisadas em sequência, separadamente.

Em primeiro lugar analisa-se a adequação, em seguida, a necessidade e, por último, a proporcionalidade em sentido estrito. Se o ato for considerado inadequado já não passa pela análise da segunda sub-regra, e assim por diante. Haveria assim uma relação de subsidiariedade entre as sub-regras.

Quando da aplicação da regra da proporcionalidade não é necessário analisar todas as sub-regras que a compõem. O desconhecimento dessas regras de aplicação da proporcionalidade é que tem acarretado sua incorreta aplicação pelos tribunais brasileiros.<sup>124</sup>

Não é esse o entendimento de Vitalino Canas. Para o referido autor “ O controlo do respeito das várias máximas da proporcionalidade não pressupõe uma ordem lógica rigorosa”. Só haveria uma precedência lógica na apreciação da máxima da necessidade, pois para ser necessário o ato tem que ser idôneo.<sup>125</sup>

---

<sup>122</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.º 798, 2002, p. 35.

<sup>123</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.º 798, 2002, p. 35.

<sup>124</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.º 798, 2002, p. 34.

<sup>125</sup> CANAS, Vitalino. Proporcionalidade (Princípio da). **Dicionário Jurídico da Administração Pública**. Separata do VI Volume. Lisboa: s/d, 1994, p. 41.

### 2.5.1 Adequação

A adequação é também denominada de pertinência ou aptidão (*Geeignetheit*) e tem por objetivo o exame da conformidade ou da validade do fim. Essa é a opinião de Paulo Bonavides, o qual assevera que, nesse aspecto, o princípio da proporcionalidade se avizinha e, até mesmo, é confundido com o princípio da vedação do arbítrio (*Übermassverbot*).<sup>126</sup>

Utilizando denominação diversa, Canotilho<sup>127</sup> fala em “princípio da conformidade”. Para ele, esse subprincípio “[...] impõe que a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser *apropriada* à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes”. Segundo o citado autor, para que fique caracterizada a adequação, deve-se investigar e provar que o ato do poder público é hábil para e de acordo com os fins que justificaram sua adoção.

Observa, no entanto, Virgílio Afonso da Silva<sup>128</sup>, que há um equívoco no conceito fornecido pela doutrina pátria de adequação. Para demonstrar a incorreção, ele destaca que Gilmar Ferreira Mendes<sup>129</sup>, ao citar uma decisão do Tribunal Constitucional alemão, com o objetivo de conceituar a adequação, traduziu de forma imprecisa o verbo *fördern*. A propósito, o correto seria que o verbo *fördern*, utilizado na decisão, fosse traduzido no sentido de fomentar, e não como no sentido de alcançar. Dessa forma, considerando a possibilidade de tradução diversa, “[...] adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado”. Só seria inadequada uma medida cuja utilização em nada contribuisse para fomentar a concretização do objeto desejado.

### 2.5.2 Necessidade

---

<sup>126</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 396.

<sup>127</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 269-270. (grifo no original)

<sup>128</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.º 798, 2002, p. 36-37.

<sup>129</sup> A decisão a que se refere Virgílio Afonso da Silva encontra-se em BVerfGE 30, 292[316]. A passagem da obra de Gilmar Ferreira Mendes é a seguinte: “Os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado [...]”.

Por meio deste subprincípio, também denominado de princípio da exigibilidade ou da menor ingerência possível<sup>130</sup>, deve-se proceder ao exame da medida levando-se em consideração se ela respeitou os marcos imprescindíveis à preservação do propósito legítimo que pretende.

Assim, a medida tem que ser, dentre outras possíveis de serem adotadas, a que seja menos lesiva aos interesses do cidadão, o que conduz à denominação de princípio da eleição do meio mais brando, mais suave.<sup>131</sup>

O exame da necessidade consiste na comparação entre uma medida já reputada idônea com outras assim também consideradas. A finalidade desta comparação é a eleição da medida menos nociva. Daí porque afirmar Canas<sup>132</sup> que necessária é a medida menos prejudicial.

### 2.5.3 Proporcionalidade em sentido estrito

O simples fato de uma medida que limita um direito fundamental não ser reprovada no exame da adequação e da necessidade não conduz à ilação de que esta possa ser tachada de proporcional. Deve ainda tal medida ser submetida a um terceiro e último exame, o exame da proporcionalidade em sentido estrito, “[...] que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição do direito fundamental e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”.<sup>133</sup>

No exame da proporcionalidade em sentido estrito serão confrontados “[...] os bens, interesses ou valores perseguidos com o acto restritivo ou limitativo, e os bens, interesses ou valores sacrificados por esse acto”.<sup>134</sup>

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito é denominado de “justa medida”. Assinala Canotilho<sup>135</sup> que “Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim”.

<sup>130</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 270.

<sup>131</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 397.

<sup>132</sup> CANAS, Vitalino. Proporcionalidade (Princípio da). **Dicionário Jurídico da Administração Pública**. Separata do VI Volume. Lisboa: s/d, 1994, p. 36.

<sup>133</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.º 798, 2002, p. 41.

<sup>134</sup> CANAS, Vitalino. Proporcionalidade (Princípio da). **Dicionário Jurídico da Administração Pública**. Separata do VI Volume. Lisboa: s/d, 1994, p. 40.

<sup>135</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 270.

A par da ideia de que os princípios são mandamentos de otimização face às possibilidades jurídicas, Robert Alexy<sup>136</sup> conclui que “A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento decorre da relativização em face das possibilidades *jurídicas*”.

Uma medida será reprovada no teste da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, será tachada de desproporcional em sentido estrito, quando “[...] os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham *peso* suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido”.<sup>137</sup>

---

<sup>136</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 117-118.(grifo no original)

<sup>137</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.º 798, 2002, p. 42.

### 3 A PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL E OS PRINCÍPIOS INFLUENTES EM MATÉRIA PENAL

A proporcionalidade, qualquer que seja a natureza jurídica que lhe atribua, aplica-se a todos os segmentos do ordenamento jurídico.

Socorrendo-se da doutrina de Eberhard Grabitz, Bonavides<sup>138</sup> explicita que a principal função do princípio é exercida “[...] na esfera dos direitos fundamentais; aqui serve ele antes de mais nada (e não somente para isto) à atualização e efetivação da proteção da liberdade aos direitos fundamentais”.

A concepção de que a proporcionalidade é necessária para a graduação das penas fez com que Santiago Mir Puig concluísse que ela deve ser entendida como um princípio geral de todo direito penal. Assevera ainda o mencionado autor que toda intervenção do Estado que alcance os direitos do cidadão deva ser limitada pelo princípio da proporcionalidade, assumindo o caráter de exigência constitucional, tal como se dá corriqueiramente na seara penal, sempre que a intervenção do estado atingir os direitos fundamentais.<sup>139</sup>

Na seara penal, a concretização dessa proteção aos direitos fundamentais ganha contornos ao se levar em consideração que a consequência jurídica da prática de uma infração penal é a imposição de uma sanção penal e, esta última, como regra, compromete a liberdade de ir e vir, que é, dada a sua importância, elevada à categoria de direito fundamental. Haverá uma tensão entre o direito fundamental à liberdade e a segurança pública.

De qualquer sorte, Paulo Queiroz<sup>140</sup> eleva o princípio da proporcionalidade à condição de um dos mais importantes de todos os segmentos do direito e, em especial, do direito penal, a ponto de afirmar que em direito tudo é uma questão de proporcionalidade.

Portanto, a proporcionalidade terá que ser necessariamente observada com vistas à preservação do direito fundamental à liberdade em três momentos distintos: na escolha da respectiva sanção penal para determinada conduta considerada crime, na aplicação da pena e quando da execução da sanção imposta.

A consideração de que o direito penal possui um caráter sancionatório do direito de ir e vir fez com que Mariângela Gomes<sup>141</sup> suscitasse que o princípio da proporcionalidade possui uma

---

<sup>138</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 395.

<sup>139</sup> PUIG, Santiago Mir. **Direito penal – fundamentos e teoria do delito**. Tradução de Claudia Viana Garcia e José Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007, p. 105.

<sup>140</sup> QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 28.

atuação mais enfática nesse segmento do ordenamento jurídico o qual, “[...] por definição, se compõe de normas restritivas de liberdade e cuja restrição mais usual – a pena por excelência – tem por conteúdo a manifestação mais física e primária da liberdade que é a liberdade pessoal ou ambulatoria”.

A proporcionalidade, neste caso, está relacionada a diversos princípios influentes em matéria penal, que a seguir serão objeto de análise.

### 3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana foi elevada à categoria de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, tal como previsto no art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988.

O Estado Democrático tem como consequência, quer para o legislador, quer para os órgãos e as instituições responsáveis pelo exercício da função punitiva, em certa medida, fazer com que o direito penal seja colocado a serviço do cidadão, o que se concretizará por meio da imposição de limites, que hodiernamente estariam ligados à obediência de princípios, tais como o da Dignidade da Pessoa Humana.<sup>142</sup>

Dada a sua posição no texto constitucional, qual seja, no título dos princípios fundamentais, convém admitir e concordar com a opinião de Ingo Sarlet<sup>143</sup>, segundo a qual o nosso constituinte de 1988,

Além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua e não meio da atividade estatal.

Assim, é inquestionável a condição de norma jurídica, como princípio jurídico-constitucional fundamental, bem como de valor fundamental da dignidade da pessoa humana,

---

<sup>141</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 73.

<sup>142</sup> PUIG, Santiago Mir. **Direito penal** – fundamentos e teoria do delito. Tradução de Claudia Viana Garcia e José Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007, p. 86.

<sup>143</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 73-74.

assumindo diversas funções, que vão desde a política, à função instrumental integradora e hermenêutica.

Fala-se ainda em função limitadora ou negativa e função prestativa ou positiva.

No primeiro caso, limita a conduta dos particulares entre si, bem como a atuação estatal. Nestas situações, infere-se “[...] um dever de abstenção, de respeito para com os indivíduos, impedindo que os órgãos públicos atuem de forma a violar a dignidade humana”.<sup>144</sup>

Tal princípio não pode ser visto apenas como um limite para a atuação estatal, pois, conforme Sarlet,<sup>145</sup> além de ter por objetivo impedir que o poder público desrespeite a dignidade pessoal, também implica que “[...] o Estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos, podendo-se sustentar, na esteira da luminosa proposta de Clèmerson Clève, a necessidade de uma política da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais”.

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana não representa apenas um dever de abstenção para o Estado, mas, sobretudo, um dever de promoção, no sentido de possibilitar que todas as pessoas vivam com dignidade. Representa ainda um dever de proteção, assegurando que a dignidade de todos os indivíduos seja respeitada. Aqui o princípio revela sua função prestacional.

Nesse sentido, ao legislador estaria vedada a criação de tipos penais excessivamente abertos, a previsão de penas indeterminadas, dentre outras posturas que não se ajustariam ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Além disso, afronta tal princípio a cominação de penas brandas para condutas com elevado potencial ofensivo. Ou, ao contrário, a cominação de penas excessivas, desproporcionais, para delitos de menor gravidade. Nestas situações, assume lapidar importância o princípio da proporcionalidade, ao passo que se presta como instrumento para o legislador ponderar quais comportamentos deverão ser ou não criminalizados, e em que medida.

O mesmo se diga em relação ao juiz no momento da determinação da pena. Para que seja respeitada a dignidade da pessoa humana, deve haver um processo regular, que assegure o contraditório e a ampla defesa e, em caso de condenação, deve ser feita a correta individualização da pena, cujo *quantum* deverá ser compatível com as circunstâncias aferidas.

---

<sup>144</sup> CARVALHO, João Paulo Gavazza de Mello. Princípio constitucional penal da dignidade da pessoa humana. In: SCHIMITT, Ricardo Augusto (org.). **Princípios Penais Constitucionais** – Direito e Processo Penal à luz da Constituição. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 294.

<sup>145</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 120.



Vale ressaltar que a força normativa desse sumo princípio se espalha por todo ordenamento jurídico, servindo de base para outros princípios penais fundamentais.<sup>146</sup>

Com base nessa ilação, pode-se afirmar que a transgressão ao princípio da proporcionalidade resultará também na ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

### 3.2 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

Apesar de não estar previsto expressamente na Constituição Federal, menciona-se na doutrina que o princípio da culpabilidade pode ser extraído do art. 1º, III, que contempla o princípio da dignidade da pessoa humana, além do que, a partir dele, pode-se mencionar que derivam o princípio da responsabilidade subjetiva, da personalidade e da individualização da pena.<sup>147</sup>

Há, ainda, outros princípios que seriam decorrentes da culpabilidade, quais sejam os previstos nos artigos 4º, II (prevalência dos direitos humanos) e 5º, *caput* (inviolabilidade do direito à liberdade), ambos da Constituição Federal de 1988.<sup>148</sup>

Aponta-se, também como fundamento da culpabilidade o princípio da presunção de inocência.<sup>149</sup>

Leciona Luiz Luisi<sup>150</sup> ser indiscutível que a individualização judicial da pena tem como fundamento a culpabilidade, sendo esta culpabilidade a responsável, inclusive, pela quantificação da pena.

O princípio da culpabilidade é conceituado como sendo um

[...] postulado basilar de que não há pena sem culpabilidade (*nulla poena sine culpa*) e de que a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade – proporcionalidade na culpabilidade – é uma lídima expressão de justiça material peculiar ao Estado Democrático de Direito delimitadora de toda responsabilidade penal.<sup>151</sup>

<sup>146</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal**. Vol. 1. São Paulo: RT, 2008, p. 135.

<sup>147</sup> SOUZA, Paulo S. Xavier de. **Individualização da pena no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 115.

<sup>148</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal**. Vol. 1. São Paulo: RT, 2008, p. 135.

<sup>149</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de. **Direito Penal Constitucional – a imposição dos Princípios Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 113.

<sup>150</sup> LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 37.

<sup>151</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal**. Vol. 1. São Paulo: RT, 2008, p. 135.

A culpabilidade, no sistema do fato punível, tal como defende Figueiredo Dias<sup>152</sup>, reafirmando ser mérito de Roxin, tem como função limitar o intervencionismo estatal, objetivando com isso a defesa do autor de um fato delituoso contra possíveis excessos e arbitrariedades almejadas e cometidas pelo poder estatal.

O fundamento da culpabilidade, assevera Dias<sup>153</sup>, seria a preservação e a defesa da dignidade da pessoa. Desta forma, a imposição de uma sanção penal que extrapole os limites da culpabilidade representa um inequívoco atentado à dignidade humana. A consequência desse excesso seria o sacrifício da liberdade individual, daí porque, quando da individualização judicial da pena, em que a culpabilidade funciona como limite daquela, não há como se descuidar da proporcionalidade.

A culpabilidade, no âmbito penal, reconhece Bitencourt,<sup>154</sup> possui três acepções, figurando como fundamento da pena, como elemento da determinação ou medição da pena e como conceito contrário à responsabilidade objetiva.

Como fundamento da pena, significa dizer que alguém só será punido quando o fato praticado for típico e ilícito e, além disso, estejam presentes todos os elementos caracterizadores da culpabilidade (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de outra conduta). A culpabilidade aqui referida é considerada um elemento técnico dogmático da estrutura do crime.

No seu segundo sentido, a culpabilidade funciona como limite da pena, vedando a imposição de penas abaixo ou acima da medida pronunciada pela própria noção de culpabilidade, atrelada a outros critérios, como a relevância do bem jurídico, fins preventivos, entre outros.<sup>155</sup> A aferição da culpabilidade, nos termos em que está aqui concebida, será crucial para a correta e justa determinação judicial da pena.

Na sua última acepção, a culpabilidade impede haja responsabilidade objetiva, sendo imprescindível, neste caso, a constatação do dolo ou culpa do agente para que resulte na responsabilidade penal pelo resultado. É que nesse caso adota-se o princípio *nullum crime sine culpa*. A propósito, destaca Alberto Jorge Correia de Barros Lima<sup>156</sup>:

---

<sup>152</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 228.

<sup>153</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 231.

<sup>154</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 1 – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003, p.14.

<sup>155</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 1 – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003, p.14.

<sup>156</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de. **Direito Penal Constitucional – a imposição dos Princípios Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 108.

Dolo ou culpa do agente e, portanto, responsabilidade subjetiva, são requisitos para a imputação, sem os quais não há falar em fato típico e, por conseguinte, em infração penal. Desse modo, os resultados imprevisíveis, fruto de atos reflexos, aqueles advindos do acaso e mesmo, para alguns, os que não incrementam o risco, não poderão ser imputados a quem quer que seja.

O significado da exigência de responsabilidade subjetiva está associado ao fato de que “[...] em havendo delito doloso ou culposo, a consequência jurídica deve ser proporcional ou adequada à gravidade do desvalor da ação representado pelo dolo ou culpa, que integra, na verdade, o tipo de injusto e não a culpabilidade.”<sup>157</sup>

Hodiernamente, por força do princípio da culpabilidade, não se tolera mais um Direito Penal fundado na responsabilidade objetiva, como acontecia no Direito Penal primitivo. Igor Luis Pereira e Silva aduz que o princípio da culpabilidade protege<sup>158</sup> “[...] o indivíduo de ser responsabilizado criminalmente por condutas impassíveis de reprovabilidade, como na figura do *versari in re illicita*<sup>159</sup>, que atribuía todas as consequências do ato ilícito ao agente, presumindo a sua culpabilidade”.

O princípio da culpabilidade, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana, representa para o cidadão a garantia de uma pena justa e proporcional.

### 3.3 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

O princípio da individualização da pena está previsto, dentre outras disposições, no art. 5º, incisos XLVI, XLVII e XLVIII da Constituição Federal de 1988. Deduz-se que por força de referido princípio as sanções penais devem ser individualizadas por lei, não se descurando do respeito à proporção entre o delito e a pena.<sup>160</sup>

Fazendo menção à doutrina de Luiz Flávio Gomes, Igor Luis Pereira e Silva<sup>161</sup> aduz que o fato de ter “relação intrínseca com a espécie, a medida e a quantidade de pena legislada” faz com que alguns juristas considerem que o princípio da individualização da pena integre o princípio da proporcionalidade.

<sup>157</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal**. Vol. 1. São Paulo: RT, 2008, p. 135.

<sup>158</sup> SILVA, Igor Luís Pereira e. **Princípios Penais**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 247.

<sup>159</sup> O *versari in re illicita operam danti rei illicitae, imputatur omnia quae sequuntur ex delicto*, ou apenas *qui versatur in re illicita respondit etiam pro casu* é um princípio canônico medieval que significa: “Quem prática um ato ilícito responde por todas as suas consequências, independentemente de serem queridas, previstas ou fortuitas”. PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal**. Vol. 1. São Paulo: RT, 2008, p. 135-136.

<sup>160</sup> SILVA, Igor Luís Pereira e. **Princípios Penais**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 143.

<sup>161</sup> SILVA, Igor Luís Pereira e. **Princípios Penais**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 144.

O princípio da individualização da pena deverá ser observado em três etapas: no momento da elaboração da lei penal (individualização legislativa ou formal), no momento da imposição de uma sanção penal (individualização judicial ou do caso concreto) e na execução da sanção penal imposta (individualização executória).

Na primeira etapa, o legislador irá selecionar os comportamentos cuja gravidade exigem a intervenção penal, com vistas à tutela dos bens jurídicos. A instituição do tipo penal com a definição da sua respectiva sanção não pode prescindir da observância do princípio da proporcionalidade para, dentre outros aspectos, evitar a incriminação desnecessária, ou a atribuição de uma sanção incompatível com o grau de importância do bem jurídico tutelado.

