

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS**  
**FACULDADE DE DIREITO**

Nara Andréa de Souza Oliveira

**O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE/RAZOABILIDADE NO DIREITO**  
**PENAL**

Belo Horizonte

2023

Nara Andréa de Souza Oliveira

**O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE/RAZOABILIDADE NO DIREITO  
PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à disciplina TCC-III do Curso de Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para aprovação.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Augusto Canedo Gonçalves da Silva.

Belo Horizonte

2023

## RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade a originalidade e a contribuição jurídica. Vislumbra-se como problemática os abusos do Estado no Direito Penal e Processual Penal e a aplicabilidade dos princípios de proporcionalidade e razoabilidade para coibir tais abusos. O objetivo geral do trabalho é estudar tais princípios como sistemas jurídicos frente à abertura concedida na cidadania pela CF/88. A análise do princípio da proporcionalidade/razoabilidade no direito processual penal e o papel de intervenção do Estado, que é, acima de tudo, um grave problema social quando há a excessiva interferência do Estado nos valores da dignidade humana. Afinal, não se deve perder de vista que o Direito é uma ciência social aplicada, dinâmica, devendo acompanhar e atender aos anseios da conjuntura social na medida em que ela se apresenta. A jurisprudência vem exigindo como elemento probante indispensável à proporcionalidade e razoabilidade como princípios éticos na aplicação do Direito e do próprio Direito Processual Penal. Existem acórdãos que deferem o assunto e dão respaldos por excelência no estudo proposto. Assim, o propósito principal deste trabalho é alicerçar as condições doutrinárias e jurisprudenciais a partir dos princípios em voga, aceitando que o Estado democrático de Direito é principiológico no Direito Penal. Tem como metodologia a revisão bibliográfica, jurisprudências e julgados que podem proporcionar o marco teórico da tríade do Direito Penal e Processual Penal. A hipótese é corroborar as expectativas da pesquisa jurídica.

**Palavras-chave:** CF/88. Proporcionalidade/razoabilidade. Direito penal. Estado. Constituição Federal.

## **ABSTRACT**

This research project has as purpose the legal originality and contribution. It is seen as a problematic the abuses of the State in Criminal Law and Criminal Procedure and the applicability of the principles of proportionality and reasonableness to curb such abuses. The main goal of this work is to study legal systems principles in the face of the opening granted in citizenship of Federal Constitution of 1988. The analysis of the principle of proportionality/reasonableness in criminal procedural law and the role of State intervention, which is above all, a serious social problem when there is excessive State interference in the values of human dignity. After all, it should not lose sight of the fact that Law is an applied dynamic social science which must accompany and meet the aspirations of the social conjuncture as it presents itself. The jurisprudence has been demanding as an indispensable probative element the proportionality and reasonableness as ethical principles in the application of the Law and the Criminal Procedural Law itself. There are judgments that defer the matter and provide support per excellence in the proposed study. Given that, the main purpose of this work is to base the doctrinal and jurisprudential conditions from the principles in vogue, accepting that the democratic rule of law is the logical principle in Criminal Law. The methodology used for this project is the literature review, jurisprudence and judgments that can provide the theoretical framework of the triad of Criminal Law and Criminal Procedure. The hypothesis is to corroborate with the expectations of legal research.

**Keywords:** Federal Constitution of 1988. Proportionality/reasonableness. Criminal Law.. State. Federal Constitution.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>6</b>
<b>2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....</b>	<b>8</b>
<b>3 O ESTUDO DO DIREITO PENAL.....</b>	<b>11</b>
<b>4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE/RAZOABILIDADE NO DIREITO PROCESSUAL PENAL.....</b>	<b>14</b>
<b>5 COMENTÁRIOS DE JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.....</b>	<b>16</b>
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>17</b>
<b>7 REFERENCIAIS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>18</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Por todo o contexto jurídico penal o Estado tem o papel primordial em sua conjuntura, mesmo que ele seja a última raio do processo jurídico-penal. Ou seja, o ordenamento jurídico calcula abalizadas e diferentes composições de influências processual-penais, na quais dá a devida atenção às sanções penais envolvidas. No ordenamento jurídico penal há de se destacar o princípio da dignidade humana, o princípio da proporcionalidade/razoabilidade para a intervenção do Estado nos fatores que envolvem o Direito Penal. O Estado tem o comprometimento de abranger-se da capacidade punitiva estatal, utilizando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, senão, no lugar da dignidade humana e dos direitos fundamentais, o próprio Estado terá suas cadeias abarrotadas de indigentes humanos da ilicitude, do tráfico, do banditismo e da criminalidade de que é capaz todo ser humano.

