

JAN 2003

MARIÂNGELA GAMA DE MAGALHÃES GOMES

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Gomes, Mariângela Gama de Magalhães
O princípio da proporcionalidade no direito penal / Mariângela Gama de Magalhães
Gomes. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003.

Bibliografia.
ISBN 85-203-2445-2

1. Direito penal 2. Direito penal – Brasil 3. Princípio da proporcionalidade 4. Processo penal I. Título.

03-4237

CDU-340.11:343.1

Índices para catálogo sistemático: 1. Princípio da proporcionalidade : Direito penal : Processo penal
340.11:343.1

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

nifica que, de maneira oposta ao que se observa no exemplo precedente, é insignificante o crédito que pode ser dado à lei pelo fato de as pessoas não praticarem a conduta descrita; em outras palavras, embora não se verifique uma taxa de cifra negra capaz de induzir à conclusão de que a incriminação é inidônea para a tutela do bem jurídico, esta, de fato, não apresenta a idoneidade necessária para tal finalidade, posto que não influi significativamente na orientação dos comportamentos sociais⁷⁶ – como observa Andenaes, pode-se inclusive duvidar de que a presença ou ausência de um tratamento penal para o incesto influencie no número de casos praticados.⁷⁷

A partir destes exemplos identifica-se que, embora a cifra negra seja importante expressão da inidoneidade de alguns tipos penais para alcançarem seus objetivos de tutela, constitui um critério parcial e não absoluto. Ainda que seja, para vários delitos, confiável indicador de não observância da norma, é incapaz de apontar para a taxa de observância do preceito, e menos ainda para indicar o quanto pode ser creditado à lei pelo alcance do escopo.⁷⁸

Com estas observações, percebe-se que, embora altos índices de cifra negra possam estar relacionados a hipóteses onde evidentemente a norma penal é inidônea para tutelar o bem jurídico-penal, a mera constatação de que as ocorrências registradas acerca de determinado delito não correspondem à realidade dos acontecimentos não significa que, desde logo, seja possível concluir pela inidoneidade da incriminação. Esta verificação, contudo, pode ser importante indício de que a norma não é adequada à obtenção da finalidade, o que impõe ao legislador observar sua relação com o fato de se tratar de um crime de perigo abstrato, de uma pena demasiadamente alta ou da ocorrência de efeitos criminosos, por exemplo.

⁽⁷⁶⁾ Carlo Enrico Paliero. Op. cit., p. 498.

⁽⁷⁷⁾ Segundo este autor, uma vez que o incesto constitui matéria de cunho moral, sua proibição é quase universal, encontrando-se tão arraigada na estrutura familiar, que existe escassa necessidade de que seja reforçada por meio da legislação criminal. Andenaes faz alusão ao que diz Leslie Wilkins para enfatizar que a experiência demonstra que a maioria dos cidadãos é infrator potencial e dificilmente tem na ameaça penal um inibidor de suas condutas quando a infração a ser praticada consiste numa racional e pensada específica violação da norma. Segundo a referida autora, enquanto uma dona de casa comum não precisa ser ameaçada para deixar de envenenar seu marido, possivelmente precisa sê-lo para deixar de praticar pequenos furtos em supermercados. Este comportamento perante o furto dar-se-ia igualmente para a sonegação fiscal, por exemplo, em contraposição aos crimes de caráter passional (Johannes Andenaes. The general-preventive effects..., cit., p. 45-46).

⁽⁷⁸⁾ Carlo Enrico Paliero. Op. cit., p. 499.

5

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

SUMÁRIO: 5.1 Introdução – 5.2 Considerações preliminares: o princípio da legalidade: 5.2.1 Ilegitimidade de penas fixas; 5.2.2 Exigência de pena mínima; 5.2.3 Exigência de pena máxima; 5.2.4 Ilegitimidade de margem penal excessivamente ampla; 5.2.5 Relação proporcional entre pena mínima e pena máxima – 5.3 Segue: a possibilidade de quantificação das penas – 5.4 Conteúdo e alcance da proporcionalidade em sentido estrito – 5.5 Diversidade entre valor do bem jurídico e desvalor da conduta incriminada: 5.5.1 Intensidade da agressão ou do perigo; 5.5.2 Modalidade da conduta – 5.6 Considerações sobre todo o sistema penal – 5.7 Proporcionalidade absoluta e proporcionalidade relativa – 5.8 A proporcionalidade como um juízo relativo – 5.9 A utilidade do *tertium comparationis* – 5.10 A proporcionalidade *stricto sensu* em algumas situações especiais: 5.10.1 Pluralidade de interesses envolvidos; 5.10.2 Diferenciação a partir do elemento subjetivo do tipo; 5.10.3 Especialidade da norma; 5.10.4 Normas que contêm várias condutas incriminadas – 5.11 O papel do consenso e do alarme social no estabelecimento da medida da pena.