Na segunda etapa, incumbe ao magistrado a tarefa de individualização da pena. A determinação judicial da pena é orientada pelos artigos 59 e 68 do Código Penal. Embora haja uma certa margem de discricionariedade, deverão ser levadas em consideração diversas circunstâncias previstas em lei até que se chegue à pena definitiva. Da observância das circunstâncias judiciais deverá resultar a imposição de uma pena que seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime, tal como disposto no art. 59 do Código Penal.

Ao discorrer sobre a individualização judiciária, Luiz Luisi reconhece que, apesar de a lei estabelecer e orientar como deve ser feita a individualização da pena nesta segunda etapa, ainda assim há uma margem inquestionável de discricionariedade para o magistrado. Em relação à postura do juiz, indica Luisi:<sup>162</sup>

Tendo presentes as nuances da espécie concreta e uma variedade de fatores que são especificamente previstas pela lei penal, o juiz vai fixar qual das penas é aplicável, se previstas alternativamente, e acertar o seu quantitativo entre o máximo e o mínimo fixado para o tipo realizado, e inclusive determinar o modo de sua execução.

É indiscutível que no processo de interpretação e aplicação do direito o magistrado que, no tocante à aplicação da pena, dispõe de certa margem de discricionariedade deve observância ao princípio da proporcionalidade, sob pena de não impor uma sanção justa. Ademais, levar-se-ão em consideração aspectos objetivos e subjetivos, de tal sorte que a motivação da decisão permitirá ao condenado cientificar-se das justificativas (fundamentação) utilizadas para a definição da sanção que lhe foi imposta.

---

<sup>162</sup> LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 53.

Em ambas as fases da individualização “[...] deve existir sempre uma medida de justo equilíbrio – abstrata (legislador) e concreta (juiz) – entre a gravidade do fato praticado e sanção imposta”.<sup>163</sup>

A última etapa da individualização da pena acontece na sua fase de execução. Após definida a sanção a ser cumprida, o Estado irá satisfazer sua pretensão executória. A pena imposta será devidamente ajustada às condições pessoais do condenado. Para tal, deverá ser feita a classificação do condenado, observando-se os seus antecedentes, bem como sua personalidade. Essa classificação, que será feita nos moldes dos artigos 5º a 9º da Lei de Execuções Penais (lei n.º 7210/1984), tem por finalidade orientar a individualização.

A adequada individualização da pena que será executada atende aos reclamos do princípio da personalidade e da proporcionalidade, dentre outras garantias constitucionais.

A individualização da pena, que pode ser considerada uma atividade muito mais ampla do que a aplicação da pena, não poderá prescindir da observância do princípio da proporcionalidade em todas as suas etapas.

### 3.4 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

O princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade “[...] estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa”. Essa atuação excepcional se dá em função da gravidade da sanção penal, responsável pela imposição de restrições aos direitos fundamentais.<sup>164</sup>

Sabe-se que o Direito Penal é considerado a *ultima ratio* do ordenamento jurídico. Disso decorre o seu caráter subsidiário, intervindo com o propósito de tutelar os bens jurídicos quando a intervenção dos demais segmentos do ordenamento jurídico não forem suficientemente aptas para tal mister. E, nesse caso, ao intervir, o Direito Penal deve adotar as medidas estritamente necessárias, para não comprometer os direitos fundamentais, além ou aquém dos fins buscados com a tutela dos bens jurídicos.

---

<sup>163</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal. Vol. 1.** São Paulo: RT, 2008, p. 139.

<sup>164</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal. Vol. 1.** São Paulo: RT, 2008, p. 138.

Além da subsidiariedade, da intervenção mínima decorre outra característica do Direito Penal: a fragmentariedade.

A intervenção penal deve ser mínima, devendo-se, antes, esgotar todos os meios extrapenais de controle social para a resolução de um conflito.

A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, contemplou em seu artigo 8º que somente as penas estrita e devidamente necessárias deveriam ser estabelecidas pela lei. O propósito da mencionada previsão foi coibir o arbítrio do legislador, o qual, ainda que sob a égide do princípio da legalidade, poderia criar leis penais absurdas e estabelecer sanções em afronta à dignidade humana. É daí que se origina o princípio da necessidade, ou da intervenção mínima, propugnando sejam criminalizados comportamentos apenas na hipótese em que não haja outra forma de se proteger um bem jurídico em específico.<sup>165</sup>

O princípio da intervenção mínima apresenta-se como uma restrição ao direito de punir do Estado. De fato, o recurso desmedido à sanção criminal não assegura a efetiva proteção dos bens jurídicos, podendo, ao contrário, comprometer a sua eficácia. A intervenção penal não pode se dar em vão, devendo-se, com isso, evitar a inflação legislativa.

Encontra-se o princípio em questão previsto implicitamente no ordenamento jurídico. Há quem mencione que o seu fundamento constitucional é o art. 1º, inciso III, bem como o art. 3º, inciso IV da Constituição Federal de 1988. Deduz-se daí a vedação à criminalização de comportamentos de forma arbitrária. Outrossim, por força “[...] da proporcionalidade, a vida e a liberdade, direitos fundamentais expressamente garantidos pelo art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, somente podem ser privados ou restritos se estritamente necessários para tutela de direitos fundamentais”.<sup>166</sup>

É bem verdade que o princípio da proporcionalidade impõe limites à atividade legiferante, valendo aqui registrar a lição de Paulo Bonavides<sup>167</sup>, que esclarece:

Ora, o princípio da proporcionalidade – e esta é talvez a primeira de suas virtudes enquanto princípio que limita o cerceamento aos direitos fundamentais – transforma, enfim, o legislador, num funcionário da Constituição, e estreita assim o espaço de intervenção ao órgão especificamente incumbido de fazer as leis.

---

<sup>165</sup> LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 38-39.

<sup>166</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de. **Direito Penal Constitucional** – a imposição dos Princípios Constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 71.

<sup>167</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 424.

Em razão dessas exigências, que vinculam o legislador e o aplicador da lei, é que se constata que por meio do princípio da intervenção mínima estão vedadas a criação e a permanência de leis penais que, confrontadas com os direitos e garantias expressos no texto constitucional, com eles não se coadunem. Visto que “As implicações ocasionadas pela previsão legal e aplicação judicial de uma pena indicam que esta deve ser utilizada tão-somente quando não houver outro remédio, ou seja, quando fracassarem todas as outras formas de proteção”, pode-se concluir que a intervenção penal deve ser mínima.<sup>168</sup>

A relevância de seu papel no direito penal de um Estado Democrático consiste em condicionar a intervenção do direito penal apenas em último caso.<sup>169</sup>

Identifica-se uma estreita relação entre o princípio da intervenção mínima, o princípio da proporcionalidade e o princípio (ou subprincípio) da necessidade.

Aliás, ao tratar do princípio da intervenção mínima, Luiz Luisi o denomina também de princípio da necessidade.<sup>170</sup>

Mariângela Gama de Magalhães Gomes argumenta que o princípio da necessidade, na esfera penal, baseia-se “[...] na exigência constitucional de que o interesse a ser protegido pela norma apresente relevância suficiente para poder justificar, em contrapartida, uma delimitação da esfera de liberdade”.<sup>171</sup>

Partindo da premissa de que o primeiro elemento ou subprincípio da proporcionalidade é o princípio da necessidade, assinala Mello<sup>172</sup> que desta decorre a escolha, perante “[...] dois meios igualmente eficazes para se atingir um determinado fim”, daquele que menos interfira nos Direitos Fundamentais. Revela-se o princípio da necessidade como princípio do meio menos oneroso. É a partir daí que o citado autor infere a relação entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da intervenção mínima.

---

<sup>168</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 84.

<sup>169</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 51.

<sup>170</sup> LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 39.

<sup>171</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 83.

<sup>172</sup> MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. O princípio da proporcionalidade no direito penal. In: SCHIMITT, Ricardo Augusto (org.). **Princípios Penais Constitucionais – Direito e Processo Penal à Luz da Constituição**. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 208.

Da necessidade da intervenção, deve-se perquirir a necessidade da pena. Assim, “Decorrente da ideia de necessidade da pena, sua aplicação afasta o Direito Penal nas hipóteses em que não seja considerado meio idôneo, adequado ou eficaz para a prevenção do delito”.<sup>173</sup>

Ao tratar dos limites ao direito de punir em um Estado Social, Santiago Mir Puig faz referencia ao “princípio da utilidade da intervenção penal”, salientado que no Estado Social, o Direito Penal só terá legitimidade quando proteger a sociedade. Demonstrada a inutilidade da sua intervenção para evitar crimes, sua justificação estará perdida. Com isso conclui o autor que “O ‘princípio da necessidade’ conduz, pois, à exigência de utilidade”. Se não houver utilidade na intervenção penal para que se atinja a finalidade protetiva e preventiva do direito penal, não haveria justificativa para sua existência, devendo aquela ser extinta, ou mesmo ser substituída por outra forma de reação penal mais branda.<sup>174</sup>

A pena não pode ter um fim exclusivamente retributivo, com nítido caráter de castigo. Para além disso, deve ela preocupar-se com a ressocialização do condenado. Portanto, a pena só atenderá ao critério da necessidade caso esteja justificada para repreender e, sobretudo, buscar a recuperação e a reintegração social do condenando. Com base nisso, aduz Francisco de Assis Toledo:<sup>175</sup>

Se essa consideração estiver correta, a pena justa será somente a pena necessária (von Liszt) e, não mais, dentro de um retribucionismo kantiano superado, a pena compensação do mal pelo mal, segundo o velho princípio do talião. Ora, o conceito de pena necessária envolve não só a questão do tipo de pena como o modo de sua execução. Assim dentro de um rol de penas previstas, se uma certa pena apresentar-se como apta aos fins da prevenção e da preparação do infrator para o retorno ao convívio pacífico na comunidade de homens livres, não estará justificada a aplicação de outra pena mais grave, que resulte em maiores ônus para o condenado.

Deduz-se que tão grave quanto punir apenas com o propósito retributivo é punir de forma desmedida, infligindo uma pena além da medida, porque nesse caso tal pena seria desnecessária, desatendendo ao escopo preventivo a que também se propõe a pena.

O exame da necessidade da intervenção penal é que dirá se esta se coaduna com o princípio da intervenção. Só assim restará identificado se a medida que consista, quer na criminalização de um determinado comportamento, quer na permanência dessa incriminação, é, ou não, proporcional.

---

<sup>173</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal**. Vol. 1. São Paulo: RT, 2008, p. 138.

<sup>174</sup> PUIG, Santiago Mir. **Direito penal** – fundamentos e teoria do direito. Tradução de Claudia Viana Garcia e José Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007, p. 92-93.

<sup>175</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p 70.



### 3.5 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O Princípio da Insignificância está relacionado ao axioma *mínima non cura praeter*. Com base nele, veda-se o uso excessivo da sanção criminal, de tal sorte que devem ser consideradas atípicas ações ou omissões que atinjam de forma ínfima um bem jurídico penal.<sup>176</sup>

Trata-se de um princípio que é abrangido por outro, qual seja, pelo Princípio da Lesividade (ou ofensividade). Este último não está positivado explicitamente na Constituição Federal, no entanto tem vigência como princípio implícito.

Ora, em um Estado Democrático de Direito que se funda na dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e tem como objetivo o bem de todos (CF, art. 3º, IV), o legislador, bem como o aplicador da lei, não podem restringir a liberdade do indivíduo por condutas que não lesem ou ponham em perigo de lesão qualquer bem jurídico. Destes dispositivos constitucionais abstrai-se o fundamento do princípio da insignificância, que atua como um princípio limitador e orientador do direito penal.

A respeito do tema, esclarece Francisco de Assis Toledo<sup>177</sup>: “Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se com bagatelas”.

A tipicidade penal prescinde de um mínimo de lesividade ao bem jurídico tutelado, eis que é inaceitável que o legislador introduza em um tipo penal condutas absolutamente inofensivas ou incapazes de causar lesão ao interesse protegido.

Disso decorre que, quando a lesão for insignificante e não tenha sequer capacidade de afetar o interesse protegido, impossível se falar em adequação típica. Observe-se que no tipo não estão descritas condutas (ações) incapazes de ofender o bem tutelado, motivo pelo qual os danos de pouca ou nenhuma monta devem ser considerados fatos atípicos.

O princípio acarreta a exclusão da tipicidade que exige não apenas a mera correspondência formal entre o fato e a norma, mas também, como já explanado, que a conduta provoque efetiva ofensa ao bem tutelado pela norma. Assim, exige-se para reconhecimento da tipicidade como um todo, que no caso concreto verifique-se se houve tipicidade formal e tipicidade material.

---

<sup>176</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal**. Vol. 1. São Paulo: RT, 2008, p. 146.

<sup>177</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 133.

Como salientado por C ezar Roberto Bitencourt<sup>178</sup>:

A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses   suficiente para configurar o injusto t pico.

[...]

Ami de, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma *relevância material*. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado (grifo no original).

Deve haver uma rela o de proporcionalidade entre a conduta que fora praticada e a san o prevista pela lei penal. Com isso impede-se que uma pena dotada de considerável gravidade, assim como a privativa de liberdade, possa ser infligida a alguém tão somente pelo fato de sua a o adequar-se, formalmente, ao tipo penal.<sup>179</sup>

Ao analisar a conduta perpetrada deve o julgador considerá-la at pica sempre que o comportamento revelar-se insignificante. Nesse ínterim, em razão do princípio da proporcionalidade, não se justificaria a incidência do direito penal.

Tendo como objetivo a prote o dos bens jurídicos, a interven o penal deve ser necessária, adequada e proporcional, sob pena de comprometer em demasiado, e de forma injusta, os Direitos Fundamentais.

### 3.6 PRINCÍPIO DA ADEQUA O SOCIAL

Uma conduta que se subsuma formalmente ao tipo penal pode deixar de ser considerada típica, desde que tenha se tornado “[...] socialmente adequada ou reconhecida, isto  , se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada”.<sup>180</sup> São com essas considera es que Luiz Regis Prado expõe qual o significado do princípio da adequa o social, cuja teoria fora concebida por Hans Welzel.

Ressalte-se que há na doutrina quem julgue o princípio desnecessário, vago e impreciso, indicando, inclusive, que o seu alcance   bastante reduzido.<sup>181</sup>

<sup>178</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 1. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003, p.19.

<sup>179</sup> SILVA, Igor Luís Pereira e. **Princípios Penais**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 196.

<sup>180</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal**. Vol. 1. São Paulo: RT, 2008, p. 142-143.

<sup>181</sup> QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 39.

Como visto acima, para que a medida passe pelo exame da adequação é preciso que o meio utilizado seja idôneo para o alcance, fomento e promoção do fim ou objetivo pretendido.

Com base nisso, sustenta Mello<sup>182</sup>:

Partindo-se aqui da ideia de que o fim do Direito Penal é a proteção subsidiária dos bens jurídicos, assim como a prevenção geral da autotutela, respeitando-se na maior medida possível os Direitos Fundamentais, é possível perceber a densificação do referido princípio quando se afasta a incidência das normas penais ou processuais penais para atingir os fins a que o Direito Penal se propõe.

A aferição da adequação requer a análise da medida em que a incriminação tem aptidão para a tutela do bem jurídico. Assim, tal como propugnado por Gomes<sup>183</sup>, impõe-se

[...] uma reflexão sobre algumas condutas criminosas que, desde logo, já demonstram inaptidão para a proteção pretendida, assim como em relação a determinadas estruturas normativas que, devido ao modo como se propõem a tutelar o bem jurídico, tornam-se escassamente aplicadas, e igualmente ineficazes, ou inidôneas.

Nesse sentido, comportamentos que já deixaram de ser reputados graves e perniciosos ao convívio social não merecem mais a proteção penal, eis que deles não se infere nenhuma espécie de ofensa ao bem jurídico penal a ensejar sua tutela.

É preciso que haja uma “relação lógica de adequação (utilidade) entre meio (direito penal) e fim (prevenção de delito)”. A demonstração da falta de utilidade e idoneidade, sinônimos da adequação, de determinada lei penal para consecução dos fins a que se destina implicará a descriminalização ou despenalização.<sup>184</sup>

Denota-se, assim, que o princípio da adequação social identifica-se com o subprincípio da adequação, decorrente do princípio da proporcionalidade em sentido amplo.

Tanto a pena prevista em abstrato, como aquela aplicada ao caso concreto, não podem ser demasiadamente leves, muito menos excessivamente graves. Em tais casos, deixará a pena de ser o meio apropriado para que se possa atingir a finalidade preventiva do direito penal.

### 3.7 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE

<sup>182</sup> MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. O princípio da proporcionalidade no direito penal. In: SCHIMITT, Ricardo Augusto (org.). **Princípios Penais Constitucionais** – Direito e Processo Penal à Luz da Constituição. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 212.

<sup>183</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 128.

<sup>184</sup> QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal** – Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 48.

O princípio da humanidade consiste em uma importante limitação ao direito de punir em um Estado Democrático e pode ser inferido do art. 1º, III da Constituição Federal de 1988.

A consideração de que a dignidade da pessoa humana é um fundamento do Estado Democrático de Direito tem como consequência a vedação da adoção de diversas espécies de pena com nítido caráter aflitivo, que imponham ao condenado um sofrimento em excesso. A propósito, salienta Mir Puig,<sup>185</sup> “É a dignidade do indivíduo, como primeiro limite material a ser respeitado por um Estado democrático, que fixa limites máximos à rigidez das penas e aguça a sensibilidade de todos com relação aos danos por elas causados”. Disso decorre a exigência de respeito à integridade física e moral do preso, do respeito e preservação dos seus direitos que não foram atingidos pela sentença, dentre outras garantias que são resultado da adoção do princípio da humanidade.

Destaca Paulo Queiroz<sup>186</sup> que essa postura não poderia ser diversa, “[...] já que o Estado Democrático não persegue a realização de valores absolutos de justiça, nem fins teocráticos ou metafísicos, nem o retribuir por retribuir”. Isso faz com que o Estado e o direito não sejam fins, mas somente meios para que seja realizada a dignidade humana.

Frise-se que o princípio da humanidade impõe ao juiz uma interpretação que considere o condenado como sujeito, jamais como um mero objeto da controversa mediação ressocializadora. Em razão disso, quando da individualização da pena, ao juiz é defeso aplicar uma pena acima do mínimo com o propósito único de intimidação geral, olvidando a necessidade de alcançar a prevenção especial. É a certeza da punição, e não a intensidade do sofrimento por ela infligido, que irá assegurar uma elevada eficácia com caráter preventivo.<sup>187</sup>

Em observância a esse princípio, a pena deve ser racional e proporcional. Para que haja obediência ao princípio da proporcionalidade, “[...] a pena deve ser adequada aos seus fins constitucionais, ser o menos onerosa possível para o apenado e somente ser imposta em casos estritamente necessários, devendo o Estado refletir sempre sobre os ganhos e as perdas em sua cominação, aplicação e execução”.<sup>188</sup>

Ao identificar a estreita relação entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da humanidade, sustenta Lima<sup>189</sup>, que este último “[...] supera e transcende a própria ideia de

---

<sup>185</sup> PUIG, Santiago Mir. **Direito penal** – fundamentos e teoria do direito. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007, p. 99.

<sup>186</sup> QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal** – Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 54.

<sup>187</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de. **Direito Penal Constitucional** – a imposição dos Princípios Constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 126-127.