Os sistemas prisionais falidos do Brasil são motivos midiáticos para o sensacionalismo de órgãos da imprensa. Caso recente é o de São Paulo, Rio de Janeiro e agora o Maranhão. A intervenção da Justiça no Maranhão mostra claramente que algo deve ser consertado, inclusive em termos de ideologias proporcionais e racionais. O Direito Penal tem a obrigação embute de ideologia de caráter prático para que as reservas do possível em termos penais sejam ligadas à ressocialização de alguém, ao enfrentamento da sociedade de outro e a volta à honra e à dignidade de todos. Assim, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade elencados a partir da matéria em tela quando será o objeto desta pesquisa.

Os impelidos do desenvolvimento humano fazem referência a gama de alterações ou ao encadeamento de acontecimentos acendidos pela metodologia de acréscimo do Direito Penal nos mais diversos locais do nosso país e do mundo jurídico. As mutáveis variações que acendem os conflitos do progresso do homem têm relação com o temperamento, veemência, administrações e extensão diversas; porém, as decorrências interatuam e são ordinalmente irreversíveis quando compreendem personalidades do cenário do Estado democrático de Direito. Falar em Direito é falar em justiça que se une com a democracia e com a constitucionalidade de um país, à espera de uma solução para os dissabores do dia a dia que a vida do ser humano apresenta. Algo que o Direito Penal alvitra é preocupar-se com marginalidade, averiguando sua veridicidade e pungindo os ilícitos ou então dar ao sujeito de direitos todo fausto garantidor para o exercício do Direito Constitucional e seus princípios fundamentais frente à dignidade humana. Os impactos do desenvolvimento do homem ocasionam a falta de segurança, principalmente no seio da sociedade, na política e na

própria criminalidade (ROXIN, 2002). Todo esse aparato tem origem num processo de mudança do Estado e que não constituem eventos pontuais resultantes de uma causa específica. São graves deslizes da era moderna e da falta de tempo, do cuidado e do respeito específico com o cidadão. São consequências funestas de um processo de falta de interação do Estado no dever de “tomar conta” das gerações, da comunidade coletiva e dos meios receptores. Às vezes, tipos penais são as constantes agressões que indivíduos sofrem dentro de casa e mesmo em público, causando diferentes impactos no empobrecimento constitucional garantista de um país.

A metodologia utilizada ao longo do trabalho foi bibliográfica, com vistas às pesquisas exploratórias em doutrina, jurisprudência e a lei, tendo como base principal os dois doutrinadores estudados e a Carta Magna de 1988, com uma ênfase específica e harmonizadora, nos exemplos de outros estudos comparativos.

Falar aqui dos chamados delinquentes habitual, seria desviar-se do objetivo primeiro, mas se deve mencionar, pelo menos, que com as condutas delitivas por indivíduos realizadas no Brasil se põe em dúvida a mencionada motivação das normas penais para sua não violação. Essa é outra das objeções à prevenção geral. “É possível que a crítica mais antiga à prevenção geral se deva a Kant, que reprovava qualquer tentativa de instrumentalização do homem”.

Um Estado Democrático de Direito, ao contrário, não poderá, sob nenhum pretexto, admitir que os fins justifiquem os meios, pois, se assim fosse, estar-se-ia desprezando direitos e garantias fundamentais. Tem razão Roxin quando sustenta que o princípio teórico da prevenção geral não estabelece delimitação alguma de comportamentos a que o Estado poderá estender sua reprovação.

Ao se postular da prevenção geral, não se pode deixar de mencionar os problemas normativos e empíricos que suas diretrizes enfrentam. A mesma crítica que apontamos em relação à instrumentalização do homem delinquente, para servir de exemplo aos demais cidadãos, observação que já havia sido feita por Kant deve ser proporcional e razoável. A prevenção geral, neste particular, ameaça à dignidade humana.