5.1 Introdução

O conceito de proporcionalidade em sentido estrito, ou proporcionalidade material,¹ encontra-se, também, relacionado ao campo de verificação do significado dos valores objetos de tutela, sendo que uma vez incriminada a conduta afrontosa ao bem jurídico digno de proteção penal, tem lugar a ulterior questão acerca da identificação da *medida* da resposta sancionatória; o que há de ser verificado, nesta etapa, é a influência que os limites derivados de princípios superiores geram na atividade

⁽¹⁾ Nomenclatura utilizada por Moscarini, ao se referir a este princípio no direito alemão (Anna Moscarini, op. cit., p. 133).

legislativa consistente em eleger a medida da pena *proporcional* ao delito, ou seja, cabe analisar os parâmetros em relação aos quais a cominação legal da pena deve ser norteada.²

Em trabalho que mostrou, de modo inequívoco, a íntima relação entre o conteúdo das disposições constitucionais e a feição a ser dada ao direito penal, Bricola já salientava que o legislador tem o dever de tutelar penalmente o valor, na sua exata medida constitucional.³ Já se expressava, aí, a noção de que os vários bens com *status* constitucional possuem valores diferenciados, de modo que esta disparidade há que ser observada quando da tipificação, em abstrato, das condutas reprovadas.⁴

Desse modo, a pena legalmente cominada indica a importância que a ordem jurídica atribui ao preceito e ao bem jurídico tutelado. Formula-se a pena com fundamento na gravidade da infração, de maneira que aquela cumpra a função educativa, social-jurídica do direito penal, na definição dos valores cuja proteção é considerada necessária à segurança da coletividade.⁵

Na análise da parte especial do Código Penal, a quantidade de pena cominada assume, desta forma, grande relevância. De um lado, fundamenta e constitui a hierarquia material dos valores penalmente protegidos e, de outro, a hierarquia das formas de tutela de um mesmo interesse, em relação às diversas modalidades de agressão.⁶

Isto significa que o limite que vincula o legislador na fase de formação da norma penal não diz respeito, exclusivamente, à escolha da qualificação de uma conduta como ilícito penal, mas, também, à graduação da sua sanção: é o aspecto implícito na indicação do “significado” da lesão. As entonações do juízo que está na base desta indicação constitucional são muito lineares: se é verdade que a liberdade pessoal tem um valor proeminente na Constituição, e que cada restrição sua, principalmente aquelas

⁽²⁾ Michele Papa. Op. cit., p. 687.

⁽³⁾ Teoria generale del reato..., cit., p. 17.

⁽⁴⁾ Neste sentido, na doutrina nacional, também observa Cernicchiaro que “a pena é proporcional ao delito”, e a sua mensuração dá-se de acordo com a maior ou menor repulsa do fato (Luiz Vicente Cernicchiaro e Paulo José da Costa Júnior. *Direito penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 152).

⁽⁵⁾ Anibal Bruno. *Direito penal I*. Parte geral, tomo 3.º – Pena e medida de segurança. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 100.

⁽⁶⁾ Gaetano Insolera. Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali. In: Insolera, Mazzacuva, Pavarini e Zanotti (Orgs.). *Introduzione al sistema penale*. Torino: G. Giappichelli, 1997. vol. I, p. 281.

acompanhadas de sanções penais, pode ocorrer apenas para balancear a lesão de um valor constitucionalmente significativo, resulta, logicamente, que a restrição da liberdade pessoal poderá ser adotada em medida crescente, segundo a importância do bem constitucional agredido.⁷

Ocorre, entretanto, que embora seja a partir da Constituição que se definem quais os bens jurídicos aptos a serem tutelados criminalmente, é sabido que o texto constitucional não dispõe, ao menos explicitamente, sobre eventual hierarquia entre eles. Neste ponto, surge a dificuldade, que beira a impossibilidade, de se identificar a quantidade de pena constitucionalmente devida para cada tipo incriminador.⁸

Por esse motivo, a análise da racionalidade político-criminal encontra seu momento de maior dificuldade quando, uma vez ultrapassada a etapa relativa à verificação do conteúdo da norma incriminadora, tem lugar o exame sobre a medida da pena. O momento da cominação legislativa da pena, ou da quantificação da sanção, é, desta maneira, o que mais se encontra subordinado à discricionariedade legislativa, e isto se prende, justamente, à dificuldade de racionalizar a passagem do plano qualitativo da valoração para o plano quantitativo da medida da pena ótima para a realização da tutela.⁹