<sup>188</sup> SILVA, Igor Luís Pereira e. **Princípios Penais**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 75.

<sup>189</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de. **Direito Penal Constitucional** – a imposição dos Princípios Constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 122.

proporcionalidade, porquanto não só leva em conta o afastamento de determinadas penas e consequências desumanas, mas também compreende o processo penal, a execução penal e, antes disso, a própria política criminal”.

O caráter restritivo do princípio volta-se não apenas para o legislador, mas também para o aplicador. Ao legislador é defeso a cominação de penas aflitivas, vexatórias, indignas; ao julgador é vedada a aplicação de penas indignas, injustas e excessivas, que desconsiderem a condição de ser humano dos condenados. O mesmo se diga quando da execução da pena, oportunidade em que o juiz deve velar pelo respeito à integridade física e moral do condenado, dentre outros aspectos, buscando sempre alcançar os fins a que se propõe a execução da pena, sempre em sintonia com o princípio da dignidade humana.

A pena que for imposta além dos limites necessários implicará a imposição de sofrimento demasiado ao condenado, e, por conseguinte, representará uma ofensa aos princípios da humanidade e da proporcionalidade.

### 3.8 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DA PENA

Denota-se que as garantias inerentes ao princípio da proporcionalidade se espraiam por todos os segmentos do ordenamento jurídico. Mas é, sobretudo, no direito penal, tal como já sustentado, que esse princípio assume relevante papel.

A proporcionalidade da pena deve ser respeitada no momento da sua cominação, aplicação e execução.

Ao asseverar que o princípio da proporcionalidade extrai seu fundamento do art. 5º da Constituição Federal de 1988, e tem por fim a proibição de “penas excessivas ou desproporcionais em face do desvalor de ação ou do desvalor de resultado do fato punível, lesivas da função de retribuição equivalente do crime atribuída às penas criminais nas sociedades capitalistas”, Juarez Cirino dos Santos<sup>190</sup> identifica duas dimensões do princípio: uma abstrata e uma concreta.

Na sua primeira dimensão, o princípio é denominado de proporcionalidade abstrata e volta-se para o legislador, tendo como consequência a restrição à criminalização de comportamentos que

---

<sup>190</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal** – Parte Geral. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 28.

representem graves violações aos direitos humanos, bem como o estabelecimento da sanção penal de acordo com a natureza e extensão das lesões decorrentes do crime.<sup>191</sup>

A segunda dimensão, chamada de princípio da proporcionalidade concreta, volve-se para o juiz, e tem como consequências a análise da relação custo/benefício que existe entre o crime e a pena, revelando que nesse caso há uma considerável desproporção nessa relação.

Nessa segunda dimensão, percebe-se que o princípio da proporcionalidade é que vai servir de base para que seja definida a quantidade da reprovação, de acordo com a culpabilidade, aqui compreendida como limite da pena.<sup>192</sup>

No momento da determinação judicial da pena a culpabilidade funcionará como um limite. No entanto, para que seja encontrada uma pena justa e adequada, deverá o magistrado, quando da dosimetria, recorrer ao princípio da proporcionalidade.

Do próprio texto do art. 59 do Código Penal pode-se inferir a exigência de que a sanção penal imposta seja necessária e suficiente, é dizer, seja proporcional. Essa exigência não se restringe ao momento da definição da pena base, abrangendo também as demais etapas do sistema trifásico. Assim, a pena base estabelecida deve ser proporcional à quantidade de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Se nenhuma circunstância judicial for desfavorável, não se justifica a imposição da pena além de seu mínimo. Ao contrário, se algumas, ou até mesmo todas, forem desfavoráveis, não respeitaria a proporcionalidade a aplicação da pena em seu mínimo legal. A mesma consideração vale para as circunstâncias legais (agravantes e atenuantes) e para as causas especiais de aumento e de diminuição. A definição do quantum destas também deverá ser proporcional.

Só será considerada proporcional a pena que seja aprovada nos três exames: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Esses são, como visto alhures, subprincípios ou, ainda, princípios parciais, cuja aplicação é sucessiva e complementar.<sup>193</sup>

No primeiro caso, deve-se aferir se a pena é o meio idôneo para alcançar os fins do direito penal, que consistem na prevenção geral e especial, bem como se ela estaria apta para tutelar um determinado bem jurídico.

Em segundo lugar, a análise recai sobre a prescindibilidade da pena para a proteção de certo bem jurídico, bem como se com ela serão também atingidos os fins a que se presta o Direito Penal no ordenamento jurídico, como instrumento de controle social. Havendo outra forma de se proteger determinado bem jurídico, por meio da imposição de uma sanção administrativa, por exemplo, quer

---

<sup>191</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal** – Parte Geral. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 28.

<sup>192</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal** – Parte Geral. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 28.

<sup>193</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal** – Parte Geral. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 27.

a cominação, quer a aplicação de uma pena se mostrarão desnecessárias, portanto desproporcionais. Até mesmo dentro do próprio âmbito penal, se for possível impor uma pena mais leve, diversa da privativa de liberdade, por exemplo, a decisão será reputada ofensiva ao princípio da proporcionalidade.

Por derradeiro, a pena deve ser proporcional à gravidade da infração perpetrada. Procede-se a um juízo de ponderação para se aferir a existência de proporcionalidade entre o conteúdo da restrição imposta pela pena e os objetivos visados com aquela restrição. Por tal motivo, Paulo Queiroz<sup>194</sup> aduz que, por força do princípio da proporcionalidade,

[...] urge que a pena, a ser cominada ou a ser aplicada, guarde justa proporção com o grau de ofensividade da conduta delituosa, objetivando orientar a criminalização de comportamentos pelo legislador, bem como a sua individualização judicial, devendo a reação penal retratar o merecimento do autor da infração, de acordo com as circunstâncias jurídico-penalmente relevantes (CP, art. 59).

A constatação de que não há nenhuma mácula ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito será alcançada quando seja positiva a resposta à indagação formulada por Juarez Cirino dos Santos<sup>195</sup> que consiste em saber se: “[...] a pena criminal cominada e/ou aplicada (considerada meio adequado e necessário, ao nível da realidade) é proporcional em relação à natureza e extensão da lesão abstrata e/ou concreta do bem jurídico?”.

---

<sup>194</sup> QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal** – Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 49.

<sup>195</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal** – Parte Geral. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 27.

#### 4 DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A atividade de individualização da pena ocorre em três fases diversas: a legislativa, a judicial e a executiva. É por intermédio da individualização que a pena é determinada.

A fase denominada de determinação legal da pena corresponde ao momento em que o Poder Legislativo elege, de forma abstrata, para cada infração penal uma sanção penal, estabelecendo, de logo, seus limites mínimo e máximo. Essa fase legislativa da realização da pena corresponde a sua cominação, que é, no dizer de Aníbal Bruno, “[...] momento inicial e imprescindível, porque só a lei pode dispor sobre a punição de crimes”.<sup>196</sup>

A segunda fase, chamada de determinação judicial da pena, refere-se àquela em que o magistrado define qual será a pena aplicável, caso haja a previsão de uma pena privativa de liberdade ou de uma pena pecuniária, é dizer, caso prevista uma cominação alternativa, bem como define a quantidade da pena, estabelece o regime inicial de cumprimento, o estabelecimento penal em que será cumprida, ou realiza, sendo possível, a substituição ou, ainda, a suspensão condicional. Como se vê, esta etapa da individualização é caracterizada por conferir ao magistrado significativa margem de discricionariedade.

Por fim, vem a fase da determinação executória da pena, fase em que, transitada em julgado ou não a pena imposta, considerando-se a possibilidade da execução provisória, dá-se início a pretensão executória do Estado, com o efetivo cumprimento da sanção imposta. É, sobretudo, nesta fase, que o magistrado deve guiar-se pelos fins atribuídos à pena.

Todas essas etapas da individualização da pena reclamam a observância do princípio da proporcionalidade. Ela não se resume, apenas, à determinação judicial ou aplicação da pena. É a individualização, como se percebe, “[...] uma atividade mais ampla que a atividade de aplicação da pena, destinada, mais restritamente, a estabelecer a quantidade certa de pena necessária e suficiente para os fins da prevenção e da repressão penal”.<sup>197</sup>

Na obra de Roberto Lyra<sup>198</sup> encontra-se a seguinte distinção:

A cominação é absolutamente determinada, quando a lei fixa a natureza e a medida da pena, limitando-se o juiz a aplicá-la à hipótese; é relativamente determinada, quando a lei fixa ou alterna a qualidade e estabelece o máximo e o mínimo, em cujos limites o juiz faz a

<sup>196</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito Penal** – Parte Geral, Tomo III. Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 59.

<sup>197</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 54.

<sup>198</sup> LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 178.



concretização; é absolutamente indeterminada, quando a lei declara punível um fato, mas confia ao juiz a fixação e a aplicação da pena, sem indicar espécie e quantidade.

Essas são as formas de determinação da pena que, como será visto adiante, passaram por uma evolução, até que restaram concebidas da forma como hoje está prevista em nossa legislação.

Para o estudo que aqui se pretende desenvolver, será analisada a individualização na sua segunda etapa, denominada de individualização judicial ou determinação judicial da pena.

#### 4.1 A INDIVIDUALIZAÇÃO JUDICIAL DA PENA – DOS SISTEMAS PRECEDENTES AO MODELO ATUAL

A individualização judicial da pena, tal como hoje concebida, é caracterizada por conferir ao magistrado uma certa margem de discricionariedade. De logo, importa verificar que para alguns doutrinadores a individualização judicial seria marcada pelo arbítrio do juiz e não pela discricionariedade.

A história da solução do problema da discricionariedade (ou arbitrariedade) atribuída ao juiz para a determinação judicial da pena identifica-se com a história do princípio da legalidade.

Dentre as garantias do princípio da legalidade, abstrai-se que a norma jurídica deve ser, além de prévia e escrita, estrita. A necessidade de precisão da lei penal é que dá origem ao denominado mandado de determinação, o qual pugna deva a lei definir “[...] de forma suficientemente diferenciada as distintas condutas puníveis e as penas que possam acarretar”. Diz este com o aspecto material do princípio da legalidade, que seria burlado caso a lei, embora prévia, se utilizasse de cláusulas gerais absolutamente indeterminadas. É este mandado de determinação que na “[...] teoria da determinação da pena obriga a um certo ‘legalismo’ que limite o, por outro lado, necessário arbítrio judicial”.<sup>199</sup>

Na fase do direito penal pré-moderno, os espaços conferidos ao juiz eram bastante amplos. O sistema de discricionariedade de determinação judicial da pena “[...] se impôs, de forma todavia mais desordenada, depois do século XI: desde então até às codificações, também pela ausência de

---

<sup>199</sup> PUIG, Santiago Mir. **Direito penal** – fundamentos e teoria do direito. Tradução de Claudia Viana Garcia e José Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007, p. 90.

uma legislação penal sistemática, todas as penas, incluída a de morte, acabaram por ficar ao arbítrio dos juízes”.<sup>200</sup>

Observa Fragoso<sup>201</sup> que a indeterminação legal das penas era corriqueira na fase da monarquia absoluta, sujeitas ao arbítrio dos juízes. Ficava a cargo do rei definir qual pena deveria ser imposta, funcionando quer como legislador, quer como juiz.

Nelson Hungria<sup>202</sup> considerou a Idade Média “a idade de ouro das penas arbitrarias”, preconizando que subsistiam o arbítrio conferido ao magistrado e o conferido ao rei.

Registra Bitencourt<sup>203</sup> que “Na idade média, o arbítrio judicial, imposto por exigências políticas da tirania, era produto de um regime penal que não estabelecia limites para a determinação da sanção penal”. Esse poder excessivo conferido aos juízes na fase que antecede ao Iluminismo, o qual era exercido de forma arbitrária, em prejuízo da justiça e a favor da tirania medieval, foi considerado um dos grandes males do direito penal daquela época.

A batalha iluminista contra o despotismo dos juízes objetivou, entre outros aspectos, o combate ao arbítrio conferido aos juízes, na medida em que buscou conferir à lei a possibilidade de estabelecer as penas correspondentes aos delitos, bem como ao Poder Legislativo, a legitimidade para instituí-las.

Essa batalha se iniciou no Século das Luzes. Montesquieu e Beccaria foram apontados como os responsáveis por reagirem à ideia de que o juiz não poderia ser também legislador.

Surge então um novo sistema de determinação da pena, em que as penas eram fixas, sem nenhuma margem de discricionariedade para os juízes. Estes ficavam de tal forma engessados que sequer podiam ajustar a pena ao caso concreto, sendo-lhes vedado, inclusive, interpretar a lei.

Assim, anota Fragoso,<sup>204</sup> “[...] por uma espécie de movimento pendular da história, passa-se ao extremo oposto. O CP Francês, de 1791, comina penas fixas, de tal maneira que a atividade do juiz é puramente mecânica”. Tal sistema não dispensou a exigência da motivação da sentença, que expressava, nas palavras de Fragoso, uma conquista liberal, bem como uma garantia do cidadão.

---

<sup>200</sup> FERRAJOLI, Luigi, **Direito e Razão** – Teoria do Garantismo Penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 370.

<sup>201</sup> FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de direito penal** – parte geral. Atualização de Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 407.

<sup>202</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. I, Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 39.

<sup>203</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 1 – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 550.

<sup>204</sup> FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de direito penal** – parte geral. Atualização de Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 408.

A adoção do sistema de penas fixas ou tabuladas, em que os atenuantes e agravantes são definidos de forma matemática, foi uma tentativa de minimizar a quantidade de arbítrio judicial, adotada pelo direito comparado e consagrada pelo Código Criminal de 1830.<sup>205</sup>

Uma falha que se identifica nesse afã de limitar os espaços conferidos aos juízes da cultura penal iluminista traduz-se, no dizer de Luigi Ferrajoli<sup>206</sup>, na “[...] ideia, ligada ao mito do juiz como boca da lei, da necessidade de uma absoluta predeterminação legal da pena e da supressão de qualquer discricionariedade judicial na valoração da gravidade do delito e, por conseguinte, na medida da pena correspondente”.

Sintetizando as características do sistema de determinação das penas constante no Código Penal francês de 1791, esclarece Raymond Saleilles:<sup>207</sup> “Tal foi, com efeito, o sistema penal do direito da Revolução. Temos um Código Penal de 1791 bastante incompleto, mas que revela admiravelmente o espírito da época. Ali estão fixadas as penas pela lei, sem que o juiz tenha a menor faculdade para ajustar a pena ao delito”.

O sistema de penas determinadas engessava a atividade do juiz, transformando-o num mero aplicador da lei. A dosagem da pena era invariável.

Contrapondo-se a esse engessamento, no ano de 1810 o Código Penal Francês foi alvo de uma reforma ampla, passando a estabelecer, à exceção das penas de prisão perpétua, máximos e mínimos dentro dos quais o juiz poderia transitar para determinar a medida concreta da pena. Apesar de a reforma representar um avanço, ainda assim não era contemplativa, pois ao juiz não era possível reconhecer agravantes e atenuantes, tampouco efetuar a substituição de penas, compatibilizando-as com a gravidade do delito. Só por volta de 1824, e de modo geral em 1832, passou-se a reconhecer, na França, que era possível o júri afastar a “responsabilidade penal dos doentes mentais e a atenuação das penas aos condenados imputáveis”.<sup>208</sup>

Por fim, mormente a partir de 1810, evoluiu-se para um sistema de indeterminação relativa da pena, possibilitando ao juiz, dentro de limites mínimos e máximos, realizar a devida mensuração

---

<sup>205</sup> ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 5 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 781.

<sup>206</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão** – Teoria do Garantismo Penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 371.

<sup>207</sup> SALEILLES, Raymond. **A Individualização da Pena**. Tradução de Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio. São Paulo: Rideel, 2006, p. 65.

<sup>208</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 144-145.

da pena. Foi justamente essa concepção “[...] o ponto de partida para as legislações modernas, fixando os limites mínimo e máximo, dentre os quais o juiz pode variar a mensuração da pena.”<sup>209</sup>

Referindo-se ao sistema de determinação da pena no Direito Penal moderno, de forma a justificar a adoção de sistema diverso da determinação absoluta e da absoluta indeterminação, obtempera Aníbal Bruno:<sup>210</sup>

A pena absolutamente determinada impediria o seu ajustamento, pelo juiz, ao fato e ao agente, na realidade do caso concreto. A pena absolutamente indeterminada deixaria demasiado arbítrio ao julgador com prejuízo da necessária garantia dos direitos individuais, e, dentro dos princípios que inspiram o direito penal vigente, enfraqueceria a sua função intimidante e a relativa equivalência que o sistema exige seja estabelecida, desde início, entre ela e o tipo em que se define o crime.

Esse sistema, qual seja, o da indeterminação relativa, é sistema de individualização da pena, na fase judicial, adotado pela nossa atual legislação.

Antes, porém, de analisarmos o sistema adotado por nosso ordenamento jurídico, será feita uma síntese de sua evolução histórica, dada a sua pertinência com o estudo que se pretende desenvolver.

#### 4.2 SINOPSE HISTÓRICA DA APLICAÇÃO DA PENA NO BRASIL

Durante o período colonial, apesar da vigência das Ordenações Afonsinas e Manuelinas na época da descoberta, registra Fragoso<sup>211</sup> que apenas fora aplicado em nosso país o direito penal que estava disposto no Livro V das Ordenações Filipinas.

Nas Ordenações Filipinas, a medida da pena tinha um nítido caráter intimidativo. Constata Massud<sup>212</sup> que boa parte das penas cominadas, quer de morte ou corporais, era fixa e não permitia, por este motivo, qualquer margem para uma individualização judicial. Apesar de fixas, em certas passagens podia-se observar nas penas das Ordenações o excesso de arbítrio e a indeterminação. Em resumo, arrebatava Leonardo Massud, as Ordenações Filipinas careciam de um critério, vez que em certas passagens cominava penas fixas, engessando a atividade do magistrado, em outras lhes atribuindo um desmedido arbítrio.

<sup>209</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, Vol. 1 – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 551.

<sup>210</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito Penal** – Parte Geral, Tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 60.

<sup>211</sup> FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de direito penal** – parte geral. Atualização de Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 70.

<sup>212</sup> MASSUD, Leonardo. **Da pena e sua fixação** – finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal. São Paulo: dpj, 2003, p. 130-131.

Anota Fragoso<sup>213</sup> que “O sentido geral dessa legislação é o da intimidação feroz, puramente utilitária, sem haver proporção entre as penas e os delitos, confundindo-se os interesses do Estado com os da religião”.

Na mesma linha, ao elencar as características das Ordenações Filipinas, destaca Prado<sup>214</sup> que “[...] a medida da pena vinculava-se à preocupação de conter os maus pelo terror e a sua aplicação dependia da qualidade das pessoas”.

O Código Criminal, aprovado em 16 de dezembro de 1830, foi largamente influenciado pelos princípios liberais do Iluminismo e do utilitarismo. Dentre as legislações cuja influência foi mais relevante destacam-se: o Código Penal Francês de 1810 e o Código Napolitano de 1819.<sup>215</sup>

Considerado o primeiro código penal brasileiro, sua elaboração se deve à Carta Magna brasileira, promulgada em 1824, que consignou em seu artigo 179, parágrafo 18, “a imperiosa necessidade de elaboração de ‘um Código Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade’”.<sup>216</sup>

O referido diploma legal de 1830 adotou o sistema de penas fixas, devendo o juiz proceder à individualização de forma graduada: grau mínimo, médio ou máximo. Esclarecem Zaffaroni e Pierangeli<sup>217</sup> que esse sistema de penas fixas ou tabuladas fazem parte da herança do pensamento da Revolução Francesa.