Assim, a pergunta que se faz é: quais as proporções da realidade penal? Quais as dimensões dos princípios penais (razoabilidade e proporcionalidade) para a cobrança garantidora dos direitos fundamentais? Somente o entendimento da dignidade humana pode atrelar fatores fundamentais para o entendimento verdadeiro do Direito Penal e seu papel.

## **2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

A dignidade da pessoa humana é um princípio engrandecedor dentro dos Direitos Humanos, postulado na Constituição Federal de 1988 e arremetido por muitas Declarações Internacionais. Ou seja, é explícito no Direito que o princípio honra e sensatez da dignidade da pessoa humana cabe em qualquer preceito infralegal no Estado Democrático de Direito brasileiro. A Constituição de República Federativa Brasileira, promulgada em 05 de outubro de 1988, prevê a garantia que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade.

Nesse sentido, a carta magna prevê no seu artigo 5º:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. (BRASIL, 1988).

O princípio da dignidade humana transforma-se num preceito dotado de acordo aberto, com vistas à liberdade, à igualdade, à segurança. Todos os preceitos da dignidade humana devem se fazer presentes no Direito Penal. Pois este princípio basilar é antes de tudo supino a todos os outros princípios que envolvem os direitos fundamentais, democratizado e constitucionalizado. Nesse diapasão, advêm os organizados mandatos que envolvem o bem-estar de ser digno, de ter distinção pessoal e isto deve ser repartido entre a ética e a moral. O princípio em tela traz uma conjuntura estável com outros princípios isonômicos que podem imprimir a proporcionalidade jurídica do bem-estar democrático. A Constituição é o rol ascensionário para que este princípio possa ser sobreposto no dia a dia dos cidadãos brasileiros, dando-lhes exterioridades inteiramente neófitas, com importância irradiada. Ao tratar do pilar constitucional e do direito fundamental, o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado por muitos um valor pré-constituente e de hierarquia supraconstitucional em que se fundamenta a república federativa do Brasil como observamos no art. 1º da Constituição in verbis:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Para José Afonso da Silva (Silva, 2010 p. 109), o princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio de valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.

Segundo Alexandre de Moraes (2004, p. 167):

A constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significa mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, com base nos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário, para a concretização da democracia. A proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral. (MORAIS, 2004, p. 167).

Ou seja, o princípio da dignidade humana está em qualquer instância fundamental do Direito, inclusive, no Direito Penal. A dignidade humana é um direito fundamental é longamente estudado por vários doutrinadores. Podem ser destacados, dentre vários que perpetuam o pensamento da dignidade. Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p.395) esclarece: “Para além de vincularem todos os poderes públicos, os direitos fundamentais exercem sua eficácia vinculante também na esfera jurídico-privada, isto é, no âmbito das relações jurídicas entre particulares”. Há de se constatar que todo “direito” só pode se efetivar em uma circunstância social, quando caminha paralelamente com o “dever” devidamente respeitado nos limites do direito do outro, ou dos outros indivíduos, sujeito a uma análise judiciosa das atitudes tomadas em tal procedimento avaliado nas normas de um sanção social, principalmente, nesse ponto, o dever-ser constitucional trabalhista é necessário e absoluto como positivação e como coerência principiológica.

Desta forma, o conhecimento do mundo e de todos os seus atributos; tendo como suporte a razão e o sentimento, é que se pode traçar uma sensível forma de viver e, daí ir para o discernimento entre os valores capazes de uma promoção do ser em termos de enriquecimento e da dignidade da pessoa humana. Assim, pois, o direito vem como forma sustentável de um processo de vida jurídica pautada na contribuição da ampla defesa, do contraditório e do direito adquirido para manejar a vivência saudável, o que confere ao indivíduo a paz de consciência e o perfeito estado de efetivação na sociedade.

Dentro desse aparato surge o direito, para demonstrar que o esse surge e ressurgem como sendo a alavanca que a definição do que seja constituição dentro do Estado democrático. Segundo doutrinadores para que haja constituição necessário haver direitos fundamentais. A Constituição é o feixe da democracia, num punhado de preceitos constitucionalizados em benefício do cidadão.