É nesse contexto que se insere a observação de que a maior dificuldade que envolve o princípio da proporcionalidade em sentido amplo diz respeito, justamente, à concretização da relação valorativa, em virtude da qual se determina que “este” fato merece “esta” pena, seja no plano abstrato como no concreto,¹⁰ ou ainda a constatação de que a proporcionalidade em sentido estrito difere significativamente dos demais subprincípios da proporcionalidade quanto ao seu caráter eminentemente subjetivo.¹¹

5.2 Considerações preliminares: o princípio da legalidade

O estudo acerca da proporcionalidade das penas relativamente aos delitos às quais se encontram vinculadas pressupõe a verificação do alcance do princípio da legalidade das penas, anteriormente referido. Desta for-

⁽⁷⁾ Franco Bricola. Teoria generale del reato..., cit., p. 18-19.

⁽⁸⁾ Francesco Palazzo. *Offensività...*, cit., p. 368-369.

⁽⁹⁾ Idem, ibidem, p. 373-374.

⁽¹⁰⁾ Jesús María Silva Sánchez. *Aproximación al derecho penal contemporâneo*. Barcelona: Bosch, 1992. p. 260.

⁽¹¹⁾ Xavier Philippe. *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*. Paris: Economica, 1990. p. 45.

ma, torna-se necessário reexaminar a imposição constitucional no sentido de que *não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal* (art. 5.º, XXXIX), para definir os critérios legais a partir dos quais há que se fundamentar a análise de proporcionalidade em sentido estrito, no direito penal.

Esta análise consiste, então, em identificar os vínculos e limites constitucionais impostos ao legislador ordinário, derivados do princípio da legalidade, a serem observados no momento de se estabelecer as penas proporcionais às diversas afrontas aos bens jurídicos penais.

5.2.1 Ilegitimidade de penas fixas

Caso o princípio da legalidade fosse levado a seu extremo, no sentido político de representar importante freio ao arbítrio judicial na aplicação das leis, o mais elevado grau de precisão legal sobre a quantidade de pena a ser aplicada no caso concreto seria assegurado por um sistema de penas fixas, isto é, por penas que indicassem grandezas numéricas específicas para cada tipo de delito. Não é por acaso que foi esta a opção adotada pelo Código Penal francês de 1791, por exemplo, numa expressão clara das preocupações iluministas quanto ao arbítrio judicial.¹²

Ocorre, entretanto, que a aplicação da pena ao caso concreto não se encontra orientada apenas pelo princípio da legalidade. Ao contrário, neste momento da aplicação do direito ao fato histórico, cabe ao intérprete da lei adequar a pena a este; significa que o órgão julgador deve promover a individualização da pena (art. 5.º, XLVI, da CF) a partir das situações de fato apuradas, referentes à gravidade do fato e à culpabilidade do agente.

Nesse sentido justifica-se a afirmação de que previsões sancionatórias rígidas não se encontram em consonância com a feição constitucional do direito penal.¹³ Pode-se dizer, desta forma, que a previsão legal das penas pressupõe, quando da aplicação do direito à situação fática, uma discricionariedade por parte do juiz (vinculada e limitada por critérios legais), que valorará as circunstâncias em que se deu o fato ilícito, e indicará a melhor pena *in concreto*, dentro da margem preestabelecida pela

⁽¹²⁾ Aníbal Bruno. Op. cit., nota 1, p. 101; Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini. *Corso di diritto penale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1999. p. 199-200.

⁽¹³⁾ Neste sentido, a Sentença 50/80 da Corte Constitucional italiana, citada por Grosso, *Illegittimità costituzionale delle pene eccessivamente discrezionali*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1992, p. 1.477.

lei.¹⁴ Evidencia-se, ainda, que a existência desta margem dentro da qual deve o aplicador escolher a pena a ser imposta permite que a pena concreta apresente-se, também, proporcional à real gravidade do delito, dentro da inteira gama de comportamentos subsumíveis ao tipo incriminador.¹⁵

Além disso, a consideração da pessoa do infrator e o escopo de prevenção especial impõem, na determinação da medida penal, a ponderação de condições não apenas de fato, mas relativas ao próprio homem, agente infrator, de modo a considerar, inclusive, sua personalidade. Assim, a possibilidade de ajuste da medida punitiva não apenas à figura típica abstrata, mas ao crime vivo que venha a surgir como ato do homem em determinadas circunstâncias, é desde logo prevista e regulamentada pelo direito penal.¹⁶ Uma vez que o legislador não pode promover a mais adequada in-

⁽¹⁴⁾ Sobre a discricionariedade judicial no momento da aplicação da pena, ver Ferrando Mantovani, *Diritto penale...*, cit., p. 815 e ss.