Nessa época, o juiz figurava como um mero aplicador da lei, cingindo-se à conferência do fato e à sua adequação com a norma jurídica pertinente. Ou seja, “[...] o juiz limitava-se a constatar o fato, a identificar o grau de reprovação e a declarar a pena correspondente. Não tinha poder de escolha, já que a proporcionalidade na reação era predeterminada em lei”.<sup>218</sup>

Para a aplicação da pena nos três graus – mínimo, médio e máximo – era necessário, no entanto, que o juiz levasse em consideração as circunstâncias agravantes e atenuantes. Isso já revelava uma certa preocupação do legislador na individualização da pena, eis que permitia que a punição fosse mais adequada.

---

<sup>213</sup> FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de direito penal** – parte geral. Atualização de Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 71.

<sup>214</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal** – vol 1. São Paulo: RT, 2008, p. 114.

<sup>215</sup> FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de direito penal** – parte geral. Atualização de Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 72.

<sup>216</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal** – vol. 1. São Paulo: RT, 2008, p. 115.

<sup>217</sup> ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: RT, 2004, p. 209.

<sup>218</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 146.

A propósito, Leonardo Massud, reportando-se à doutrina de Roberto Lyra, conclui que o Código de 1830, no que concerne à aplicação da pena, adotava o sistema de indeterminação relativa de forma bastante acanhada, haja vista o fato de que “[...] os temores liberais que influenciaram a codificação não permitiram maior arbítrio judicial, utilizado de forma nefasta em tempos absolutistas”.<sup>219</sup>

Aprovado em 1890, o Código Republicano previa um sistema de graus intermediários, sendo essa alteração pouco significativa. Com base em tal sistema, a individualização da pena deveria atentar para as circunstâncias agravantes e atenuantes, na hipótese em que o Código não estabelecesse uma pena determinada e fixasse, apenas, o máximo e o mínimo. É o que se pode inferir do disposto no art. 62 do vetusto Código Criminal, *in verbis*:

Art. 62. Nos casos em que este Código não impõe pena determinada e somente fixa o máximo e o mínimo, considerar-se-ão três graus na pena, sendo o grau médio compreendido entre os extremos, com atenção às circunstancias aggravantes e atenuantes, as quaes serão applicadas na conformidade do disposto no art. 38, observadas as regras seguintes: § 1º No concurso de circumstancias aggravantes e attenuantes que se compensem, ou na ausência de umas e outras, a pena será applicada no grau médio.<sup>220</sup>

Apesar de cominar às penas, como regra, limites mínimos e máximos, “[...] o que poderia aparentemente indicar a ampliação do arbítrio judicial, a fixação da pena entre os limites estabelecidos na moldura seguia uma tediosa fórmula matemática e estava vinculada à presença de agravantes e atenuantes [...]”, tal como acentua Massud<sup>221</sup>, resultando na aplicação da pena em seu grau médio, quando da ausência de agravantes e atenuantes ou quando da sua compensação, como previsto no comando do § 1º do indigitado art. 62.

Tal sistema não dispensou críticas, sobretudo porque teria tornado a atividade de individualização da pena ainda mais complicada.

De fato, para que o magistrado estabelecesse a medida da pena deveria se socorrer da aritmética, não havendo a possibilidade de avaliar todos os elementos que contribuíram para o delito, sendo essa a ilação feita por Pedro Vergara, a qual fora transcrita por Boschi<sup>222</sup>, na abordagem do tema.

<sup>219</sup> MASSUD, Leonardo. **Da pena e sua fixação** – finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal. São Paulo: dpj, 2003, p. 132.

<sup>220</sup> No sentido de preservar a autenticidade da fonte pesquisada, optamos por manter a grafia original do texto citado.

<sup>221</sup> MASSUD, Leonardo. **Da pena e sua fixação** – finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal. São Paulo: dpj, 2003, p. 134.

<sup>222</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 147.

Discordando das críticas endereçadas ao Código Penal de 1890, e sob a alegação de que estas não teriam o fundamento indicado, aduzem Zaffaroni e Pierangeli<sup>223</sup> que “[...] o primeiro código penal republicano possuía um texto liberal, clássico, que simplificou o sistema de penas do Código anterior, ponto que, para seu tempo, significou um sensível avanço sobre o texto do código imperial”. Tal de deu graças à sua inspiração em códigos que eram uma referência à época, a exemplo do Código Italiano de Zanardelli, de 1889, e do holandês, de 1881.

Com a edição do Código Penal de 1940, o qual só entrou em vigor, diga-se de passagem, em 01.01.1942, surge um novo sistema que confere ao magistrado ampla margem de discricionariedade.

Nesse sentido, observa Boschi,<sup>224</sup> “Pelo novo Código, todavia, o legislador delegou ao juiz, avisadamente, um arbítrio, prudente e relativo como deve ser todo arbítrio, ditando normas taxativas para limitá-lo e conduzi-lo no caso concreto”.

Pertinente à aplicação da pena, percebe-se que o Código de 1940 foi responsável por promover uma profunda alteração, em nada se comparando com o seu antecessor. Sobre o assunto, obtempera Massud:<sup>225</sup>

Longe das fórmulas aritméticas, o Código Penal de 1940 ampliou extraordinariamente o arbítrio judicial, disponibilizando ao magistrado um autêntico roteiro de investigação das circunstâncias fáticas do crime e da pessoa do réu, permitindo-se, com isso, o exercício verdadeiro da tarefa de individualizar a pena, cuja fixação, agora, prendia-se tão somente aos limites da moldura dos tipos penais, ou seja, aos marcos mínimos e máximo da reprimenda

Assim, o art. 42 do Código Penal, em sua redação original, ao tratar em Capítulo específico sobre a aplicação da pena, rezava, *in verbis*:

Art. 42. Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime: I determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente; II fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável.

A finalidade do arbítrio conferido ao juiz foi possibilitar a melhor adequação da pena ao responsável pela prática da infração penal, bem como ao caso concreto.

Depositou-se considerável margem de confiança nos magistrados.

<sup>223</sup> ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 210.

<sup>224</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 148.

<sup>225</sup> MASSUD, Leonardo. **Da pena e sua fixação** – finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal. São Paulo: dpj, 2003, p. 138.

O arbítrio judicial passou a ser visto como uma medida salutar para a busca da equidade. Ao enaltecer e concordar com o arbítrio conferido aos juízes pelo novo Código, afirma Lyra:<sup>226</sup> “Enquanto se mantiver, com a seleção moral e intelectual, a independência da magistratura, o arbítrio judicial, regulado cautelosamente, como fez o Código, só poderá ser salutar”.

Insurgindo-se contra a tentativa de conter os abusos do arbítrio do Código de 1791, que teve como marco a criação de um sistema de penas fixas, revela Lyra<sup>227</sup> que a pretensa igualdade buscada era na realidade a pior das injustiças. Por fim, destaca o referido autor que “A rigor, há arbítrio na lei, no seu aprorismo, na sua abstração, na sua dureza. Nas mãos dos juízes, o texto deixa de ser arbítrio, humanizando-se, sensibilizando-se, adaptando-se à vida e à personalidade de cada homem”.

Deflui-se a relevância a que foi guindado o arbítrio judicial, prestigiando a magistratura da época, mas, sobretudo, buscando uma individualização mais justa, conforme a realidade do condenado e do fato.

Com base nisso, destacou Aníbal Bruno<sup>228</sup> que

Os direitos do homem, que a ordem jurídica reconhece na pessoa do delinquente, são suficientemente garantidos, em face do arbítrio judicial pela determinação da pena ou das penas em relação a cada uma das figuras típicas, pelos termos fixados para o máximo e o mínimo da sua graduação e pelo dever imposto ao juiz de fundamentar a sentença.

Ressalta-se, no entanto, que o Código de 1940 cometeu o equívoco de adotar o sistema duplo-binário, o qual previa a aplicação de pena e medida de segurança. Esse sistema, da forma como concebido, permitia que a pena tivesse duração indeterminada, caracterizando-se como uma burla à vedação da prisão perpétua.

Quanto ao Código Penal de 1969, que sequer chegou a entrar em vigor, sendo revogado antes disso pela lei 6578/78, infere-se que, apesar de a redação do dispositivo que tratava da aplicação da pena ser diversa, o seu conteúdo era semelhante a do Código de 1940, não havendo, desse modo, nenhum avanço que seja digno de registro. Chamou atenção, entretanto, o ponto em que o Código Penal estabeleceu, para alguns tipos penais, apenas o máximo da pena, ou seja, alguns delitos não tinham uma pena mínima cominada.<sup>229</sup>

No texto constitucional, identifica-se que o princípio da individualização da pena aparece pela primeira vez na Constituição Federal de 1946, mais precisamente no art. 141, § 29. Doravante,

---

<sup>226</sup> LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 183.

<sup>227</sup> LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 183-184.

<sup>228</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito Penal** – Parte Geral, Tomo III. Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 62.

<sup>229</sup> MASSUD, Leonardo. **Da pena e sua fixação** – finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal. São Paulo: dpj, 2003, p. 142.



foi o mesmo princípio previsto no art. 150, § 13, segunda parte da Constituição Federal de 1967; e, na Emenda Constitucional n.º 1 de 1969, foi ele previsto no art. 153, § 13, segunda parte.

Essa foi, em linhas gerais, a evolução histórica da individualização da pena no Brasil. Resta saber como funciona a individualização hodiernamente.

#### 4.3 DA SISTEMÁTICA ATUAL DE APLICAÇÃO DA PENA

Com a reforma da Parte Geral do Código Penal de 1940, ocorrida em 1984, significativas e inovadoras reformas foram realizadas.

A substituição do sistema duplo binário pelo sistema vicariante foi uma das modificações que se destacaram, pois, conforme lição de Zaffaroni e Pierangeli,<sup>230</sup> volta-se a adotar um direito penal fundado na culpabilidade, na medida em que foram extirpadas as medidas de segurança do código Rocco.

Acrescentou-se a conduta social e o comportamento da vítima aos elementos constantes do art. 42 do Código Penal de 1940, efetuando-se, ainda, a substituição da intensidade do dolo e o grau de culpa pela culpabilidade do agente, adotando-se, assim, orientação da teoria finalista.<sup>231</sup>

Ademais, a nova redação dada ao dispositivo que trata da aplicação da pena, qual seja o artigo 59, até então em vigor, teve o mérito de ser responsável pela previsão inédita dos fins da pena que deverão ser observados pelo magistrado quando de sua aplicação.<sup>232</sup>

A pena aplicada deve ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, ou seja, deve ser útil, por um lado, à justa retribuição da culpabilidade, por outro, a um fim preventivo. Quanto à reprovação, o legislador atribuiu à culpabilidade uma função de limitar a pena. Significa dizer que, embora a necessidade de reprovação e prevenção sejam elementos norteadores da individualização da pena, tal propósito não tem o escopo de fazer com que a pena fique além do limite da culpabilidade para a satisfação de seu fim preventivo. Ao revés, a apreciação da necessidade e suficiência de repressão e prevenção, prevista na parte final do art. 59 do Código

---

<sup>230</sup> ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, 5. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 215.

<sup>231</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 1 – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 553.

<sup>232</sup> MASSUD, Leonardo. Da pena e sua fixação – finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal. São Paulo: dpj, 2003, p. 144.

Penal, indicam que a pena final pode ser inferior àquela recomendada em razão do grau de reprovação porque, naquela quantidade, já se revelaria satisfatória para a prevenção do delito.<sup>233</sup>

No texto do artigo 59 do Código Penal, percebe-se que fora adotada a teoria mista ou eclética, atribuindo-se à pena não apenas o caráter retributivo, mas também preventivo.

Leciona, no entanto, Leonardo Massud<sup>234</sup> que esse caráter retributivo da pena fora abandonado pelo sistema jurídico brasileiro, o que se deu em razão da incorporação da Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH. “No art. 5º, n. 6, deste Tratado, os países signatários resolveram atribuir à punição um cariz marcadamente de prevenção especial positiva”, explica Massud, concluindo que as penas privativas de liberdade, segundo a CADH, devem adotar como finalidade a recuperação e a readequação social dos condenados, de tal sorte que devem ser estes os objetivos norteadores da atividade judicial de dosimetria da pena.

A prevenção especial positiva seria, assim, a finalidade a ser perseguida, devendo ser observada no momento em que magistrado determinar a medida da pena.

Percebe-se, ainda, que o comando do artigo 59 do código penal determina seja a reprimenda imposta estabelecida de forma necessária e suficiente para o cumprimento dos fins da pena, acima destacados. Tal determinação não constava no artigo 42, que fora revogado e substituído pelo artigo 59. A nova redação estabeleceu um vetor para a dosimetria da pena: o princípio da proporcionalidade.

Manteve-se certa margem de discricionariedade (ou arbitrariedade) outrora prevista para os juízes para a determinação da pena, entre os limites mínimo e máximo cominado.

No entanto, observa-se que fora adotado um sistema de aplicação da pena composto por três etapas, denominado de sistema trifásico. A adoção desse sistema trifásico teve o propósito de evitar o arbítrio do juiz e de amenizar a discricionariedade, passando a lei, é dizer, o art. 68 do Código Penal, a estabelecer uma sequência de fases que deverão ser seguida pelo magistrado para justificar o cálculo da pena.<sup>235</sup>

O método trifásico de aplicação das penas privativas de liberdade foi mais uma das inovações advindas com a reforma da Parte Geral, ocorrida em 1984. A sua adoção pôs fim a uma discussão travada entre a doutrina de Roberto Lyra e de Nelson Hungria. O primeiro propugnava a adoção de

---

<sup>233</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua Interpretação** – Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: RT, 2007, p. 340.

<sup>234</sup> MASSUD, Leonardo. **Da pena e sua fixação** – finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal. São Paulo: dpj, 2003, p. 144.

<sup>235</sup> ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Individualização da pena e controle de constitucionalidade. In \_\_\_\_\_ (org). **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Nubia Fabris, 2008, p. 341.

um método em que a dosimetria deveria ser feita em apenas duas etapas. Nelson Hungria, por sua vez, sustentava que o cálculo para a dosimetria da pena deveria ocorrer em três fases. Tal método trifásico foi considerado em maior sintonia com o propósito da individualização da pena, sendo este o móvel pelo qual o legislador teria por ele optado.<sup>236</sup>

#### 4.4 MÉTODO DE APLICAÇÃO DA PENA

Inicialmente deve-se destacar que não se deve confundir a individualização com a dosimetria da pena. Cada qual possui um objeto diverso.

A individualização da pena, prevista no art. 5º, inc. XLVI da Constituição Federal, representa uma garantia “de respeito às singularidades próprias e características do indivíduo certo (e não do homem médio) e do fato a ele imputado.”<sup>237</sup>

Por outro lado, a dosimetria consiste num procedimento com regras, cujo escopo é dar efetividade a garantia da individualização da pena. Assinala Boschi que “ela resulta da técnica e não da arte de julgar e tem por fim estabelecer a relação compensatória entre duas grandezas conhecidas: o crime praticado, de um lado, e o castigo oficial, de outro, tendo por nortes os princípio da culpabilidade e da proporcionalidade, entre outros.”<sup>238</sup>

Nossa legislação penal adotou um método para aplicação da pena privativa de liberdade que é fracionado em três etapas. Em cada uma das etapas o magistrado deverá motivar suas escolhas, justificando o porquê da sua avaliação. A finalidade da adoção desse critério foi permitir às partes tomarem conhecimento de como foi estabelecida a medida da pena, sobretudo se a dosimetria atendeu ao procedimento estabelecido pela lei.

A atividade de dosagem da pena, tal como determina o art. 68 do Código Penal, consistirá, de início, na escolha da pena base. Para tal, serão valoradas as circunstâncias judiciais estabelecidas em lei. Em segundo lugar, serão analisados os atenuantes e agravantes e, por fim, serão analisadas as causas de aumento e de diminuição.

---

<sup>236</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 151-152.

<sup>237</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. A dosimetria das penas privativas de liberdade. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 21, n. 142, p. 17-18, janeiro de 2013.

<sup>238</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. A dosimetria das penas privativas de liberdade. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 21, n. 142, p. 17-18, janeiro de 2013.

Alertam Zaffaroni e Pierangeli para a impossibilidade de ser desvalorada uma mesma circunstância várias vezes. Com base nisso, esclarece que referida determinação pode ser inferida do artigo 61, às quais devem ser aplicadas não apenas em relação às agravantes genéricas, como também a qualquer circunstância ou característica que integre o tipo penal.<sup>239</sup>

Para não incorrer em *bis in idem*, não deve o magistrado valorar, em mais de uma das etapas da mecânica de aplicação da pena, determinada circunstância que este repute deva ser considerada desfavorável. Assim, consta na súmula 241 do STJ: “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstancia agravante e, simultaneamente, como circunstancia judicial.”

Embora a indigitada súmula se refira apenas à reincidência, nada impede seja ela aplicável às demais circunstâncias judiciais ou legais, agravantes ou atenuantes.<sup>240</sup> Desse modo, não pode o magistrado, por exemplo, considerar que os motivos do crime não favorecem o condenado, e como tal reputar desfavorável essa circunstância, quando os motivos já tiverem influenciado para que o crime de homicídio seja qualificado pelo motivo fútil.

Aos juízes, constata-se, foi dada certa credibilidade para a escolha racional da medida da pena. Há autores que falam em arbítrio judicial,<sup>241</sup> há outros que falam em discricionariedade na aplicação. Afinal, o poder conferido é arbitrário ou discricionário?

#### 4.4.1 Arbitrariedade ou discricionariedade?

Questão intrigante é saber se o poder conferido aos magistrados para estabelecer a pena é um poder discricionário ou arbitrário.

De início, registre-se que, ao tratar da distinção entre a discricionariedade judicial e a administrativa, em breves linhas Lênio Luiz Streck<sup>242</sup> salienta que “[...] no âmbito judicial, o termo discricionariedade se refere a um espaço a partir do qual o julgador estaria legitimado a criar a solução adequada para o caso que lhe foi apresentado a julgamento”.

---

<sup>239</sup> ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: RT, 2004, p. 783-784.

<sup>240</sup> QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal** – Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 328.

<sup>241</sup> LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 188.

<sup>242</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise** – uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 329.