Acerca deste tema, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior definem o conceito de Constituição:

Constituição como organização sistemática dos elementos constitutivos do Estado, através da qual se definem a forma e a estrutura deste, o sistema de governo, a divisão e o funcionamento dos poderes, o modelo econômico e os direitos, deveres e garantias fundamentais, sendo que qualquer outra matéria que for agregada a ela será considerada formalmente constitucional (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR 1999, p. 03).

Na lição de Gina Vidal Marcílio Pompeu:

Os textos constitucionais não mais se limitam a regulamentar as características do estado, a separação de poderes, e a inibir a sua ação contra os direitos individuais. As constituições hodiernamente são dirigentes, visam a modificar a realidade, transformá-la, obrigando o Estado a tomar certas decisões que viabilizem os direitos sociais e que garantam aos cidadãos meios de acesso a uma vida mais justa e igualitária (POMPEU, 2005, p.111).

Interessante notar que dentro dos textos constitucionais, o princípio da dignidade humana trata-se de um direito garantidor e fundamental. Sobre tal princípio assim postula que todos os humanos têm o direito à sua dignidade e seus direitos sociais como aduz Pompeu (2005).

Daury Cesar Fabriz (2003, p. 239, 240) estabelece um conceito de direitos humanos, destacando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana:

Os direitos humanos, em princípio, constituem a proteção mínima que permite ao indivíduo viver uma vida digna, defendendo-a das usurpações do arbítrio estatal (ou outro); configurando-lhe um espaço sagrado, intransponível, traçando à sua volta uma esfera privada inviolável. Revelam-se como um conjunto de normas que visam defender a pessoa humana contra os excessos do poder ou daqueles que exercitam o poder, visto que também são oponíveis contra atos de outros indivíduos. (DAURY, FABRIZ, 2003, p. 239).

Quando se vislumbra sobre o direito penal, a adequação aos princípios constitucionais se faz presentes, pois o Direito Penal é regido por leis específicas, que não são esparsas. A constitucionalidade da pena no Brasil deve ser feita por intermédio de princípios básicos constitucionais, principalmente, no que tange ao Direito Penal, para demonstrar a segurança jurídico-penal, a liberdade e igualdade dos cidadãos brasileiros e a própria ressocialização do preso. A Constituição é a lei suprema do país; contra a sua letra, ou espírito, não prevalecem poderes paralelos do crime organizado ou do chamado crime do colarinho branco. Há de se demonstrar com o princípio motriz da constitucionalidade que é a dignidade humana visto que todos são iguais perante a lei e têm seus direitos garantidos, nacional e internacionalmente. Há muita polêmica sobre

a questão dos Direitos Humanos em várias partes do planeta sendo necessária a adoção dos princípios entabulados nesta discussão jurídica. Necessário ter a proporcionalidade e a razoabilidade da intervenção do Estado, na questão da segurança externa dos cidadãos, na segurança interna de presídios, na educação comunitária de periferia e de grandes centros, no combate às drogas no país e nas fronteiras. Muitas são as determinações e exemplos que cabem a razoabilidade penal na efusão da dignidade humana. Ou seja, em que pese a dificuldade em se estabelecer um conceito fechado sobre o que seria a dignidade da pessoa humana, por tratar-se de valor axiológico variável de acordo com o contexto jurídico-político-social, adota-se aqui o posicionamento de Celia Maria Bodin (MORAES, Maria Celina Bodin de, Danos à pessoa humana. p. 85) considera-se afronta a dignidade da pessoa humana “tudo aquilo que puder reduzir a pessoa à condição de objeto”. No Direito Penal a dignidade da pessoa humana cabe perfeitamente dentro dos princípios constitucionais e penais propostos neste estudo.

### **3 O ESTUDO DO DIREITO PENAL**

O Estado para trabalhar em perfeita harmonia com a sociedade deve ser o arcabouço da cidadania. Isto significa dizer que o Estado precisa de uma harmonia utilitária e ao mesmo tempo interventora nas suas ordens administrativas, judiciárias e políticas. No Estado unitário o poder constituinte e o poder constituído se exprimem por meio de instituições que representam sólido conjunto. Sobre o Estado postula Dalmo Dallari (1998, CD ROM), afirmando que Estado tem um significado histórico:

A denominação Estado (do latim status, estar firme), significando situação permanente de convivência e ligada à sociedade política, aparece pela primeira vez em "O Príncipe" de MAQUIAVEL, escrito em 1513, passando a ser usada pelos italianos sempre ligada ao nome de uma cidade independente, como, por exemplo, stato di Firenze. Durante os séculos XVI e XVII a expressão foi sendo admitida em escritos franceses, ingleses e alemães. Na Espanha, até o século XVIII, aplicava-se também a denominação de estados a grandes propriedades rurais de domínio particular, cujos proprietários tinham poder jurisdicional. De qualquer forma, é certo que o nome Estado, indicando uma sociedade política, só aparece no século XVI, e este é um dos argumentos para alguns autores que não admitem a existência do Estado antes do século XVII. Para eles, entretanto, sua tese não se reduz a uma questão de nome, sendo mais importante o argumento de que o nome Estado só pode ser aplicado com propriedade à sociedade política dotada de certas características bem definidas. A maioria dos autores, no entanto, admitindo que a sociedade ora denominada Estado é, na sua essência, igual à que existiu anteriormente, embora com nomes diversos, dá essa designação a todas as sociedades políticas que, com autoridade superior fixaram as regras de convivência de seus membros. (DALLARI, 1998, CD ROM).

A verdadeira atitude ao interpretar a ciência jurídica está intimamente relacionada com a estrutura do Estado e com as relações sociais. A definição das bases jurídicas é norteada pela necessidade de o Estado determinar uma harmonia com a trajetória da sociedade e onde o Direito se encontra inserido. Assim, Estado e Direito se misturam em essência e constituição. Estado, sociedade e Direito traçam o poder jurisdicional.

O Direito Penal, de outra monta, além de ter posição de destaque nas políticas sociais, tem importante papel no desenvolvimento das habilidades das pessoas, assim, espera-se que esse busque a igualdade entre indivíduo e sociedade no papel lícitude: posição ativa na luta contra o uso de entraves, principalmente quando se trata do tráfico de modo geral como instrumento de refazimento da aplicação da lei.

O Direito Penal trata dos crimes praticados na esfera da ilicitude, da contravenção, do tráfico e de outros melindres quando a ilegalidade prepondera. Mirabete em seus dizeres define Direito Penal como sendo:

O Direito Penal positivo é valorativo, finalista e sancionador.

A norma penal é valorativa porque tutela os valores mais elevados da sociedade, dispondo-os em uma escala hierárquica e valorando os fatos de acordo com a sua gravidade. Quanto mais grave o crime, o desvalor da ação, mais severa será a sanção aplicável a seu autor.

Tem ainda a lei penal caráter finalista, porquanto visa à proteção de bens e interesses jurídicos mercedores da tutela mais eficiente que só podem ser eficazmente protegidos pela ameaça legal de aplicação de sanções de poder intimidativo maior, como a pena. Essa prevenção é a maior finalidade da lei penal.

Discute-se se o Direito Penal é constitutivo, primário e autônomo ou se tem caráter sancionador, secundário e acessório. Afirma-se que se trata de um direito constitutivo porque possui um ilícito próprio, oriundo da tipicidade, uma sanção peculiar (pena), e institutos exclusivos como o sursis, o livramento condicional, o indulto etc. Lembra Walter de Abreu Garcez que "as normas jurídicas não se recolhem a comportamentos estanques, mas sim atuam em harmonia no quadro de uma sistematização geral, sem que por tais correlações se possa falar em acessoriedade, secundariedade ou complementariedade de umas e outras". Tal iteração não retiraria, portanto, o caráter constitutivo do Direito Penal.

Em princípio, porém, não se pode falar de autonomia do ilícito penal e, portanto, do caráter constitutivo do Direito Penal. A contrariedade do fato

ao direito não é meramente de ordem penal; sua antijuridicidade resulta de sua infração a todo o ordenamento jurídico. A lei penal, portanto, não cria a antijuridicidade, mas apenas se limita a cominar penas às condutas que já são antijurídicas em face de outros ramos do Direito (Civil, Comercial, Administrativo, Tributário, Processual etc.), e a descriminalização de um fato não lhe retirará a sua ilicitude. Revela-se, assim, que a norma penal é sancionadora, reforçando a tutela jurídica dos bens regidos pela legislação extrapenal. Protege penalmente o patrimônio no crime de furto, a instituição do casamento no delito de bigamia, a regularidade do comércio nos ilícitos falimentares, a Administração Pública no peculato, já disciplinados nas leis civis, comerciais, administrativas etc.