⁽¹⁵⁾ Carlo Frederico Grosso. Op. cit., p. 1.477.

⁽¹⁶⁾ É neste sentido a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal: “Mostra-se fundamentada a sentença penal no que tenha sido fixada a pena acima do mínimo previsto para o tipo, caso conste do teor da decisão alusão aos péssimos antecedentes do acusado e o grau de culpa. O princípio isonômico tem a razão de ser na igualdade dos envolvidos. Na apenação de co-réus o órgão julgador deve ter presente as circunstâncias judiciais, caminhando, necessariamente, para a individualização das penas. O fato de a sentença contemplar penas diversas não gera a presunção de nulidade, devendo ser perquiridos os motivos que conduziram à configuração do quadro” (HC 69.256-RJ, rel. Min. Marco Aurélio, *RTJ* 142/602). Também, aquela Corte já decidiu: “A norma consubstanciada no art. 29 do CP, que contém atenuações ao princípio da unidade do crime, não impede que o magistrado, ao proferir a sentença penal condenatória, imponha penas *desiguais* ao autor e ao co-autor da prática delituosa. A possibilidade jurídica desse tratamento penal *diferenciado* justifica-se, *quer* em face do próprio princípio constitucional da individualização das penas, *quer* em função da cláusula legal que, inscrita no art. 29, *caput, in fine*, do CP, destina-se a ‘minorar os excessos da equiparação global dos co-autores’ (Paulo José da Costa Júnior). Justifica-se, desse modo, a imposição de condenação penal, em níveis objetivamente mais graves, ao *autor* do delito de latrocínio” (HC 70.022-RJ, rel. Min. Celso de Mello, *RTJ* 151/508). Neste sentido, também, é a decisão do Superior Tribunal de Justiça: “Ao estabelecer o aumento de pena de roubo, deve o juiz considerar, não a gravidade abstrata do delito, como sói acontecer quando se faz caso apenas quantitativamente das causas especiais, mas, sim, a sua gravidade concreta para, desse modo, fixar o *quantum* de pena, na extensão do aumento, que vai de um mínimo a um máximo (CP, art. 157, § 2.º). A consideração só quantitativa das causas especiais de aumento de pena, submetidas a regime alternativo, é expressão, em última análise, da responsabilidade penal objetiva,

dividualização da pena – posto que a realidade do crime, para ele, não é fato concreto mas tipo abstrato –, a legislação não só admite e assegura, como também disciplina a possibilidade de individualização da pena pelo judiciário – como se dá, por exemplo, por meio do art. 59 do CP brasileiro.¹⁷

Dessa forma, o espaço existente entre o mínimo e o máximo de penas previstas permite ao juiz individualizar com maior precisão a sanção, tornando-a o mais “personalizada” possível, dentro das condições do caso concreto referentes à gravidade do fato e à culpabilidade do agente. A possibilidade que tem o juiz de aplicar a pena de acordo com o fato histórico permite, por outro lado, que a pena seja medida de acordo com as específicas exigências de reeducação do condenado, o que facilita o alcance da sua finalidade.¹⁸

É por isso que se diz que a predeterminação de um espaço entre a mínima e a máxima pena legalmente prevista constitui verdadeiro ponto de equilíbrio entre as exigências de legalidade e de individualização da pena, cabendo ao aplicador da lei escolher a pena proporcional a cada específico caso concreto.¹⁹ Pode-se dizer, também, que a exigência da proporcionalidade

enquanto a qualitativa é própria do direito penal da culpa e atende aos imperativos da individualização da pena, permitindo, *ad exemplum*, que uma única causa especial de aumento alternativa possa conduzir o *quantum* de pena para além do mínimo legal do aumento, que, em contrapartida, pode ser insuperável diante do caso concreto, mesmo em se caracterizando mais de uma causa especial de aumento dessa espécie”. Em outros tribunais, ainda, há decisões no mesmo sentido: “A extrema intensidade do dolo e as gravíssimas conseqüências do delito, devidamente delineadas no decreto condenatório, podem autorizar a fixação da pena em grau máximo, tendo em vista que a dosimetria da reprimenda há de ater-se à proporção do delito e adequar-se às características individuais do réu, exercendo função de terapia jurídica e visando à readaptação social do condenado, sem olvidar a principal função preventiva da pena” (Ap 222.776-7, do TAMG, rel. Juíza Myriam Saboya, RT 777/703).