Arbitrariedade e discricionariedade não se confundem, segundo leciona Cezar Roberto Bitencourt. Eis o motivo pelo qual no Código Penal existem critérios que deverão ser seguidos quando da fixação da pena. O referido autor compartilha o entendimento de que há discricionariedade para o cálculo da pena, mas esta não prescinde da devida fundamentação.<sup>243</sup>

Na opinião de Heleno Claudio Fragoso<sup>244</sup>, embora seja comum falar em arbítrio judicial, o poder exercido pelo juiz é, em verdade, um poder discricionário. A par disso, ao aplicar a pena, conforme determina a lei, o juiz não pode fazê-lo segundo seu talante. Obtempera o referido autor que,

Como ensina Brícola, por discricionariedade não se deve entender o poder de adotar, com base na simples oportunidade, o tratamento mais idôneo, mas sim a renúncia, por parte do legislador, em fixar abstratamente um conteúdo de valor, para deixá-lo em concreto à apreciação do juiz. O Juiz está adstrito à aplicação da pena justa. O que separa o arbítrio da discricionariedade é a obrigação de motivar a aplicação da pena

A motivação teria uma tríplice função. A primeira delas seria proteger o cidadão em face do arbítrio judicial, assumindo uma função de defesa. A segunda, permitir ao Estado, por intermédio do Estado-Juiz, alcançar seu propósito de correta administração da justiça, assumindo uma função de garantia. A terceira, assegurar a imparcialidade do juiz e eximi-lo de qualquer suspeita, caracterizando uma função de proteção. Não é possível, portanto, o juiz decidir de forma caprichosa, pois não há poder arbitrário, e sim poder discricionário, cuja motivação da decisão é uma exigência constitucional.<sup>245</sup>

No mesmo sentido, referindo-se à doutrina de Jeschek, Alberto Silva Franco destaca que a discricionariedade conferida ao juiz é juridicamente vinculada, haja vista que este está atado quer às finalidades da pena, quer às causas determinantes do *quantum* da punição.<sup>246</sup>

Discorrendo sobre o assunto, esclarece Boschi:<sup>247</sup>

No curso do procedimento *quantificador* da pena também o juiz não exerce poder arbitrário, pois deve guiar-se *fundamentadamente* (art. 93, IX da CF) por critérios legais e jurisprudenciais e proclamar a pena *em espécie e quantidade* que reflita o ideal da proporcionalidade entre a ação criminosa e a resposta penal. (grifos no original)

<sup>243</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 1 – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 560.

<sup>244</sup> FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de direito penal** – parte geral. Atualização de Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 408-409.

<sup>245</sup> FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de direito penal** – parte geral. Atualização de Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 409-410.

<sup>246</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua Interpretação** – Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: RT, 2007, p. 339.

<sup>247</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 150.

O Superior Tribunal de Justiça<sup>248</sup>, ao tratar da necessidade de fundamentação quando da fixação da pena, no Habeas Corpus n.º 9.584/RJ, decidiu no sentido de que a atividade judicial de aplicar a pena é discricionária. “Discricionária quanto à matéria. Vinculada na forma. O Juiz precisa explicar (fundamentar, enfim) todos os seus passos. E, para tanto, cativo a este raciocínio: adequar o fato à norma”. Adiante complementa asseverando que a fundamentação deve estar expressa, eis que não existe fundamentação implícita: “E mais. Fazê-lo expressamente. Não há fundamentação implícita”.

Na opinião de Roberto Lyra<sup>249</sup>, o arbítrio judicial que foi conferido aos magistrados pelo art. 42 do Código Penal de 1940 teve por finalidade servir à individualização da pena, para melhor efetivá-la. Chega inclusive a afirmar que o arbítrio judicial foi erigido pelo Código como “[...] instrumento da interpretação evolutiva[...]”, com uma imprescindível margem de independência.

Apesar da referência ao termo arbítrio judicial, observe-se que Lyra sempre pregou a necessidade da motivação das decisões e, além disso, ao comentar o art. 42, destaca que nele são indicados “[...] os limites do poder discricionário do juiz, uniformizando-se e esclarecendo-se os roteiros fundamentais para a determinação qualitativa e quantitativa da pena”. Assim, o indigitado autor trata de modo indistinto o arbítrio judicial e o poder discricionário.<sup>250</sup>

Há uma relativa margem de discricionariedade na aplicação da pena. No entanto, deve o juiz balizar sua escolha escoimando-se nos princípios da culpabilidade, da motivação e da proporcionalidade, dentre outros, o que deverá ser observado em todas as etapas do processo de aplicação da pena, que serão objeto de estudo nos tópicos seguintes.

#### 4.4.2 Primeira fase - as circunstâncias judiciais do Artigo 59 do Código Penal

O Código Penal de 1941, ora vigente, prevê no art. 59 oito circunstâncias que deverão ser levadas em consideração para que o magistrado estabeleça a pena base. São elas: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias, as consequências do crime e o comportamento da vítima.

---

<sup>248</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª turma. Habeas Corpus n.º 9584/RJ – 1999/0045793-5, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 29 de maio 2012.

<sup>249</sup> LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 188.

<sup>250</sup> LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 195.

Essas circunstâncias são denominadas de judiciais tendo em vista que sua apreciação é uma exclusividade do julgador, que fará uso do seu poder discricionário para avaliá-las.<sup>251</sup>

O exame das circunstâncias, no entanto, tem que ser feito em observância ao princípio da intervenção mínima, o qual figura como um limite que incide sobre a interpretação judicial. Nessa senda, aduz Alberto Jorge Correia de Barros Lima<sup>252</sup> “as circunstâncias são as singularidades do fato que, tornando-o particularizado, permitem uma referência específica a ele.” Além de defini-las, expõe Lima como o princípio da intervenção interfere na dosimetria da pena, ao dizer que “exaspera-se ou diminui-se a pena, por exemplo, considerando a graduação da intolerância da ofensa ou da maior ou menor necessidade do Direito Penal.”

Sob enfoque diverso, Bitencourt<sup>253</sup> acentua que as circunstâncias judiciais “não são efetivas ‘circunstâncias do crime’, mas critérios limitadores da discricionariedade judicial, que indicam o procedimento a ser adotado na tarefa individualizadora da pena-base.”

Essas considerações fazem ver que as circunstâncias judiciais, embora não possuam um valor previamente determinado pela lei, ficando a critério do juiz estabelecê-lo, estão sujeitas a limites, cuja observância será fundamental para que o juiz não estabeleça uma pena base incompatível com o texto da Constituição, e com os princípios dela decorrentes, mormente com o princípio da proporcionalidade.

O exame das circunstâncias judiciais interfere não apenas na fixação da pena base, sendo relevante, também, para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena, nos moldes do art. 33, §3º do Código Penal.

#### 4.4.2.1 A culpabilidade

Antes da reforma da legislação penal, em 1984, que modificou a parte geral do Código Penal, a lei previa a intensidade do dolo ou grau de culpabilidade como circunstância judicial. Após, essa fora substituída pela culpabilidade, tal como prevista hoje no art. 59 do Código Penal.

Ao destacar esta alteração, Brandão<sup>254</sup> aduz que “Como sabido, para o finalismo, o dolo e a culpa são elementos do tipo, devendo a pena ser proporcional não ao tipo, que tem por objeto a

---

<sup>251</sup> SCHIMITT, Ricardo Augusto. Princípio da individualização da pena: uma (re) leitura constitucional. In: \_\_\_\_\_ (org.). **Princípios Penais Constitucionais** – Direito e Processo Penal à luz da Constituição Federal. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 526.

<sup>252</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de. **Direito Penal Constitucional** – a imposição dos Princípios Constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 77.

<sup>253</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 1 – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 553.

<sup>254</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal** – Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 372.

ação, mas à pessoa, que é o objeto da censura da culpabilidade, a qual, por seu turno, enseja a pena”.

A culpabilidade a que se refere o art. 59 do Código Penal deve ser entendida como “elemento de determinação ou medição da pena”.<sup>255</sup> Na condição de circunstância judicial, a culpabilidade será aferida para definir a quantidade de reprovação.

Corriqueiramente, destaque-se, a avaliação da culpabilidade é alvo de equívocos. Viu-se que a culpabilidade possui várias acepções, entre estas a que a considera um juízo de reprovação sobre o autor do fato, para tal considerando sua imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de outra conduta. Doutra banda, a culpabilidade é entendida como medida da pena, funcionando como critério para aferição de uma pena justa. A par dessa ilação, percebe-se que “No primeiro caso, faz-se um juízo (qualitativo) de constatação (o réu é culpável, logo o condenado); no segundo, um juízo (quantitativo) de aferição do grau de culpa (que é mínima, média ou máxima)”. A culpabilidade, entendida como exigibilidade, e na condição de circunstância judicial, irá determinar se a pena deve ser maior ou menor, conforme o grau de exigibilidade. A correta aferição da culpabilidade, nestes termos, resultará na concretização do “[...] princípio da proporcionalidade – que atravessa todo o ordenamento jurídico –, segundo o qual de quem se pode exigir mais se deve castigar mais; de quem se pode exigir menos se deve castigar menos”.<sup>256</sup>

Para além das três acepções acima mencionadas, Lima<sup>257</sup>, salienta que a essa poderia ser atribuída uma quarta acepção da culpabilidade. Para ele, a culpabilidade consignada no art. 59 do código penal, “[...] implica a maior ou menor possibilidade que tem o agente de evitar o delito, considerando as condições ofertadas a ele pelo Estado e pela própria sociedade”. É o que se denomina coculpabilidade, a qual, segundo o referido penalista, deve ser aplicada quando da mensuração da pena, utilizando-se do disposto no art. 59 e não do art. 66, todos do Código Penal. A sua constatação, a partir desta perspectiva, irá interferir na medida da pena.

A respeito do tema, discordam Zafaroni e Pierangeli<sup>258</sup> e Igor Luis Pereira e Silva<sup>259</sup>. Para estes doutrinadores, a coculpabilidade deve ser considerada uma atenuante genérica. Como tal, seu fundamento seria o art. 66 do Código Penal. Adotando-se tal concepção, a coculpabilidade irá

<sup>255</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** Vol. 1. – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 553.

<sup>256</sup> QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal** – Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 326.

<sup>257</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de. **Direito Penal Constitucional** – a imposição dos Princípios Constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 108.

<sup>258</sup> ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 5. ed. São Paulo, RT, 2004, p. 280.

<sup>259</sup> SILVA, Igor Luís Pereira e. **Princípios Penais**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 249.



interferir na segunda fase de fixação da pena. Do contrário, será aferida na primeira fase, quando da fixação da pena base, tal como propugnado por Alberto Jorge Correia de Barros Lima.

Sobre a frequência da culpabilidade como circunstancia judicial valorada para alterar a pena base, fixando-a além do mínimo, referiu-se Juarez Cirino dos Santos, consignando que “Pesquisa empírica mostra que a culpabilidade é a circunstância judicial mais frequente, determinando pena-base superior ao mínimo em 76,5 % dos casos, com frequente fundamentação inerente ao tipo”, cujo método o autor reputa ilegal, porque “consistente na repetição do tipo legal imputado”.<sup>260</sup>

#### 4.4.2.2 Os antecedentes do réu

Os antecedentes correspondem a todos os acontecimentos anteriores ao fato que merecem registro e que deverão ser levados em consideração pelo juiz quando da dosimetria da pena, quer de modo negativo, quer de modo positivo.

Reportando-se à doutrina de Gilberto Ferreira, assevera Paulo Queiroz que apenas alguns acontecimentos serão levados em consideração; para tal é necessário que possuam alguma relação, direta ou indireta, com o fato, quer por terem influenciado a realização do delito, ou ainda por demonstrarem a periculosidade do agente. Afasta-se, assim, a possibilidade de serem levados em consideração como maus antecedentes fatos desabonadores ou criminosos que não chegaram a ser investigados pela polícia.<sup>261</sup>

Não se pode olvidar o disposto no art. 5º, LVII, da constituição federal de 1988, o qual preceitua seja a inocência presumida, até que se tenha uma decisão condenatória com trânsito em julgado. Dessa forma, não se pode tolerar que o juiz, ao valorar essa circunstância, suscite a existência de inquéritos policiais e outras ações penais em andamento para reputá-la desfavorável, no caso concreto. O Supremo Tribunal Federal entendeu<sup>262</sup>, utilizando como argumento o mencionado princípio, que seria arbitrária a exacerbação da pena apoiada em situações processuais indefinidas, tal como consta no HC 106 157/SP.

---

<sup>260</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal** – Parte Geral. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 520.

<sup>261</sup> QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 336.

<sup>262</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª turma. Habeas Corpus n.º 106157/RJ, Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 29 de maio 2012.

Sustenta Lima<sup>263</sup> que por força do princípio da culpabilidade somente decisões condenatórias imutáveis, por fatos anteriores, do condenado que não ostente a condição de reincidente, poderiam ser consideradas como maus antecedentes. Isso porque, justifica o penalista, “Não se coaduna com o Direito Penal da culpa a utilização da circunstância para aumentar a pena de quem foi investigado pela polícia, foi preso ou está sendo processado, mas não houve o trânsito em julgado da decisão”.

Calha destacar o disposto na súmula n.º 444 do STJ, a qual reza: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena base”.

Esta súmula é recente, e surgiu com o propósito de pôr fim a uma divergência doutrinária e jurisprudencial. A partir dela, não há mais o que se discutir em relação aos antecedentes, restando pacificada a discussão alhures verificada.

Pertinente aos processos ainda em tramitação, bem como aos que já terminaram e possuem sentença absolutória ou extintiva da punibilidade, reconhece Boschi<sup>264</sup> que, apesar de a súmula a eles não fazer referência, deve-se inferir da sua *ratio* que esta também se estende a tais situações. Pela mesma razão, obtempera o autor que o condenado por força de sentença definitiva que foi alvo de prescrição da pretensão executória também não merece ser considerado portador de maus antecedentes.

Sendo assim, somente serão considerados maus antecedentes a prática de fatos anteriores, cuja decisão condenatória transitou em julgado em data posterior à prática do fato que está sendo objeto de julgamento (infração nova). Havendo o trânsito em julgado da sentença condenatória “antes do cometimento da nova infração, o réu deve ser tido por reincidente, fazendo incidir circunstância agravante, como se infere da inteligência dos arts. 63 e 61, I, do Código Penal.”<sup>265</sup>

Nesse sentido decidiu o STF no RE 608 718/ES.

Caracterizada a reincidência, por ser esta uma circunstância agravante, será analisada na segunda etapa do método trifásico. Sobre a impossibilidade da reincidência ser duplamente valorada, dispõe a súmula 241 do STJ que “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”.

---

<sup>263</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de. **Direito Penal Constitucional – a imposição dos Princípios Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 117.

<sup>264</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 167.

<sup>265</sup> MASSUD, Leonardo. **Da pena e sua fixação** – finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal. São Paulo: dpj, 2003, p. 154-155.

Nada impede, entretanto, que, havendo mais de uma condenação definitiva, uma delas seja considerada para majorar a pena como circunstância judicial (maus antecedentes), a outra seja considerada para fins de reincidência, na segunda etapa de fixação da pena. Nesse caso não há que se falar em *bis in idem*, porque os títulos condenatórios são distintos, assim como os fatos. Tal ilação pode ser inferida do HC 96046/RS<sup>266</sup>, julgado pela segunda turma do STF, bem como do HC 101579/RJ<sup>267</sup>, julgado pela primeira turma da mesma Corte.

Outro ponto que deve ser analisado diz respeito à possibilidade de as condenações anteriores, transitadas em julgado, que não caracterizem mais a reincidência, uma vez que já ultrapassado o prazo de cinco anos da data de seu cumprimento, poderem ser levadas em consideração como maus antecedentes.

O prazo de cinco anos para a prescrição da reincidência, previsto no art. 64 do Código Penal, deveria ser considerado também para a avaliação dos antecedentes. Esse é o entendimento de José Antonio Paganella Boschi, o qual assevera que “Com efeito, carece de sentido que o decurso do tempo produza o desaparecimento da reincidência e não tenha a mesma força para fazer desaparecer os efeitos de causa legal de menor expressão jurídica, qual seja, a dos antecedentes”.<sup>268</sup>

Concordando com o entendimento acima esposado, Massud salienta a impossibilidade de uma condenação anterior produzir efeitos eternamente, tendo em vista que a Constituição Federal, no art. 5º, XLVII, b, proíbe penas de caráter perpétuo.<sup>269</sup>

Sobre esse aspecto, já decidiu o STF, no RHC n.º 106814/MS<sup>270</sup>, reconhecendo a possibilidade das condenações anteriores, apesar de não importarem mais em reincidência, em razão do decurso do prazo de cinco anos, caracterizarem maus antecedentes, de sorte a permitir a fixação da pena base acima do mínimo legal.

A comprovação dos maus antecedentes deve ser feita por meio de prova documental. O STF firmou entendimento no sentido de que não apenas a certidão cartorária seria meio idôneo para tal fim, mas também a folha de antecedentes criminais, por ser documento que possui fé pública. É o

---

<sup>266</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª turma. Habeas Corpus n.º 96046/RS, Relator Ministro Ayres Brito.. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 29 de maio 2012.

<sup>267</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª turma. Habeas Corpus n.º 101579/RJ, Relator Ministro Dias Toffoli.. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 29 de maio 2012.

<sup>268</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 168.

<sup>269</sup> MASSUD, Leonardo. **Da pena e sua fixação** – finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal. São Paulo: dpj, 2003, p. 157.

<sup>270</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª turma. Recurso Habeas Corpus n.º 106814/MS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 29 de maio 2012.

que restou consignado no HC 107274/MS<sup>271</sup>, julgado em 12 de abril de 2011, que teve como relator o Min. Ricardo Lewandowski.

Ressalte-se que os maus antecedentes não podem ser presumidos, sendo da acusação o ônus de prová-lo.

#### 4.4.2.3 Conduta social

Para análise da conduta social, será levado em consideração, em conjunto, o comportamento do agente em seu meio social, na família, na sociedade, na associação de bairro, etc. O propósito dessa circunstância é, portanto, aferir se o acusado é ou não um bom pai, um bom padrasto, um bom companheiro, um bom marido, um bom vizinho, uma pessoa prestativa, uma pessoa egoísta, educado, um bom empregado, trabalhador, etc.

Essa circunstância deve ser analisada levando-se em consideração o meio social no qual o acusado estiver integrado. Nessa senda, destaca Queiroz<sup>272</sup> que “[...] o juiz não poderá, por óbvio, ignorar o contexto social em que está inserido e as possibilidades reais de se comportar na sociedade e interagir com o meio, sob pena de julgar não propriamente um homem, mas um estereótipo”.

Não se pode esperar de um homem leigo, de pouca instrução, que tenha comportamento semelhante ao que teve uma educação polida, ou que possua elevado grau de instrução. No mesmo plano, a conduta social de um pedreiro, durante sua jornada de trabalho, em muito diverge da adotada por um promotor de justiça, com todas as formalidades que lhes são exigidas nos corredores do fórum. Tais discrepâncias não podem ser ignoradas.

Alguns doutrinadores sustentam que considerações desse tipo caracterizam resquícios do chamado direito penal do autor. No entanto, a finalidade da apreensão dessas diferenças é a concretização do princípio da individualização da pena. Com isso, destaca Boschi:<sup>273</sup>

Ainda que possa haver opção por uma indesejável culpabilidade penal de autor, não há como preservar-se a equidade e o sentimento de justiça se na sentença o juiz fixar penas iguais para indivíduos comunitária e socialmente inseridos e desalinhados dos padrões que regem a vida em família, no emprego, na vizinhança, enfim, nas relações com os outros.

<sup>271</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª turma. Habeas Corpus n.º 107274/MS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 29 de maio 2012.

<sup>272</sup> QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal** – Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 337.

<sup>273</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 170.

Demais disso, a prova da conduta social, diferentemente dos antecedentes, poderá ser feita, e, como regra o será, por intermédio da colheita dos depoimentos das testemunhas e dos declarantes.

#### 4.4.2.4 A personalidade

Trata-se de circunstância judicial considerada pela doutrina de difícil avaliação pelo juiz, haja vista sua complexidade. Vários fatores precisam ser analisados para que se possa inferir se essa circunstância pode ser considerada, ou não, para majorar a pena base do condenado.