Mirabete ainda afirma que a ligação do Direito Penal com a sociedade envolve esferas jurídicas que podem criar elementos de correlação com todos os ramos das ciências jurídicas. E como:

[...] o sistema jurídico de um país é formado de elementos que se completam, sem contradições, o Direito Penal, como uma das partes desse todo, tem íntima correlação com os demais ramos das ciências jurídicas.

Existem, também, ciências que, sem se destinarem propriamente ao estudo do crime, trazem subsídios e esclarecimentos a certas questões da doutrina e elementos científicos indispensáveis, sobretudo, à aplicação da lei penal. Além disso, criaram-se ciências criminológicas, causal-explicativas, destinadas ao estudo do crime como uma forma do comportamento humano, episódio de desajustamento do homem às condições fundamentais da convivência social. Devem-se, pois, estudar as relações de Direito Penal com as ciências jurídicas fundamentais e outros ramos de estudos jurídicos, com as chamadas disciplinas auxiliares e com as ciências penais, em especial a Criminologia.

Óbvio é que na esfera jurídica penal, em todas as ciências jurídicas, o Direito Penal surge como um estudo explicativo que o Estado quer atingir na busca das disciplinas auxiliares jurídicas como bem postula Mirabete. Direito penal, princípios constitucionais e o Estado se misturam numa gleba única das ciências fundamentais.

A pergunta que se faz também nos redutos jurídicos seria como os princípios basilados neste artigo jurídico poderiam contribuir para os direitos fundamentais de todos sem exceção, transmitindo o papel do Estado com segurança dentro do Direito Penal e não fora dele e a sua margem.

#### **4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE/RAZOABILIDADE NO DIREITO PROCESSUAL PENAL**

Se este artigo aduz sobre a dignidade humana e sua real importância dentro do Estado de Direito, há de se entrever que a constitucionalidade penal deve ser vigilante no que tange a aplicação da pena. Para Bittencourt (2006, p.202): “É quase unânime, no mundo da ciência do Direito Penal, a afirmação de que a pena se justifica por sua necessidade. ” É, portanto, inafastável a utilidade da pena, independente do suporte filosófico adotado para legitimá-la.

Segundo José Frederico Marques (1980, p. 20), pode-se conceituar o Direito Processual Penal como o conjugado de títulos e preceitos que acrisolam o zelo jurisdicional do Direito Penal, bem como as atividades persecutórias da Polícia Judiciária, e a estruturação dos instrumentos do emprego jurisdicional e respectivos auxiliares.

O anseio punitivo do Estado deve ser concluído em juízo por intercessão da ação penal. Porém, para que essa seja alvitrada, é cogente que o Estado arrume de um mínimo de subsídios probatórios que advirtam sobre a ocorrência de uma infração penal e de sua autoria. Ao cumprir a ocupação de organizar o intento do Processo Penal, conferida à doutrina, Julio Fabbrini Mirabete (2004, p.78) afirma que:

Praticado um fato que, aparentemente ao menos, constitui um ilícito penal, surge o conflito de interesses entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade da pessoa acusada de praticá-lo. Esse conflito não pode ser dirimido pela autodefesa, que é o emprego da força e, portanto, a negação do próprio direito com a prevalência do mais forte sobre o mais fraco. Tampouco se pode empregar a auto-composição, que envolve a submissão de um dos titulares de menor resistência. Assim, no Estado moderno, a solução do conflito de interesses, especialmente no campo penal, se exerce através da função jurisdicional do Estado no que se denomina processo e, em se tratando de uma lide penal, processo penal. (MIRABETE, 2004, p.20).

O Direito Penal deve ser o último recurso para uma intervenção junto ao cidadão que se conduz pelo Estado democrático de Direito. A intenção do DP é apenas proteger a coletividade, sendo que, se precisar da sua intervenção que ela seja mínima. A proporção da cobrança de um delito cometido não pode ultrapassar a questão do excesso, da adequação e da proporção. Para Bianchini (2002) o princípio da proporcionalidade é claro e visível em sua estimativa:

A importância do princípio da proporcionalidade decorre do fato de a gravidade da intervenção penal ter sua variação atrelada ao grau de dignidade do bem jurídico e da sua afetação, fazendo nascer o binômio merecimento de pena/restricção da liberdade humana (BIANCHINI, 2002, p.85).