⁽¹⁷⁾ Anfbal Bruno. Op. cit., p. 102.

⁽¹⁸⁾ Stefano Corbetta. Op. cit., p. 165. Observa também Cernicchiaro ser necessário que a pena cominada indique o grau máximo e o grau mínimo dos valores entre os quais cabe ao juiz valorar a situação concreta, pois a possibilidade desta oscilação é essencial para a própria natureza do seu poder discricionário (Luiz Vicente Cernicchiaro e Paulo José da Costa Júnior. Op. cit., p. 150).

⁽¹⁹⁾ Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini. *Corso di diritto penale...*, cit., p. 220. Na legislação penal brasileira, o art. 172 da Lei 5.474/1968 introduziu uma pena de multa que flagrantemente afronta a proibição de se estabelecer penas fixas. Para o delito de duplicata simulada havia a previsão legal de multa de 20% sobre o valor da duplicata, o que evidentemente impedia a individualização. Conforme

lidade *in concreto* conduz, necessariamente, à perplexidade da consideração de penas legislativamente previstas em medidas fixas.²⁰

5.2.2 Exigência de pena mínima

A justificativa para a previsão de um mínimo legal de pena encontra-se relacionada com o desvalor do fato ofensivo ao bem jurídico. Partindo-se do pressuposto de que a medida da pena expressa uma quantificação dos valores sociais, uma vez que quanto mais precioso for o bem tanto mais elevada será a pena a quem o ofender, é possível colocar as ofensas aos bens jurídicos ao lado das penas juridicamente possíveis e, assim, apurar a escala de valores da sociedade.²¹ Realizada esta correspondência, inverte-se a fórmula tradicional e a ofensa do delito é que deve corresponder ao dano da pena, de modo que a proporção a ser verificada é entre estes dois valores negativos. Dessa forma, segundo Padovani, a fixação do mínimo legal de pena *in abstracto* cumpre a função de ratificar, em absoluto, a colocação hierárquica do bem tutelado, evidenciando o último grau ao qual pode ser baixada a sua tutela jurídico-penal.²² Isso significa que o mínimo abstrato constitui a garantia do bem tutelado, ou a medida da sanção necessária e proporcionada à sua proteção; o mínimo

demonstra Cernicchiaro, trata-se de exemplo típico de pena fixa, que impede o manejo dos fatores que o juiz deve ponderar para adaptar a norma ao fato concreto. Diz o referido autor que independentemente das características do caso concreto, a pena seria sempre a mesma, um percentual fixo, invariável, individualizável. Acrescenta, ainda, que “pouco importa, então, o dolo ser direto ou eventual, maior ou menor a censurabilidade ao agente, a vida *ante acta* do autor, o comportamento da vítima, a reparação total ou parcial de eventual dano. Enfim, negativa completa do princípio da individualização, que traz ínsito o poder discricionário do juiz” (Luiz Vicente Cernicchiaro. Op. cit., p. 151).

⁽²⁰⁾ Francesco Palazzo. *Introduzione...*, cit., p. 67.

⁽²¹⁾ Jhering apud Tullio Padovani. *La disintegrazione...*, cit., p. 445.

⁽²²⁾ Tullio Padovani. *La disintegrazione...*, cit., p. 445-446. Em sentido oposto, sustenta Ferrajoli que uma pena detentiva, ainda que breve, além do seu caráter de desonra imposto a quem a recebe, pode ocasionar uma aflição superior à vantagem perseguida, mesmo por crimes que não são considerados leves. Deste modo, pelo menos com relação às penas detentivas, não se justificaria a estipulação de um mínimo legal, uma vez que seria oportuno confiar ao poder equitativo do juiz a escolha da pena abaixo do limite máximo estabelecido pela lei, sem vinculá-lo a um limite mínimo ou vinculando-o a um limite mínimo excessivamente baixo (Luigi Ferrajoli. Op. cit., p. 397).

de pena cominada expressa, definitivamente, a dialética entre *favor libertatis* e a necessidade de tutela.²³