A todos, em especial aos magistrados, deve ser dada atenção ao tema, isso porque, de acordo com Boschi,<sup>274</sup>

[...] de um modo geral, da leitura das sentenças e dos acórdãos, fácil é a percepção de que os juízes, em suposto cumprimento à dicção do art. 59 do CP, limitam-se a fazer afirmações genéricas do tipo “personalidade ajustada”, “desajustada”, “agressiva”, “impulsiva”, “boa” ou “má”, afirmações que nada dizem tecnicamente, salvo em nível de temperamento e de caráter.

Percebe-se, assim, que a avaliação é feita de forma imprópria, o que não poderia, em regra, ser diferente, até porque os magistrados, além de carecerem de elementos nos autos para uma efetiva avaliação, não possuem conhecimentos técnicos que lhes permitam a correta e justa apreensão da personalidade do condenado.

A ausência de graduação em Psicologia ou Psiquiatria é o que impede alguns operadores do direito de decidirem acerca do complexo conteúdo do conceito de personalidade, e seria também o motivo pelo qual, de acordo com Juarez Cirino dos Santos,<sup>275</sup>

[...] a jurisprudência brasileira tem atribuído um significado leigo ao conceito, como conjunto de sentimentos/emoções pessoais distribuídos entre os polos de emotividade/estabilidade, ou de atitudes/reações individuais na escala sociabilidade/agressividade, que pouco indicam sobre a personalidade do condenado [...].

Há quem sustente que “[...] a culpabilidade obriga o juiz a desconsiderar a personalidade do condenado para aumento das margens penais, havendo, nesse aspecto, inconstitucionalidade parcial do art. 59 do Código Penal que a considera como circunstância judicial”.<sup>276</sup>

---

<sup>274</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 172.

<sup>275</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal** – Parte Geral. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 522.

Isso se dá porque, tal como salientado pela referida doutrina, não se pode julgar alguém pelo seu modo de ser, ou mesmo pelo seu comportamento. Como visto antes, por força do princípio da culpabilidade, deve-se julgar alguém pelo fato que praticou e não pelo que é.

Na prática, quando da aplicação da pena, quer pela falta de elementos, quer pela ausência de conhecimento técnico, deve o magistrado abster-se de avaliar a personalidade, sobretudo para majorar a pena base.

De modo diverso, caso sejam os traços da personalidade aquilatados de forma positiva, “[...] estes poderão, notadamente em virtude da prevenção especial, com vistas à ressocialização, recomendar que a pena fique aquém do que a culpabilidade pelo fato, por si só, recomendaria”.<sup>277</sup>

Apesar da opinião doutrinária, escoimada em pertinente fundamento, infere-se que o STF tem considerado a personalidade desajustada e voltada para o crime como dado idôneo para majorar a pena base, sendo o que restou consignado no HC 103 542/DF.<sup>278</sup>

A mentira do réu, quando de seu interrogatório, na opinião de Andrey Borges de Mendonça<sup>279</sup>, pode ser levada em consideração pelo juiz, quando da análise da personalidade, porque revela a falta de compromisso com valores da ética e da verdade. Assim, a mentira será considerada um aspecto negativo da personalidade, devendo ser reputada como uma circunstância desfavorável para elevar a pena base.

#### 4.4.2.5 Os motivos

Os motivos determinantes do crime consistem nas razões que nortearam o condenado quando da prática da infração.

Há motivos que são mais aceitáveis, outros que causam generalizada ojeriza. Assim, na lição de Bitencourt<sup>280</sup>, quando da dosagem da pena é importante ponderar a natureza e qualidade dos motivos que influenciaram o indivíduo a praticar o crime.

---

<sup>276</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de. **Direito Penal Constitucional** – a imposição dos Princípios Constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 116.

<sup>277</sup> MASSUD, Leonardo. **Da pena e sua fixação** – finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal. São Paulo: dpj, 2003, p. 167.

<sup>278</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª turma. Habeas Corpus n.º 103542/DF, Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 29 de maio 2012.

<sup>279</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras Medidas Cautelares Pessoais**. São Paulo: Método, 2011, p. 194-195.

<sup>280</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 1 – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 556.

Na aferição dos motivos, deve-se perquirir a maior ou menor consideração ou desdém pelo bem jurídico tutelado ou por valores que sejam juridicamente aprovados no ordenamento jurídico, sendo tais elementos que servirão de base para se inferir a densidade da censurabilidade da conduta.<sup>281</sup>

É válido destacar que alguns motivos integram a definição do tipo penal. Outros figuram como qualificadores em alguns crimes, a exemplo do motivo fútil no homicídio. Há também os que integram o rol das circunstâncias agravantes e atenuantes, bem como são considerados causas de aumento ou de diminuição.

Verifica-se que quando os motivos constituem elemento do tipo penal, já foram levados em consideração para alterar os limites máximo e mínimo da pena cominada, por figurarem na condição de qualificadores, estarem previstos como agravante e atenuante, ou causa de aumento ou de diminuição, não poderão ser levados em consideração pelo magistrado quando da fixação da pena base, sob pena de *bis in idem*.

A respeito, decidiu a 6ª turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Habeas Corpus n.º 87710/DF<sup>282</sup>, no qual questionou-se a dosimetria da pena, que “O motivo apontado (busca pelo lucro fácil) e as consequências do delito (não recuperação da *res furtiva*) não podem ser considerados em desfavor do paciente, pois constituem elemento inerente ao tipo penal”.

#### 4.4.2.6 As circunstâncias

Não se devem confundir as circunstâncias judiciais com as circunstâncias legais. As primeiras são dados ou fatos que “[...] defluem do próprio fato delituoso, tais como forma e natureza da ação delituosa, os tipos de meios utilizados, objeto, tempo, lugar, forma de execução e outras semelhantes.”<sup>283</sup>

Ao tratar das circunstâncias do crime, no que diz respeito àquelas previstas no art. 59, assevera Massud<sup>284</sup> que “[...] devem ser considerados todos os elementos adjetivos do fato

<sup>281</sup> MASSUD, Leonardo. **Da pena e sua fixação** – finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal. São Paulo: dpj, 2003, p. 168.

<sup>282</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª turma. Habeas Corpus n.º 87710/DF – 2007/0173932-0, Relator Ministro Og Fernandes. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 02 de set 2012.

<sup>283</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 1 – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 556.

<sup>284</sup> MASSUD, Leonardo. **Da pena e sua fixação** – finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal. São Paulo: dpj, 2003, p. 170.

criminoso que possam, na avaliação do julgador, alterar a sua avaliação jurídica, ou seja, que tenham a capacidade de modificar a censurabilidade da conduta”.

Por meio da análise das circunstâncias serão levados em consideração, por exemplo, a facilidade para a prática da infração, o horário em que o crime foi praticado, a extrema violência empregada para a prática da infração, a tecnologia do equipamento utilizado, dentre outros aspectos.

Ressalte-se que algumas das circunstâncias estão previstas como agravantes e atenuantes, causas de aumento e de diminuição, ou mesmo qualificadoras. Nessa situação, não seria possível valorá-las como circunstâncias judiciais, pois haveria uma dupla valoração, transgressora do princípio *ne bis in idem*.

#### 4.4.2.7 As consequências

A análise das consequências importará na aferição dos efeitos produzidos, direta e indiretamente, com a prática da infração. Não se pode considerar consequência o resultado que é uma decorrência lógica da própria infração. No crime de homicídio, por exemplo, não se pode afirmar que as consequências foram graves, eis que uma vida foi ceifada, pois essa é uma consequência natural, que integra a figura típica. Diversamente, quando se verifica que em função do falecimento da vítima sua prole ficou desassistida, pois este era o responsável pelo sustento da família, aí sim se pode-se considerar que as consequências foram graves, e como tal reputar essa circunstância desfavorável ao agente. No crime de furto, a recuperação integral da *res furtiva* deve ser considerada uma consequência que favorece o agente. Disso decorre que nem sempre as consequências poderão ser avaliadas de forma negativa.

Destaca Juarez Cirino dos Santos<sup>285</sup> que, em razão do princípio da culpabilidade, exige-se “[...] previsão ou, pelo menos, previsibilidade do autor, para considerar as consequências extratípicas do fato na medida da pena”. Desse modo, se o agente não tinha conhecimento de que o seu comportamento seria capaz de dar causa às consequências verificadas com a prática da infração, não será possível reputar desfavorável esta circunstância, alterando-se, em função dela, a pena base.

---

<sup>285</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal** – Parte Geral. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 525-526.



#### 4.4.2.8 O comportamento da vítima

O comportamento da vítima pode interferir na prática da infração, estimulando e motivando o agente. De acordo com Cezar Roberto Bitencourt, estudos de vitimologia apontam que, em alguns casos, as vítimas colaboram de modo decisivo na execução do crime. O proceder da vítima, segundo Bitencourt, é um fator criminógeno, o qual, apesar de não justificar a prática da infração, nem tampouco eximir o acusado de responsabilidade penal, poderá amenizar a medida da reprovação.<sup>286</sup> Há pessoas que são intoleráveis, sarcásticas, arrogantes, antipáticas. Outras, ao revés, são agradáveis, simpáticas. As primeiras são vítimas em potencial, pois, não raro, incomodam e contrariam os que com ela se relacionam.

Há, ainda, situações em que a vítima, com o seu comportamento, desperta a atenção do agente, contribuindo para o resultado. À guisa de exemplo, cite-se a hipótese em que uma pessoa exhibe sua carteira com vultosa quantidade em dinheiro, em local bastante movimentado, onde é comum a prática de subtrações. Ou, ainda, a hipótese em que um torcedor, trajando a camisa do seu time, decide assistir o jogo vibrando e torcendo enfaticamente pelo seu time entre os torcedores do time adverso. Em ambos os casos, é inquestionável que o comportamento da vítima irá influenciar a ação do agente.

Depreende-se de algumas passagens do Código Penal que o comportamento da vítima é uma das molas propulsoras da ação, figurando, ora como atenuante (art. 65, III, “c”, última parte), ora como causa de diminuição (art. 121, § 1º, última parte; art. 129, § 4º), ora como perdão judicial (art. 140, § 1º, I). Nesses casos, não poderá ser avaliado como circunstância judicial, sob pena de dupla valoração.

Em suma, enfatiza Santos<sup>287</sup>, “[...] o elemento de orientação judicial relativo ao comportamento da vítima limita-se às hipóteses de contribuições efetivas (conscientes ou inconscientes) da vítima para a realização do crime, reduzindo ou excluindo o tipo de injusto ou reprovação do autor”. Isso acontece quando há estímulo, negligência, facilitação, provocação, etc.

#### 4.4.3 Segunda fase – as circunstâncias agravantes e as atenuantes

---

<sup>286</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 1 – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 557.

<sup>287</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal** – Parte Geral. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p.526.

Ultrapassada a primeira fase, após feita a avaliação das circunstâncias judiciais e estabelecida a pena base, o magistrado deverá verificar a existência de circunstâncias agravantes e atenuantes, com o objetivo de quantificar a pena provisória.

Sustenta Queiroz<sup>288</sup> que o sopesamento das circunstâncias legais tem por escopo estabelecer um limite à discricionariedade conferida aos juízes para garantir que a pena imposta guarde proporcionalidade com o delito praticado.

Ditas circunstâncias legais estão explicitamente elencadas nos artigos 61 e 62 (agravantes), 65 e 66 (atenuantes) do Código Penal.

Destaque-se que o rol das circunstâncias agravantes é taxativo, estando o magistrado limitado à apreciação e aplicação apenas daquelas que estão ali previstas. Quanto às atenuantes, além daquelas previstas no artigo 65, o Código Penal, no art. 66, reconhece a possibilidade de circunstâncias relevantes, anteriores ou posteriores ao crime, figurarem como tal, ainda que não expressas em lei.

Possuem duas características fundamentais. Além de genéricas, eis que aplicadas a todos os fatos passíveis de punição, são também obrigatórias, pois deverão agravar ou atenuar a pena, caso constatadas em concreto.<sup>289</sup>

Para evitar que ocorra uma dupla valoração, o próprio caput do artigo 61, ao elencar as agravantes, afasta a possibilidade de incidência desta quando constituírem ou qualificarem o crime. É que em alguns casos a circunstância prevista como agravante integra a descrição do tipo penal, tal como ocorre, por exemplo, no caso do infanticídio, em que não incidem as agravantes previstas no artigo 61, inciso II, alínea “e” (crime praticado contra descendente) e “h” (crime praticado contra criança), pois nesse caso o sujeito passivo ostenta semelhantes circunstâncias.<sup>290</sup>

Apesar de a lei não determinar um valor específico para cada uma das circunstâncias legais, ficando a definição do seu quantum ao prudente arbítrio do juiz, é imprescindível que a decisão seja devidamente motivada. Os critérios para a definição desse quantum serão analisados adiante.

Urge salientar que, à mingua de circunstâncias agravantes e atenuantes aplicáveis ao caso concreto, o juiz passará para a próxima etapa, oportunidade em que irá verificar a presença de causas especiais de aumento e de diminuição.

---

<sup>288</sup> QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal** – Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 340.

<sup>289</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal** – Parte Geral. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p.527-528.

<sup>290</sup> PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal**. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 107.

#### 4.4.4 Terceira fase – causas especiais de aumento e de diminuição

Cumprindo o que determina o sistema trifásico adotado por nossa legislação, a última etapa do processo de individualização da pena consistirá na aplicação das causas especiais de aumento e de diminuição, também chamadas de majorantes e minorantes.

As causas de aumento e de diminuição estão previstas na Parte Geral do Código Penal, bem como na Parte Especial. As previstas na Parte Geral são genéricas, pois incidem, de forma indistinta, a todos os crimes. As que se encontram dispostas na Parte Especial são específicas, eis que são aplicadas, tão somente, à pena provisória dos tipos penais respectivos, nos quais se encontram definidas.

As causas de aumento não se confundem com as qualificadoras. Estas últimas estabelecem novos limites, mínimo e máximo, ao tipo penal. As primeiras, por sua vez, só serão objeto de consideração na terceira fase de aplicação da pena, alterando os limites da pena provisória. Apesar de a distinção ser importante para fins de aplicação da pena, nos moldes da lição de Paulo Queiroz<sup>291</sup>, inexistente diferença ontológica entre ambas, de tal sorte que a determinadas circunstâncias atribui-se o caráter de qualificadora ou de causa de aumento de forma casuística, atendendo-se, apenas, a critério de interesse político.

Destaque-se que a lei estabelece qual será o percentual de aumento ou de diminuição, por vezes de forma fixa, ou variável. Diferentemente, no caso das agravantes e atenuantes, como visto, fica a critério do juiz definir qual será o montante da pena a ser agravada ou atenuada, conforme a presença daquelas circunstâncias legais.

Na hipótese em que houver mais de uma causa de aumento ou mais de uma causa de diminuição, as majorações e as diminuições serão feitas em forma de cascata, ou seja, de forma sucessiva.<sup>292</sup>

A adoção do sistema em cascata tem por objetivo evitar que seja encontrada a pena zero. Não há nenhuma objeção, no entanto, em que a pena encontrada extrapole os limites mínimo e máximo da pena cominada. Sobre o assunto, destaca Boschi:<sup>293</sup>

Incidindo as majorantes e as minorantes sempre sobre o resultado da última operação aritmética realizada, pode ocorrer que, ocasionalmente, a pena definitiva fique aquém ou vá além dos limites mínimo e máximo previstos na moldura típica, sem que isso represente

<sup>291</sup> QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal** – Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 330.

<sup>292</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 1 – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 563.

<sup>293</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 253.

ofensa ao princípio da legalidade (art. 5º XXXIX) porque a hipótese (vedada na segunda fase) atine com a funcionalidade do método trifásico (art. 68 do CP).

Contrapõe-se a tal entendimento Paulo Queiroz<sup>294</sup>, acentuando que a “[...] fixação da pena além do máximo legal por força de causa de aumento, é claramente antigarantista, devendo ser rechaçada”. Tal se dá porque o legislador já teria imposto um limite máximo à pena, de tal sorte que o tratamento dispensado às causas de aumento deveria ser o mesmo em relação às agravantes: jamais ultrapassar o máximo da pena cominado pelo tipo. Quanto às atenuantes e às causas de diminuição, não haveria nenhuma vedação, sendo certo que estas são capazes de apresentar os motivos para que a pena seja aplicada abaixo do mínimo.

Percebe-se que o Código Penal, no artigo 68, propõe que em primeiro lugar sejam aplicadas as causas de diminuição para, só então, serem aplicadas as causas de aumento. No entanto, leciona Bitencourt<sup>295</sup>, que a ordem deve ser invertida, é dizer, primeiro devem incidir as causas de aumento, por último as de diminuição. No mesmo sentido, posiciona-se Paulo Queiroz, aduzindo que a inversão da ordem prevista pelo Código não acarretaria a nulidade da decisão, por não ter relevância matemática.<sup>296</sup>

Desse entendimento não diverge José Antonio Paganella Boschi. O indigitado autor, socorrendo-se da doutrina de Nelson Ferraz, bem como de exemplos, explica e deixa claro que a inversão da ordem não altera o resultado, que será o mesmo. A única exceção, assinala Boschi, diz com a aplicação da minorante prevista no art. 14, parágrafo único do Código Penal, a qual deve preceder possíveis acréscimos em consequência de causas especiais de aumento. Essa precedência irá possibilitar saber qual foi a pena imposta ao crime tentado, bem como conhecer o parâmetro para possível declaração de extinção da punibilidade em razão da prescrição, isso porque “[...] os aumentos eventuais decorrentes do concurso formal ou da continuidade delitiva nos crimes tentados precisam ser expungidos da pena definitiva, como determina o enunciado n. 497 da súmula do STF”.<sup>297</sup>

Nesta fase do processo de individualização da pena, o juiz está impossibilitado de realizar compensação entre as causas especiais de aumento e de diminuição. E assim não poderá agir, quer a

---

<sup>294</sup> QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal** – Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 331.

<sup>295</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 1 – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 563.

<sup>296</sup> QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal** – Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 332.

<sup>297</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 254-255.

quantidade da majorante ou minorante seja fixa ou variável, para não acarretar prejuízos ao acusado, que são evitados pelo sistema de cálculo por cascata.<sup>298</sup>

No parágrafo único do art. 68, do Código Penal, a lei estabelece como o juiz deve proceder caso haja concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na Parte Especial. Reza o dispositivo em questão que o juiz pode resumir-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

Aqui duas considerações merecem registro. Em primeiro lugar registre-se que, apesar de a lei empregar o verbo “pode”, grassa na doutrina o entendimento de que o juiz “deve”, ou seja, não é uma faculdade e sim uma obrigação deste proceder à escolha de apenas um das causas de aumento ou de diminuição.<sup>299</sup> Segundo, em se tratando de concurso entre causas de aumento ou de diminuição previstas na Parte Geral do Código Penal, umas deverão incidir sobre as outras, sem exceção.<sup>300</sup> Desse modo, a restrição se impõe apenas ao concurso entre duas ou mais causas de aumento, ou duas ou mais causas de diminuição, todas previstas na Parte Especial.

#### 4.5 CÁLCULO DA PENA

A lei não atribui um valor específico para cada circunstância judicial, ficando a critério do magistrado determiná-lo, de forma discricionária.

É certo que a liberdade existente não é irrestrita submetendo-se “[...] às restrições impostas pelo devido processo legal e todos os seus consectários, dentre eles, o da proporcionalidade, o da motivação e o da ampla defesa (arts. 5º, LIV, e 93, IX, da CF e art. 59 do CP)”.<sup>301</sup>

Não consta na lei um critério por intermédio do qual serão mensuradas as circunstâncias judiciais, tampouco as circunstâncias legais.