Na história do Direito Penal, Beccaria (2002) já acastelava a ideia da ínfima influência da posição de liberdade do indivíduo, e comentava: “as penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos”, ou seja, para o autor, “os meios de que utiliza a legislação para impedir os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais frequente”. (BECCARIA, 2002, p.28).

O doutrinador Canotilho (2003, p.70) ensina sobre o princípio da razoabilidade:

Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação do meio para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à 'carga coativa' da mesma. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de 'medida' ou 'desmedida' para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim. (CANOTILHO, 2003, p.70)

Importa observar que, nos dizeres de Bandeira de Mello (2008), que o princípio da razoabilidade deve ser aproveitado em dois momentos distintos: na estática do direito, para o entendimento do sistema jurídico a ser objeto de análise, hipótese na qual se institui em um critério de inteligência do direito e na dinâmica do direito, ou seja, quando de sua aplicação para garantir que o perfil constitucional do Estado Social e Democrático de Direito esteja adequadamente concretizado.

No Poder Judiciário Penal os princípios razoabilidade/proporcionalidade funcionam como um medidor/interventor do Estado, mas, como dito anteriormente, de forma vigilante e com o perfil constitucional que todo Estado democrático de Direito exige.

Subentendido na Constituição Federal de 1988, o título da razoabilidade, assim como o da proporcionalidade vem juntamente com a doutrina e a legislação sendo aplicados e pelos Tribunais Superiores Penais. De acordo com esses princípios o Direito Penal deverá ter uma via única de obediência aos critérios aceitáveis do ponto de vista racional, principalmente quando se trata da administração da pena, assim como a sua prevenção. Deve-se ser razoável e permanente não transpondo os limites estabelecidos em lei. Cabe, então, ao penalista ponderar sobre o que melhor possa atender ao interesse público em qualquer situação penal. O homem-médio deve sempre buscar o bem comum e o Estado não pode apartar de tal direito, principalmente no Direito Penal.

## 5 COMENTÁRIOS DE JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

As jurisprudências sobre razoabilidade e proporcionalidade no Direito Penal se encontram em vários acordos sobre penalização, prevenção penal, Estado de Direito, princípios constitucionais para que a relação da tríade doutrina, constituição e legislação se estabeleça democraticamente. O que se sabe é que as jurisprudências pacificam os argumentos e resolvem casos de conflitos irrefutáveis dentro do contexto jurídico. Para entender o que se pretende necessários exemplos que possam elucidar o Direito Penal. No site JusBrasil o princípio da razoabilidade assim é exposto:

O princípio da razoabilidade é uma diretriz de senso comum, ou mais exatamente, de bom-senso, aplicada ao Direito. Esse bom-senso jurídico se faz necessário à medida que as exigências formais que decorrem do princípio da legalidade tendem a reforçar mais o texto das normas, a palavra da lei, que o seu espírito. Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vide princípio da proibição do excesso.<sup>1</sup>

Eis o exemplo de acórdãos:

HABEAS CORPUS Nº 244.183 - SP (2012/0111109-6)

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD  
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE):

Trata-se de habeas corpus impetrado, em causa própria, por CLAUDINEI DE SOUZA MENDES, condenado à pena de 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime fechado, por infração ao artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/06, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da apelação n. 0000224-45.2011.8.26.0262.

Sustenta o impetrante/paciente manifesto constrangimento ilegal em razão da demora na apreciação do seu recurso defensivo pelo Tribunal de origem.

Informações prestadas.

A Subprocuradoria-Geral da República se manifestou pela concessão da ordem, nos seguintes termos:

HC. TRAFICO DE DROGAS. RECURSO AINDA NAO APRECIADO. PARECER PELA CONCESSAO DA ORDEM, A FIM DE DETERMINAR AO TJ-SP QUE APRECIE, COM CELERIDADE, O APELO DO PACIENTE (fl. 28).

É o breve relato.