Ainda seguindo a ordem de que a ofensa do delito deve corresponder ao dano da pena, é possível reconhecer a necessidade da pena mínima com base no princípio da ofensividade. Se o legislador deve elevar à categoria de ilícito criminal apenas os fatos que ofendam, objetiva e significativamente, o bem jurídico tutelado, o princípio da ofensividade também atua no plano judicial, onde cabe ao juiz avaliar, no caso concreto, se a conduta, efetivamente, lesionou ou colocou em perigo o bem jurídico.²⁴ Dessa forma, nas hipóteses em que a conduta amolda-se apenas formalmente à descrição típica, de modo que a ofensa causada ao bem pode ser considerada *insignificante*, tanto a doutrina como a jurisprudência admitem não ser o caso de considerar penalmente relevante o fato, ocasionando a absolvição de quem o praticou.²⁵ Argumenta-se, para isso, que nas situações em que o bem jurídico é afetado de forma ínfima, o conteúdo do injusto é tão pequeno que não prospera nenhuma razão para a imposição da pena, de modo que *mesmo que a mínima pena fosse aplicada, ainda seria desproporcional à gravidade do fato*.²⁶ Pode-se concluir, daí, que caso não fosse exigí-

⁽²³⁾ Fausto Giunta. L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio. *L'effettività della sanzione penale*. Kluwer Ipsa Editore, 1998. p. 31-32.

⁽²⁴⁾ Ferrando Mantovani. Il principio di offensività..., cit., p. 334-335.

⁽²⁵⁾ Neste sentido, entre outros, Diomar Ackel Filho, O princípio da insignificância no direito penal, *JTACrimSP* 94/72-77, São Paulo, abr.-jun. 1988; José Luis Guzman Dalbora, La insignificancia: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 14/41-82, São Paulo, abr.-jun. 1996; Maurício Antonio Ribeiro Lopes, *Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95: juizados especiais penais e da jurisprudência atual*, São Paulo: RT, 1997; Carlos Vico Mañas, *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*, São Paulo: Saraiva, 1994 e Odone Sanguiné, Observações sobre o princípio da insignificância, *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, 1990, vol. 3, p. 47 e ss.

⁽²⁶⁾ Carlos Vico Mañas. Op. cit., p. 58. Neste sentido, também Dalbora, quando sustenta que, do mesmo modo como se tem protegido certos bens jurídicos somente contra certos tipos de ataque, é natural que a incidência do direito penal comece somente a partir de determinada intensidade do dano, (José Luis Guzman Dalbora. Op. cit., p. 74). E, também, Toledo relaciona o princípio com a gradação qualitativa e quantitativa do injusto, de modo a permitir que o fato insignificante seja excluído da tipicidade penal (Francisco de Assis Toledo. *Princípios básicos de direito penal*: de acordo com a Lei n. 7.209 de 11.07.1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 133).

vel o estabelecimento legal de um mínimo de pena correspondente ao desvalor do fato, poderia ela ser diminuída até que chegasse a corresponder ao desvalor concreto da conduta, e ao direito penal passaria a pertencer uma imensa gama de comportamentos cujo conteúdo lesivo é penalmente desprezível (posto não ofender o bem jurídico a ponto de merecer, nem mesmo, a pena mínima cominada). Daí ser possível relacionar a necessidade da pena mínima, no plano legislativo, com a garantia do respeito ao princípio da ofensividade, no plano judicial.

Dessa forma, podem ser criticadas, a título de exemplo, as várias disposições normativas contidas na Lei 4.737/1965 (Código Eleitoral); neste diploma legal é possível vislumbrar tipos penais onde inexiste a previsão abstrata de um mínimo de pena a ser aplicada pelo seu intérprete. É o caso dos arts. 295, 297, 298, que prevêm para as infrações neles descritas, respectivamente, detenção *até 2* (dois) meses, detenção *até 6* (seis) meses e reclusão *até 4* (quatro) anos. Não se discute, nestas hipóteses, que faltou ao legislador indicar de maneira explícita o valor da reprovabilidade mínima da conduta descrita, ou melhor, o desvalor do comportamento descrito que o tornou apto a ser incluído entre as infrações penais.

5.2.3 Exigência de pena máxima

A previsão de pena determinada no mínimo mas indeterminada no máximo encontrar-se-ia, também, em contraste com o princípio da legalidade da pena, uma vez que a ausência de um limite legislativo máximo permitiria uma valoração pelo órgão julgador das situações concretas (gravidade do fato e culpabilidade do réu), de modo a possibilitar a imposição de penas exageradamente altas, podendo chegar a caracterizar arbítrio judicial.²⁷

A existência de um máximo de pena *in abstracto* caracteriza a mais importante garantia decorrente do princípio da legalidade penal, representando uma exigência de segurança jurídica e de garantia individual. Em termos políticos, garante-se a liberdade do cidadão frente à intervenção estatal arbitrária, por intermédio da certeza do direito – posto que, de antemão, já é conhecido o limite máximo que a punição pode alcançar.²⁸

⁽²⁷⁾ Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini. *Corso de diritto penale...*, cit., p. 222.