A par disso, sugere-se um critério que evita os excessos.

Em relação à pena base, deve o juiz, seguindo o critério proposto, proceder da seguinte forma: primeiro, após a análise individualizada das circunstâncias judiciais, constatando que nenhuma delas é desfavorável ao acusado, a pena base será fixada no mínimo legal. Deve o

---

<sup>298</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 255.

<sup>299</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 272.

<sup>300</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 1 – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 563.

<sup>301</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 182.

magistrado ater-se ao fato de que as circunstâncias judiciais possuem, por presunção, um valor positivo, de tal sorte que, à mingua de elementos constantes nos autos, não poderão jamais ser valoradas em desfavor do acusado. Leciona Bitencourt<sup>302</sup> que “[...] o cálculo da pena deve iniciar próximo do mínimo e só excepcionalmente, quando as circunstâncias revelarem especial gravidade, se justifica a fixação da pena-base distanciada do mínimo legal”.

Segundo, se o juiz constatar que algumas das circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao acusado, deve fixar a pena base um pouco acima do mínimo legal.

Terceiro, verificando que todas ou a maioria das circunstâncias judiciais foram aferidas de forma desfavorável, a censura será intensificada, podendo o juiz fixar a pena base em seu limite máximo, que é o seu termo médio. O termo médio “[...] é representado pela média da soma dos dois extremos, quais sejam, limites mínimo e máximo”.<sup>303</sup> Assim, cada tipo penal terá seu termo médio. No homicídio simples, por exemplo, o termo médio será a soma do mínimo, 6 anos, mais a soma do máximo, 20 anos, dividido por dois, resultando em 13 anos. Portanto, num crime de homicídio simples, se todas ou a maioria das circunstâncias judiciais forem desfavoráveis, a pena base imposta não poderá ser superior ao seu termo médio, qual seja, 13 anos. Apesar da inexistência de determinação legal, a adoção do termo médio como limite para a fixação da pena base previne os excessos, coadunando-se perfeitamente com o sistema trifásico, que elege, como sistemática, a progressiva quantificação da pena. Ao agir de modo diverso, fixando desde logo uma base muito acima do mínimo, ou mesmo próxima do máximo, o juiz irá destoar “do comando normativo da proporcionalidade abraçado pelo nosso sistema normativo constitucional e infraconstitucional”.<sup>304</sup>

Por último, em quarto lugar, na hipótese em que o crime possuir mais de uma qualificadora, é dizer, for pluriqualificado, Boschi<sup>305</sup> aduz que apenas “[...] uma das qualificadoras legitimará a imposição da pena-base dentro das margens do tipo qualificado, e as remanescentes atuarão como agravantes genéricas, se previstas, ou como circunstâncias judiciais, se não previstas”.

Observa-se que, ainda assim, há uma demasiada discricionariedade para quantificar a pena base. Para que a mensuração das circunstâncias judiciais tenha um caráter mais objetivo, propõe-se na doutrina uma outra fórmula que, acrescida a essa, irá resultar na fixação de uma pena base menos

---

<sup>302</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 1 – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 561.

<sup>303</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 1 – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 561.

<sup>304</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 187-188.

<sup>305</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 188.

injusta. Tal fórmula, entretanto, não admite a existência de preponderância entre as circunstâncias judiciais.<sup>306</sup>

Como visto, todo crime tem seu termo médio. E este, por sua vez, seria o teto máximo para fixação da pena base. Com base nisso, propõe-se, após identificado o termo médio de determinado tipo penal, considerando que existem oito circunstâncias judiciais, reduzir a pena correspondente ao termo médio da pena correspondente ao mínimo legal, e dividir o resultado por oito (valor que corresponde à quantidade de circunstâncias judiciais). Assim, seria possível encontrar o valor que poderia ser atribuído a cada uma das circunstâncias judiciais. Por exemplo: No crime de Abandono de incapaz, qualificado pelo resultado morte, previsto no art. 133, §3º do Código Penal, cuja pena mínima é quatro e a máxima doze anos. O termo médio desse crime seria oito anos. Reduzindo-se a pena mínima, quatro anos, do termo médio, oito anos, teremos como resultado quatro. Dividindo-se o valor encontrado, quatro anos, pela quantidade de circunstâncias judiciais, oito, chegaremos à conclusão de que no referido crime previsto no art. 133, § 3º do Código Penal, cada circunstância judicial vale seis meses. Num caso concreto, se duas circunstâncias forem desfavoráveis, a pena base deveria ser fixada em cinco anos; se três circunstâncias forem desfavoráveis, a pena base seria cinco anos e seis meses, e assim sucessivamente.

No entanto, nesse processo de aplicação da pena, conforme Juarez Cirino dos Santos<sup>307</sup>, “[...] o *juízo qualitativo* da culpabilidade como categoria do crime transforma-se no *juízo quantitativo da culpabilidade* como medida da pena”, fazendo com que a culpabilidade seja o vetor para a definição do quantum a ser atribuído às circunstâncias judiciais.

Na concepção de Boschi<sup>308</sup>, a culpabilidade “[...] atua simultaneamente como *fundamento para a condenação* e como *limite* não ultrapassável no processo de individualização da pena”. Referida culpabilidade, que é única, “[...] deve ser graduada para poder projetar equivalente quantidade de pena base”. Ademais, a culpabilidade a que se refere o artigo 59 consiste na “[...] *reprovação em grau objetivamente mensurável*, e as circunstâncias judiciais são as ferramentas colocadas pela lei à disposição do juiz para a realização desse trabalho segundo o itinerário preestabelecido”, sendo resultado de tal ilação que as demais circunstâncias judiciais possuem carga valorativa e função diversa da culpabilidade. Sendo assim, todas as circunstâncias judiciais não estão em concurso com a culpabilidade, e sim a serviço dela.

---

<sup>306</sup> VIANI, Silvano. **Técnica de Aplicação da Pena**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 28-29.

<sup>307</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 513. (grifos no original)

<sup>308</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011, p. 190-191. (grifos no original)

O princípio da culpabilidade, desde a Constituição de 1988, assume papel relevante na determinação da pena. Com base nisso, acentua Alberto Silva Franco, escoimado na doutrina de Fernando Galvão, que a culpabilidade referida no “[...] art. 59 do Código Penal não pode circunscrever-se à pena-base. A pena deve ser determinada na medida da culpabilidade do agente e por isso, a culpabilidade exerce influência nas três fases de quantificação da pena”.<sup>309</sup>

Portanto, a culpabilidade seria o critério norteador para a mensuração não apenas das circunstâncias judiciais, mas também das agravantes e atenuantes, bem como das causas de aumento e de diminuição, quando variáveis.

Para tanto, não pode o juiz deixar de considerar que algumas circunstâncias judiciais podem preponderar sobre outras, tal como previsto no art. 67 do Código Penal. Agindo dessa forma, de acordo com Boschi<sup>310</sup>, o juiz estará utilizando a lógica de mensuração da pena base que traduz o significado da garantia da individualização da pena, responsável pela vedação do tratamento de massa, considerando o fato de que um caso difere do outro, e cada réu é um ser ímpar.

Calculada e definida a pena base, cumpre ao magistrado mensurar as circunstâncias agravantes e atenuantes para estabelecer a pena provisória. A aplicação de ambas é obrigatória, salvo quando não se adequarem ao caso em julgamento, oportunidade em que o juiz passará à etapa seguinte, procedendo à análise das causas de aumento e de diminuição.

Ressalte-se, entretanto, que a lei deixou a dosagem do acréscimo ou decréscimo a critério do juiz, pois não estabeleceu um percentual como referência, assim como o fez com as circunstâncias judiciais.

Suprindo tal falta, e com vistas à aplicação de uma pena justa, a doutrina propõe seja adotado um critério objetivo em que a quantidade de cada agravante ou atenuante jamais supere a fração de 1/6 da quantidade fixada a título de pena base.<sup>311</sup>

Com base nisso, entende Bitencourt que “[...] a variação dessas circunstâncias não deve ir muito além do limite mínimo das majorantes e minorantes, que é fixado em um sexto”. Se assim não for, conclui o indigitado autor “[...] as agravantes e atenuantes se equiparariam àquelas causas

---

<sup>309</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua Interpretação** – Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: RT, 2007, p. 382.

<sup>310</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 195. (grifos no original)

<sup>311</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 240.



modificadoras da pena que, a nosso juízo, apresentam maior intensidade, situando-se pouco abaixo das qualificadoras (no caso das majorantes)”.<sup>312</sup>

Embora repete tal critério como prático e útil, Boschi<sup>313</sup> o considera insuficiente, pois, além de estabelecer apenas um limite máximo (teto) não estabelecendo um limite mínimo, não especifica a forma como deve ser mensurada a agravante no âmbito desses limites extremos.

Para tanto, recomenda Boschi a utilização da culpabilidade como critério, não apenas para quantificação das circunstâncias judiciais, mas, sobretudo, das agravantes e atenuantes.

Com base em tal ilação propõe que as agravantes sejam quantificadas em margens mínimas (1 dia) e as atenuantes em seu máximo (1/6), sempre que a pena base tiver sido fixada no mínimo legal, de acordo com a menor reprovação identificada a partir da análise da culpabilidade do agente.<sup>314</sup>

Propõe, ademais, a compensação entre agravantes e atenuantes, quando houver concurso entre estas, ressalvada a hipótese em que algumas delas for preponderante.<sup>315</sup>

De modo inverso à primeira proposta, quando a pena base aplicada estiver próxima ao termo médio, as agravantes deverão ser quantificadas em direção ao máximo (1/6), e as atenuantes deverão se aproximar do mínimo (1 dia).<sup>316</sup>

Assim, se estabelece uma relação entre o grau da culpabilidade aferido quando da ocasião da fixação da pena base e a mensuração das agravantes e atenuantes. Não há um reexame das circunstâncias judiciais, apenas, com base nelas, constata-se “[...] o grau de reprovação que elas projetaram (mínimo, médio ou máximo) para dele servir-se como referência na segunda fase”.<sup>317</sup>

Sobre o assunto já decidiu o STJ, no Habeas Corpus n.º 163014/SP<sup>318</sup>, merecendo destaque o trecho da decisão que ora se transcreve:

O Código Penal não estabelece parâmetro específico para o aumento da pena diante da verificação de existência de circunstância agravante. Embora a valoração do juiz sentenciante seja discricionária, o quantum do acréscimo pela circunstância agravante deve

<sup>312</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 1 – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 557.

<sup>313</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 241.

<sup>314</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 241.

<sup>315</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 244.

<sup>316</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 246.

<sup>317</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 243.

<sup>318</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª turma. Habeas Corpus n.º 163014/SP – 2010/0030029-2, Relator Ministro Adilson Vieira Macabau. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 18 de set. 2012.

observar os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da necessidade e da suficiência à reprovação e à prevenção ao crime, de acordo com o caso concreto.

In casu, o acréscimo decorrente da pena em 1/5 ocorreu em razão da dupla reincidência ostentada pelo paciente, não se revelando flagrantemente desproporcional, razão pela qual não há como ser revisto na via do habeas corpus.

No mesmo sentido, exigindo a observância dos princípios acima elencados, decidiu o STJ quando da consideração de uma circunstância atenuante no Habeas Corpus n.º 217 396/MS.

Qualquer que seja o critério adotado para a mensuração das circunstâncias judiciais, bem como das agravantes e atenuantes, impõe-se ao juiz a obrigação de estabelecer uma pena que seja necessária e suficiente à prevenção e à reprovação do crime. Do contrário, haverá flagrante violação ao princípio da proporcionalidade.

Enquanto que nas circunstâncias judiciais o termo médio é o limite máximo da pena base, ao estabelecer a pena provisória, o juiz não pode ultrapassar o mínimo e o máximo cominado ao tipo penal. Dessa forma, fixada a pena base no mínimo legal, mesmo presentes uma ou mais circunstâncias atenuantes, não poderá a pena provisória ficar aquém desse mínimo, sendo esse o entendimento majoritário, inclusive consignado na súmula 231 do STJ. Corrente minoritária entende que é possível a atenuação abaixo do mínimo, eis que não há vedação legal nesse sentido, bem como, o critério dominante fere o princípio da igualdade legal.<sup>319</sup> Igual posicionamento adotam Cesar Roberto Bitencourt<sup>320</sup> e José Paganella Boschi<sup>321</sup>, dentre outros autores.

Na sequência, após estabelecida a pena provisória, deve o juiz mensurar as causas de aumento e de diminuição para encontrar a pena definitiva.

Estando o percentual de aumento ou diminuição definido, deverá incidir na medida em que fora estabelecido por lei. No entanto, como visto, algumas causas de aumento e de diminuição apresentam percentuais (quantidade) variáveis, a exemplo dos artigos 157, §2º e 121, §1º do Código Penal. Em ambos os casos, a pena estabelecida pode extrapolar os limites mínimo e máximo cominados ao tipo legal. No entanto, sendo o percentual variável, algumas observações merecem destaque.

Adotando-se o critério do grau de culpabilidade ou grau de reprovação como referência, se a pena base tiver sido fixada no mínimo legal, haja vista todas as circunstâncias judiciais serem favoráveis, o juiz deverá aplicar o percentual mínimo da causa de aumento ou o percentual máximo

---

<sup>319</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal** – Parte Geral. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 553.

<sup>320</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 1 – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 562.

<sup>321</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 247-248.

da causa de diminuição. Ao revés, se a análise das circunstâncias tiver recomendado a imposição de uma pena base mais áspera, próxima do termo médio, a causa de diminuição deverá ser aplicada em seu percentual mínimo, enquanto que a causa de aumento, por coerência lógica, deverá ser imposta em seu percentual máximo.

Apesar de não haver nenhuma determinação legal nesse sentido, tal como se sustentou alhures, a pena fixada deve ser proporcional, é dizer, necessária e suficiente para a reprovação. Com base em tal ilação, entende Boschi<sup>322</sup> que “[...] o grau de reprovação inicial indicado pela culpabilidade – na fase de mensuração da pena base – é o único que preserva harmônica e coerentemente, em todas as fases, a relação de proporcionalidade entre pena e culpabilidade”.

Nessa senda, utilizando-se como parâmetro a culpabilidade para a dosimetria da pena, em todas as etapas do sistema trifásico, a decisão, além de proporcional, estará em consonância com os fins propostos no artigo 59 do Código Penal.

#### 4.6 DA APLICAÇÃO DA PENA NO PROJETO DE LEI 236/2012

Tramita no Senado Federal o projeto de lei n.º 236/2012, proposto pelo senador José Sarney. O referido projeto institui o novo código penal brasileiro.

O capítulo IV do indigitado projeto trata da individualização das penas. Na redação dos dispositivos ali constantes percebem-se algumas alterações.

No primeiro dispositivo, a lei passa a estabelecer um limite mínimo para as causas especiais de aumento e de diminuição que será de um sexto, salvo disposição em contrário.

Adiante, no dispositivo que substituirá o atual artigo 59 do código penal vigente, verifica-se a exclusão de algumas circunstâncias judiciais, tais como os antecedentes, a conduta social e a personalidade. Por outro lado, passam a ser previstas como circunstâncias judiciais fins, meios e modo de execução. Ademais, em vez do comportamento irá figurar como circunstância a contribuição da vítima.

Identifica-se também que os antecedentes, excluídos do rol das circunstâncias judiciais, passaram a ser previstos como circunstâncias agravantes.

---

<sup>322</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 269.

Dentre as atenuantes, o fato de o agente ser menor de 21 anos foi excluído e, na data da sentença, exige-se que o agente seja maior de 75 anos, e não mais, maior de 70 anos, para fazer jus à atenuante. Passou a figurar como atenuante o fato de o agente ter sofrido violação dos direitos do nome e da imagem pela degradação abusiva dos meios de comunicação social, como também a realização voluntária, antes do fato, de relevante ato de solidariedade humana.

Mantem-se o sistema trifásico de aplicação da pena, bem como a indicação de que a pena imposta deverá ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Quanto ao cálculo da pena, prevê expressamente a necessidade de fundamentação de cada uma das circunstâncias, bem como a indicação do *quantum* atribuído. Ademais, será possível aplicar uma circunstância atenuante, até então desprezada, quando a pena base, fixada no mínimo legal, tiver sofrido acréscimo em razão de causa de aumento. Neste caso, a incidência da atenuante não poderá resultar em uma pena abaixo do mínimo.

Em suma, a pena deverá ser aplicada, tal como no sistema atual, utilizando como critério a culpabilidade, sempre com vistas à observância do princípio da proporcionalidade.

#### 4.7 COMENTÁRIOS A DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE ALAGOAS QUE VERSAM SOBRE A DOSIMETRIA PENAL

Em análise de algumas decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, por intermédio de consulta às jurisprudências atuais disponíveis no sítio virtual daquela Instituição, constata-se que equívocos na dosimetria da pena são comuns.

Utilizando-se como parâmetro para a consulta o termo “dosimetria penal”, foram analisadas três decisões no primeiro e no segundo semestre dos anos de 2010, 2011 e 2012, totalizando um total de dezoito.

Nestas, o equívoco na dosimetria teve como consequência o redimensionamento da pena inicialmente aplicada, cabendo ao Tribunal, quando da apreciação da decisão vergastada, proceder à correção de forma a aplicar uma pena proporcional.

Dentre as três primeiras decisões do primeiro semestre de 2010, uma delas, ao constatar o equívoco na incorreta avaliação das circunstâncias judiciais, faz referência expressa à

proporcionalidade como critério para justificar a imposição de uma pena diversa da que fora imposta. Consta nesta que:

**APELAÇÃO CRIME. PENAL. PROCESSO PENAL. PEDIDO DE NULIDADE DO JULGAMENTO POR DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. MEDIDA EXCEPCIONAL. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. QUALIFICADORAS FUNDADAS EM PROVAS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REFORMA. DOSIMETRIA DA PENA. ANÁLISE EQUIVOCADA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. REFORMA NECESSÁRIA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.**

I. A nulidade da decisão dos jurados (na hipótese do art. 593, III, 'd', do Código de Processo Penal) há de ser medida excepcional, unicamente possível quando, dentro do limite cognitivo que é esperado de jurados leigos, não houver fundamentos probatórios mínimos para sustentar a decisão emanada do Conselho de Sentença

II. Havendo conjunto probatório para sustentar as qualificadoras reconhecidas, não cabe a esse Tribunal imiscuir-se nas atribuições constitucionais do Júri para determinar se a tese escolhida é a melhor ou a pior, devendo ser mantida, a condenação, em todos os seus termos.

**III - No presente caso, a pena fora aplicada com análise equivocada das circunstâncias judiciais, devendo ser reformada com vistas a torná-la razoável e proporcional.**

IV – Recurso conhecido e parcialmente provido, com a redução da pena de homicídio ao patamar de 16 (dezesseis) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e 01 (um) ano de detenção pelos crimes de lesão corporal culposa, devendo o Magistrado se manifestar acerca da possibilidade de substituição ou suspensão condicional da pena de detenção. (TJAL – Apelação Criminal n.º 2010.000777-5 – Acórdão n.º 3.0244/2010 – Câmara Criminal – DJ 26.05.10) (grifos aditados)

Como se vê, houve um equívoco na avaliação das circunstâncias judiciais, conduzindo à imposição de uma pena mais elevada. Entendeu o desembargador-relator que deveria ser aplicada uma nova pena, em conformidade com a proporcionalidade.