HABEAS CORPUS Nº 244.183 - SP (2012/0111109-6)

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD  
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

Sustenta o impetrante/paciente constrangimento ilegal em razão do excesso de prazo no julgamento da apelação defensiva.

De fato, a [Constituição Federal](#) assegura, em seu art. 5º, inciso [LXXVII](#), como direito fundamental, a razoável duração do processo. Contudo, a alegação de excesso de prazo não pode basear-se em simples critério aritmético, devendo a demora ser analisada em cotejo

<sup>1</sup> Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/292526/principio-da-razoabilidade> Acesso em: 23 jan.2014.

com as particularidades e complexidades de cada caso concreto, pautando-se sempre pelo critério da razoabilidade.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 3. TRÁFICO DE DROGAS 4. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DESNECESSIDADE DA MEDIDA EXTREMA NÃO EVIDENCIADA. 5. EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. NÃO OCORRÊNCIA. RAZOABILIDADE. 6. ORDEM NÃO CONHECIDA, COM RECOMENDAÇÃO.

1. (...).

2. (...)

3. (...)

4. (...)

5. Conforme entendimento pacífico desta Corte Superior, eventual excesso de prazo deve ser analisado à luz do princípio da razoabilidade, sendo permitido ao Juízo, em hipóteses excepcionais, ante as peculiaridades da causa, a extrapolação dos prazos previstos na lei processual penal, já que tal aferição não resulta de simples operação aritmética.

6. No caso, diante do quadro informativo constante dos autos, não há como reconhecer como desarrazoado o transcurso de tempo, entre a data da prisão em flagrante e a conclusão do processo-crime, pouco mais de 1 (um) ano, que justifique a concessão da liberdade ao paciente por excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal.

7. Habeas Corpus não conhecido. Recomendação de celeridade no julgamento do processo. (grifei).

(HC 247.415/SP, QUINTA TURMA, Rel. Ministro Marçó Aurélio Belize, DJe de 21.9.2012).

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito a sociedade e o Estado podem fazer. Ao avaliar os requisitos das medidas protetivas, por estarmos frente à prática do ilícito penal, temos o *fumus commissi delicti*, que consubstancia na materialidade e indícios de autoria, bem como o *periculum libertatis*, uma vez que o agressor pode colocar em risco a integridade do cidadão. As medidas protetivas precisam ser deferidas com celeridade, com proporcionalidade e razoabilidade, para que a dignidade humana prevaleça e para que o Estado consiga, efetivamente, dar proteção às vítimas das agressões que dominam nossas cidades, os presídios e os mais diversos ambientes de trabalho.

Além do mais a lei penal entende que o preso e o acomitente das atividades ilícitas precisam de prevenção/educação. Considerando, todavia o problema social da polícia e da justiça penal, muito há o que se fazer em termos de intervenção do Estado, no que tange à proporcionalidade e a razoabilidade na aplicação da pena, do prazo, da multa e de outros atributos relacionáveis e

constitucionais. A conduta humana não pode ser enxovalhada pelos percalços da ilicitude e da criminalidade em desfavor dos inocentes.

O espelho do amor também passa por um ordenamento jurídico e mostra a sua imagem. Esta conjunção transmite a certeza da verdadeira democracia. A equiparação aparece no seio das relações, na igualdade que norteia todo o regime legislativo e na constituição de um país, no seu estado de direito, principalmente o Direito Penal, razoável e proporcional às aplicações da pena.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL, HC 247.415/SP, **QUINTA TURMA**, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe de 21.9.2012. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br> Acesso em 03 de jan.2014.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1998 (CD Rom).

Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/292526/principio-da-razoabilidade> Acesso em: 23 jan.2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 23

ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Tradução de Luís Greco. Renovar: 2002.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

FABRIZ, Daury César. **Bioética e Direitos Fundamentais**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 23

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Editora RT: São Paulo, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

KANT, Immanuel. disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Immanuel\\_Kant](http://pt.wikipedia.org/wiki/Immanuel_Kant)>. Acesso em 06 de jan de 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Ed. Saraiva, 15º Ed. V. 1. São Paulo: 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª Ed. Coimbra, Almedina, 2002.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 1980, vol. 1.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio. **Direito à educação: controle social e exigibilidade judicial**. Fortaleza: ABC, 2005.