⁽²⁸⁾ Luiz Regis Prado. *Curso de direito penal brasileiro...*, cit., p. 112. Neste sentido também Quintero Olivares, ao enfatizar que o risco de um mau uso do arbítrio judicial deve ser evitado, num Estado de Direito, por meio da fixação de limites máximos das reações penais (Gonzalo Quintero Olivares. *La reforma penal en España. Doctrina Penal*, 1984. p. 697).

O máximo abstrato de pena constitui, por sua vez, expressão da garantia da culpabilidade, posto ser a medida extrema do sacrifício que se pode impor ao autor do delito a fim de que corresponda às circunstâncias do caso concreto e sirva para que outros não sigam o exemplo negativo do delito; essa medida máxima representa o limite até o qual o ordenamento está disposto a assegurar a eficácia concreta da tutela penal, representando, conforme assinalado, a dialética entre necessidade de estabilização social e princípio de culpabilidade.²⁹ É esta, aliás, a sinalização presente no Projeto de reforma do Código Penal italiano (elaborado sob a presidência de Grosso), onde vem assinalado o papel do limite máximo da medida da pena em proporção com a culpabilidade, significando – como se explicita na Relação – que a persecução de objetivos de reeducação pode justificar uma fuga do critério de proporção entre pena e culpa exclusivamente a favor do condenado.³⁰

5.2.4 Ilegitimidade de margem penal excessivamente ampla

Conforme antes mencionado, a fim de que seja respeitado o imperativo da individualização da pena ao caso concreto, impõe-se que as penas devem, necessariamente, ser discricionárias, cabendo ao órgão julgador adequar a pena *in abstracto* às características do delito e às qualidades do seu agente.³¹

No entanto, não obstante a necessidade de conferir ao intérprete legal a possibilidade de ajustar a lei ao caso concreto, a margem legal fornecida pelo legislador não pode ser excessivamente discricionária, de modo a consentir que o poder do juiz substitua a escolha reservada ao legislador.³²

A correta interpretação do princípio da legalidade das penas implica que o legislador explicita com clareza a sua valoração do fato, por meio da indicação das penas mínima e máxima. Tal exigência encontra-se presa ao fato de que a verificação de margens penais excessivamente amplas propicia uma certa confusão valorativa, uma vez que afrontas a bens jurídicos de diferentes níveis acabam sendo punidas de forma semelhante;

⁽²⁹⁾ Tullio Padovani. *La desintegrazione...*, cit., p. 446; Giunta. *Op. cit.*, p. 32.

⁽³⁰⁾ Emilio Dolcini. *Riforma della parte generale del Codice e rifondazione del sistema sanzionatorio penale. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2001. p. 844-845.

⁽³¹⁾ Carlo Frederico Grosso. *Op. cit.*, p. 1.474.

⁽³²⁾ *Idem*, *ibidem*, p. 1.474-1.475.

quanto mais ampla for a margem penal para um determinado tipo de delito, maior é a semelhança entre todas as margens penais entre si, e como consequência será menor a medida em que as margens penais representam uma vinculação do legislador aos desvalores atribuídos a cada específica espécie delituosa.³³

Ainda quanto à proibição de margens penais excessivamente amplas, vale lembrar que a determinação dos valores máximo e mínimo da pena legalmente cominada constitui verdadeiro limite ao poder judicial, de modo a impedir que o órgão julgador estabeleça, discricionariamente, não apenas o desvalor do fato concreto, mas a própria regra abstrata da quantificação da pena.³⁴ Desse modo, a tarefa do intérprete consiste em aplicar a sanção proporcionalmente ao ilícito cometido, considerando a valoração legislativa no sentido de cominar o mínimo aos casos que, adequando-se ao mesmo tipo penal abstrato, demonstrarem menor lesividade ao bem jurídico e cujos agentes apresentarem menor grau de culpabilidade, assim como impor o máximo aos casos em que se evidenciarem maior gravidade na ação e maior culpabilidade do agente.³⁵ Entretanto, nas hipóteses em que se verifica ampla margem entre os limites mínimo e máximo da pena cominada, é freqüente ocorrer desrespeito aos princípios da igualdade e da segurança jurídica, pois a amplitude de possibilidades de penas a serem aplicadas *in concreto* pode ocasionar grandes diferenças, por parte dos diversos órgãos julgadores, na hora de impor a sanção. Além disso, da existência de margens penais excessivamente amplas deriva, também, a tendência a se aplicar a pena em seu mínimo legal. Segundo Zipf, em lição recordada por Álvarez García,³⁶ em tais casos não chegam a ser aplicadas sanções em seu limite máximo, podendo-se constatar uma perda de segurança por parte do juiz; como consequência, na maioria dos casos, surgem margens judiciais muito mais restritas, as quais abarcam apenas uma parte da margem punitiva legal.