No segundo semestre de 2010, merece destaque a decisão proferida pelo pleno do Tribunal de Justiça, nos autos da Revisão Criminal abaixo transcrita. Na decisão questionada, a pena-base foi estabelecida em patamar muito acima do mínimo legal, apesar de apenas uma circunstância judicial ser desfavorável. Quando de seu parecer, a procuradoria de justiça opinou no sentido do redimensionamento, para que restassem obedecidos os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Como consequência, a pena de 12 (doze) anos e 02 (dois) meses de reclusão, inicialmente imposta, fora reduzida para 06 (seis) anos, a ser cumprida em regime semi-aberto, e não mais em regime fechado, como antes. Eis a ementa do acórdão:

**PENAL — PROCESSUAL PENAL — REVISÃO CRIMINAL — ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 59 E 68, AMBOS DO CÓDIGO PENAL, ALÉM DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE COM RELAÇÃO À PENA IMPOSTA – NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DO QUANTUM APLICADO – EQUÍVOCOS NA DOSIMETRIA DA SANÇÃO – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E OFENSA AOS POSTULADOS DE REGÊNCIA – PENA-BASE ALTERADA – REDIMENSIONAMENTO DA REPRIMENTA, FIXADA EM 06 (SEIS) ANOS DE RECLUSÃO – PARECER FAVORÁVEL DA PGJ – REVISÃO CRIMINAL DEFERIDA – VOTAÇÃO UNÂNIME.**

(TJAL – Revisão Criminal n.º 2010.002703-8 – Acórdão n.º 5.0494/2011 – Câmara Criminal – DJ 26.10.10) (grifos aditados)

No primeiro semestre do ano de 2011, foram selecionadas duas decisões. Na primeira, a pena-base fora fixada no máximo legal, em razão de equivocada apreciação das circunstâncias judiciais, e de forma contrária a realidade dos autos do processo. Ao reconhecer o erro, o relator menciona em seu acórdão que a pena imposta não atendeu ao princípio da proporcionalidade. Na segunda, foi corrigido o vício na dosimetria da pena, aplicada de forma exacerbada, em razão da incorreta avaliação das circunstâncias judiciais.

Rezam as ementas dos acórdãos:

**PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. RÉU INCURSO NO ARTIGO 16 DA LEI 10.826/03 – OCULTAÇÃO DE ARMAS DE FOGO E MUNIÇÕES DE USO PROIBIDO OU RESTRITO 1. PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL 6.806/07. 17ª VARA CRIMINAL. O Poder Judiciário tem competência para dispor sobre especialização de varas. Matéria no âmbito da organização judiciária dos Tribunais. Aplicação do artigo 481 do CPC. Convenção de Palermo aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 231/03. REJEITADA. 2. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE LAUDO TÉCNICO. NULIDADE ABSOLUTA. Consta Laudo Técnico no corpo do processo. REJEITADA. 3. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE PROVA PERICIAL GRAFOTÉCNICA. Desnecessidade. REJEITADA. 4. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Contraditório e ampla defesa devidamente respeitados. REJEITADA. MÉRITO. AUSÊNCIA DO DOMÍNIO DAS ARMAS. OCULTAÇÃO DELAS PELO APELANTE. COMPROVAÇÃO. **DOSIMETRIA DA PENA. INCONFORMISMO. PENA BASE APLICADA AO MÁXIMO. ALGUMAS CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. DESPROPORCIONALIDADE. A pena deve ser aplicada de maneira equidistante. Redução da pena para 05 (cinco) anos de reclusão.** Regime inicialmente fechado. PRELIMINARES REJEITADAS. NO MÉRITO, RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, EM PARTE, ALTERANDO APENAS A **DOSIMETRIA DA PENA.** UNÂNIME. (TJAL – Apelação Criminal n.º 2010.005785-9 – Acórdão n.º 3.0466/2011 – Câmara Criminal – DJ 22.06.11) (grifos aditados)**

**PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO. AUSÊNCIA DE DEFESA - INOCORRÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA - NECESSIDADE DE REDUÇÃO. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA EM PARTE.** (TJAL – Apelação Criminal n.º 2011.001931-9 – Acórdão n.º 3.0596/2011 – Câmara Criminal – DJ 03.08.11) (grifos aditados)

Dentre as decisões analisadas no primeiro e segundo semestre de 2012, duas delas, abaixo transcritas, evidenciam, mais uma vez, que a equivocada apreciação das circunstâncias judiciais pelo juiz de piso, resultou na aplicação de uma pena além da necessária.

**PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE AGENTES. NEGATIVA DE AUTORIA DO RÉU. IMPOSSIBILIDADE. PROVAS SUFICIENTES DA PARTICIPAÇÃO DO APELANTE NA PRÁTICA DELITUOSA. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FORMA TENTADA. EFETIVA CONSUMAÇÃO. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. PLEITO NÃO ACOLHIDO. DOSIMETRIA. DESPROPORCIONALIDADE DO QUANTUM ESTABELECIDO. REFORMA. PENA FIXADA EM 06 (SEIS) ANOS E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO EM REGIME INICIAL SEMI-ABERTO. PROVIMENTO**

PARCIAL DO RECURSO. DECISÃO UNÂNIME. (TJAL – Apelação Criminal n.º 2011.004334-1 – Acórdão n.º 3.0425/2012 – Câmara Criminal – DJ 02.05.12) (grifos aditados)

**PENAL**. PROCESSUAL **PENAL**. APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO QUANTO A NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. DECISÃO EM DESCONFORMIDADE COM A PENALIDADE IMPOSTA NA SENTENÇA. PLEITO DE LIBERDADE QUE SE ACOLHE. ALEGAÇÃO DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NO TOCANTE AO QUANTUM ESTABELECIDO PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. INSUBSISTÊNCIA. ALEGAÇÃO DE QUE A SENTENÇA CONDENATÓRIA INCORREU EM ERRO NA ELABORAÇÃO DA **DOSIMETRIA** DA PENA. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS. IMPOSSIBILIDADE. INQUÉRITOS POLICIAIS E PROCESSOS CRIMINAIS EM ANDAMENTO NÃO SERVEM PARA MAJORAR A PENA-BASE. SÚMULA 444 DO STJ. REDIMENSIONAMENTO. PENA FIXADA EM 01 (UM) ANO E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA INICIALMENTE EM REGIME SEMI-ABERTO. PENA DE MULTA REFEITA E FIXADA EM 05 DIAS-MULTA. PARECER DA PGJ NESSE SENTIDO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME (TJAL – Apelação Criminal n.º 2012.002494-2 – Acórdão n.º 3.0802/2012 – Câmara Criminal – DJ 11.07.12) (grifos aditados)

Na primeira decisão, acima transcrita, restou evidenciada a desproporcionalidade do quantum estabelecido na pena base. Na segunda, em razão da reforma, a pena-base foi fixada no mínimo legal.

## CONCLUSÃO

Dentre as funções que os direitos fundamentais possuem, uma delas merece destaque, qual seja, a que consiste na defesa da pessoa humana e da sua dignidade em face dos poderes do Estado. Essa sua função assume especial relevo quando da imposição de uma sanção penal, pelo fato desta poder resultar na aplicação de uma pena privativa de liberdade, que irá, por consequência, resultar numa restrição a direitos fundamentais, sobretudo ao direito fundamental à liberdade.

Este direito fundamental à liberdade possui uma dimensão subjetiva, com nítido caráter negativo (de defesa), impedindo que a intervenção do Estado ou de terceiros comprometam o seu exercício.

No entanto, não há nenhum óbice às restrições dos direitos fundamentais, o que, aliás, deverá ocorrer para que se evitem as tensões existentes entre estes. Apesar disso, estas restrições estão sujeitas a limites. Responsável por estabelecer limites aos possíveis limites impostos aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade se destaca pela sua função de tutela.

Essas são as ilações que se abstraem da primeira seção. Com elas, pôde-se perceber a importância a que foi erigida a liberdade de locomoção, liberdade que sempre foi reclamada para assegurar a convivência coletiva, sendo, inclusive, adotada como ideal da justiça.

A par disso, sua posição no texto da Constituição Federal, no capítulo que trata dos direitos e garantias fundamentais, impõe a consideração de que esta deve ser valorizada, bem como interpretada como um dos fundamentos da dignidade humana, cabendo à intervenção penal atuar no sentido não apenas de restringi-la, mas, sobretudo, de assegurá-la.

Na segunda seção, detectou-se que há diversas divergências quanto à origem da proporcionalidade, dentre estas, merecendo atenção a que sustenta ser a proporcionalidade um critério de igualdade, de justo equilíbrio. As divergências quanto ao fundamento constitucional desta, revelam sua força normativa, sendo inquestionável que esta possa ser inferida do nosso texto constitucional, quer se considere seja ela uma decorrência do Estado de Direito, quer da cláusula do devido processo legal, quer do princípio da isonomia. Constatou-se, também, a falta de consenso sobre sua natureza jurídica. Entretanto, atente-se que a condição de princípio que se atribui à proporcionalidade não é apenas fruto da prática dos tribunais ou da doutrina, tendo como uma de suas justificativas o fato desta ter sido assim concebida. Sua saliência e seu âmbito de proteção, com especial destaque para a tutela dos direitos fundamentais, ficaram bem evidenciadas. Sendo assim,



por meio de seus subprincípios, a proporcionalidade evitará, em todos os ramos do ordenamento jurídico, que as restrições aos direitos fundamentais alcancem patamares desproporcionais.

Na seara penal, a observância da proporcionalidade merece especial atenção. Nas perquirições feitas na terceira seção, pôde-se perceber que, além da função de promoção dos direitos fundamentais, a dignidade assume também uma função de defesa. Esta última se caracteriza por exigir um dever de respeito, de abstenção, impedindo-se, assim, violações à dignidade humana. A intervenção penal que resultar na aplicação de uma pena privativa de liberdade, e que tiver como consequência a fixação de uma pena desproporcional, caracteriza uma ofensa à dignidade humana, porque desconsidera o fato de que o condenado é sujeito de direitos e garantias.

A par da investigação feita, é possível constatar que o princípio da culpabilidade, embora não exposto, tem como fundamento o art.1º, III da Constituição Federal, que trata do princípio da dignidade humana, e que este tem como função limitar a intervenção estatal, evitando que o autor de um fato delituoso seja prejudicado em razão excessos e arbitrariedades praticados pelo poder estatal. Seria, assim, um limite para proteção da dignidade.

A mesma relevância precisa ser endereçada ao princípio da individualização da pena, o qual, como visto, representa uma garantia à consideração de que a medida, a espécie e a quantidade da pena imposta deverão ser proporcionais às particularidades do agente e ao fato por ele praticado.

Demonstrou-se, ainda, a relação existente entre o princípio da intervenção mínima e o subprincípio da necessidade. Aquela, só justifica a intervenção penal quando esta se revelar o único meio apto à tutela do bem jurídico. Em decorrência do caráter subsidiário do direito penal, abstrai-se que não haveria justificativa, porque desnecessária, a imposição de uma pena privativa de liberdade, quando cabível uma restritiva de direito. No mesmo sentido, seria injustificável, porque desnecessária, a imposição de uma pena de 20 anos de reclusão, quando cabível uma pena de 10 anos. Havendo outro meio menos lesivo, não se justifica a intervenção penal, é o que se pode concluir.

O princípio da insignificância é outro que tem estreita relação com a proporcionalidade. Verificou-se que a intervenção penal não seria necessária quando a conduta não lesa ou põe em perigo de lesão qualquer bem jurídico. Haveria, assim, uma ofensa à proporcionalidade punições em razão da prática de tais condutas, haja vista sua desnecessidade.

O mesmo se diga do princípio da adequação social, que encontrará na proporcionalidade uma justificativa para evitar que comportamentos que não revelam mais

gravidade, sendo a sua incriminação um meio inidôneo para proteção do bem jurídico, deixem de ser alvo de proteção penal.

Quanto ao princípio da humanidade, identificou-se que este impõe a consideração de que a dignidade do indivíduo é o limite material a ser obedecido por um Estado Democrático, quando da aplicação de uma sanção penal. Veda, assim, a aplicação de uma pena que resulte em uma aflição desnecessária e demasiada, o que acontece quando a pena imposta é desproporcional.

Na quarta seção, detectou-se que a atividade de individualização judicial da pena, como garantia constitucional que é, estabelece um procedimento que tem por finalidade permitir a correta dosagem da pena e a concretização desta garantia. Esse procedimento, previsto nos art. 59 e 68 do Código Penal, é caracterizado por conferir aos magistrados uma discricionariedade vinculada. Essa discricionariedade vinculada consiste na observância da necessidade da motivação da decisão, bem como na necessidade de fundamentar, em cada uma das etapas do procedimento, o motivo pelo qual as circunstâncias foram valoradas, quer de forma positiva, quer de forma negativa, não sendo suficiente a utilização de argumentos de autoridade ou suposições.

Observa-se que a lei não estabelece um percentual, um montante para as circunstâncias judiciais, constantes na primeira etapa do procedimento. O mesmo acontece na segunda etapa, quando devem ser observadas as agravantes e atenuantes. As vezes, também, não se estabelecem critérios para aplicar os percentuais previstos, quando da apreciação das causas especiais de aumento e de diminuição. A par disso, foram sugeridos alguns critérios com o propósito de permitir a imposição de uma pena proporcional às circunstâncias aplicáveis. Dentre esses critérios que foram analisados, um deles é o do termo médio. O outro, leva em consideração o grau de culpabilidade, que será determinado quando da individualização da pena-base.

A conjugação de ambos irá permitir que a quantificação da pena imposta não resulte, como consequência, em uma ofensa ao princípio da proporcionalidade. Tal poderá ocorrer quer quando a pena seja imposta aquém ou além da necessária.

Neste último caso, o erro resultará em uma ofensa ao direito fundamental à liberdade de locomoção, uma vez que o cidadão ficará mais tempo preso.

Como visto, inclusive a partir das decisões do Tribunal de Justiça que foram analisadas, tais erros são uma realidade.

Uma triste realidade, diga-se de passagem, porque consiste na desconsideração de uma série de princípios e garantias em pleno vigor, que atentam, inclusive, com um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, que é a dignidade humana.

Com esta pesquisa contribui-se para a constatação da relevância que o princípio da proporcionalidade assume quando da fixação da pena privativa de liberdade, bem como, apesar de não haver previsão legal nesse sentido, da necessidade de que a culpabilidade seja utilizada como critério para a correta mensuração da pena.

Assim, será possível quantificar a pena de forma tal que não se imponha uma restrição inaceitável e desnecessária ao direito fundamental à liberdade.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Individualização da pena e controle de constitucionalidade. In: \_\_\_\_\_ (org.). **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Nubia Fabris, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Leonel Vallandro et al. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. O que é “Devido Processo Legal”? In **Revista de processo**, vol. 163, ano33, set. 2008.

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROS, Wellington Pacheco; BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. **A proporcionalidade como princípio de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 1– Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. BOSCHI, José Antonio Paganella. A dosimetria das penas privativas de liberdade. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 21, n. 142, p. 17-18, janeiro de 2013.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª turma. **Habeas Corpus n.º 9584/RJ** – 1999/0045793-5, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Data da publicação DJ 23/08/99. Julgamento 15/06/99. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 29 de maio 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. 6ª turma. **Habeas Corpus** n.º 87710/DF – 2007/0173932-0, Relator Ministro Og Fernandes. Data da publicação DJe 29/08/12. julgamento 21/08/12. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 02 de set 2012.

\_\_\_\_\_. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª turma. **Habeas Corpus** n.º 163014/SP – 2010/0030029-2, Relator Ministro Adilson Vieira Macabau. Data da publicação DJe 10/09/12. julgamento 14/08/12. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 18 de set. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. 1ª turma **Habeas Corpus** n.º 106157/RJ, Relator Ministro Dias Toffoli. Data da publicação DJe 27/05/11. julgamento 15/03/11 Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 29 de maio 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. 2ª turma. **Habeas Corpus** n.º 96046/RS, Relator Ministro Ayres Brito. Data da publicação 25/05/12. Julgamento 13/03/12. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 29 de maio 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. 2ª turma. **Habeas Corpus** n.º 101579/RJ, Relator Ministro Dias Toffoli. Data da publicação 20/10/11. Julgamento 04/10/11. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 29 de maio 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. 1ª turma. **Recurso em Habeas Corpus** n.º 106814/MS. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Data da publicação 24/02/11. Julgamento 08/02/11. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 29 de maio 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. 1ª turma. **Habeas Corpus** n.º 107274/MS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Data da publicação 25/04/11. Julgamento 02/04/11. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 29 de maio 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. 1ª turma. **Habeas Corpus** n.º 103542/DF, Relator Ministro Luiz Fux. Data da publicação 27/09/11. Julgamento 06/09/11 Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 29 de maio 2012.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal** – Parte Geral, Tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil** – Teoria do Direito Processual Civil. Vol 1. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANAS, Vitalino. Proporcionalidade (Princípio da). **Dicionário Jurídico da Administração Pública**. Separata do VI Volume. Lisboa: Editora??, 1994, p. 3-61.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1996.

CARVALHO, João Paulo Gavazza de Mello. Princípio constitucional penal da dignidade da pessoa humana. In: SCHIMITT, Ricardo Augusto (org.). **Princípios Penais Constitucionais** – Direito e Processo Penal à luz da Constituição. Salvador: Jus Podivm, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podivm: 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

DIDIER Jr, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. Vol 1. Salvador: Jus PODVM, 2012.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2010, p. 124.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de direito penal – parte geral**. Atualização de Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua Interpretação – Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: RT, 2007.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: RT, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O princípio da proporcionalidade em Direito Constitucional e em Direito Privado no Brasil**. 2003 Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto347.htm>. Acesso em 28 maio 2012.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. I, Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

LIMA, Alberto Jorge Correia de. **Direito Penal Constitucional – a imposição dos Princípios Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MASSUD, Leonardo. **Da Pena e sua fixação – finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal**. São Paulo: dpj, 2003.

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. O princípio da proporcionalidade no direito penal. In: SCHIMITT, Ricardo Augusto (org.). **Princípios Penais Constitucionais – Direito e Processo Penal à Luz da Constituição**. Salvador: Jus Podivm, 2007.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras Medidas Cautelares Pessoais**. São Paulo: Método, 2011.

MORANGE, Jean. **Direitos humanos e liberdades públicas**. Tradução Eveline Bouteiller. São Paulo: Manoele, 2004.

MONTESQUIEU, Charles Secondat. **O espírito das leis**. Tradução Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da república Portuguesa**. Coimbra: Coimbra editora, 2011.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O Princípio do Devido Processo Legal Substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal** – Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal** – Vol. 2. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

PUIG, Santiago Mir. **Direito Penal** – Fundamentos e Teoria do Delito. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal** – Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Tradução de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Manoele.

SALEILLES, Raymond. **A Individualização da Pena**. Tradução de Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio. São Paulo: Rideel, 2006.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal** – limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal** – Parte Geral. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012.

SCHIMITT, Ricardo Augusto. Princípio da individualização da pena: uma (re) leitura constitucional. In: \_\_\_\_\_ (org.). **Princípios Penais Constitucionais** – Direito e Processo Penal à luz da Constituição Federal. Salvador: Jus Podivm, 2007.

SILVA, Igor Luís Pereira e. **Princípios Penais**. Salvador: Jus Podivm, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, Cidade? n. 798, 2002.

SOUZA, Paulo S. Xavier de. **Individualização da pena no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio fabris, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermeneutica Jurídica e(m) crise** – uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.) **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

VIANI, Silvano. **Técnica de Aplicação da Pena**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: RT, 2004.