Assim, se a margem existente entre as penas máxima e mínima for demasiadamente ampla (o que também ocorre nas hipóteses de inexistência de limites máximo ou mínimo), torna-se ela inidônea para evidenciar a

⁽³³⁾ Zipf apud Francisco Javier Álvarez García. *Consideraciones...*, cit., nota 410, p. 186.

⁽³⁴⁾ Pasquina Maizzi. *Limiti edittali della pena e principio di legalità: a proposito dell'illegitimità costituzionale dell'art. 122 C.P.M.P. Giurisprudenza Costituzionale*, 1992. p. 4.430.

⁽³⁵⁾ Carlo Frederico Grosso. *Op. cit.*, p. 1.478.

⁽³⁶⁾ *Consideraciones...*, cit., p. 184-185.

escolha legislativa quanto à gravidade abstrata do delito – não apenas a gravidade abstrata da conduta incriminada carece de significado valorativo, como o próprio legislador “confessa” implicitamente que inseriu num único tipo penal hipóteses criminosas de gravidade visivelmente diversas³⁷ –, e o juiz, quando da determinação concreta da pena, acaba substituindo a valoração legislativa, violando, desta forma, o princípio da reserva de lei.³⁸

5.2.5 Relação proporcional entre pena mínima e pena máxima

Importa observar, segundo salienta Padovani,³⁹ que a proporcionalidade entre delitos e penas não precisa chegar ao ponto de impor soluções matemáticas entre estes dois institutos, de forma a gerar leis minuciosas e complicadas. No entanto, a fim de que se contemplem no ordenamento jurídico leis capazes de indicar, por meio das penas cominadas, uma quantificação racional da reprovabilidade da conduta afrontosa ao bem jurídico, torna-se necessário que as margens mínima e máxima da pena cominada *in abstracto* correspondam a uma razão fixa, de modo que o máximo represente um múltiplo definido do mínimo. Como já foi observado, mínimo e máximo cominados não correspondem a uma idêntica função: enquanto o mínimo indica a colocação hierárquica do interesse protegido, tendo-se em vista as possíveis modalidades de sua ofensa, e indica o último degrau abaixo do qual não se pode prescindir da tutela penal, o máximo abstrato responde à exigência de assegurar uma tutela eficaz, que marca seu limite extremo. Este limite, por sua vez, não pode ter outro fundamento senão em termos de proporção; isto significa que o máximo deve assumir uma relação constante com a entidade que esta proporção é expressa em seu balizamento inferior. A entidade do múltiplo e, portanto, a amplitude do espaço entre as cominações mínima e máxima, deve considerar a exigência de contemplar a certeza da pena com a sua necessária individuali-

⁽³⁷⁾ Francesco Palazzo. *Prevenzione generale...*, cit., p. 1.736.

⁽³⁸⁾ Luiz Regis Prado. *Curso de direito penal brasileiro...*, cit., p. 114. Na experiência jurídica italiana, a Corte Constitucional daquele país declarou inconstitucional o art. 122 do CP Militar que previa, para o delito de violação de coisa sob a responsabilidade de militar encarregado de guardá-la, a pena de 2 (dois) a 24 (vinte e quatro) anos de reclusão militar. O fundamento da inconstitucionalidade encontrava-se no excessivo espaço entre o máximo e o mínimo de pena previstos, que respeitava apenas formalmente o princípio da legalidade (reserva de lei) e contrastava de forma evidente com o princípio da taxatividade (Sentença 299/92) (Carlo Frederico Grosso. *Op. cit.*, p. 1.477-1.479).

⁽³⁹⁾ La disintegrazione..., cit., p. 451-452.

zação, reduzindo entre limites “fisiológicos” o poder discricionário do juiz que, com frequência, assume funções arbitrárias.

No direito penal brasileiro é flagrante o desrespeito à recomendação do princípio da proporcionalidade. Pode-se verificar a grande aleatoriedade com que são formulados os preceitos secundários das normas incriminadoras, sem qualquer preocupação em limitar, mediante a utilização de algum critério, a razão entre o tempo mínimo de pena privativa de liberdade e seu limite máximo.

Em primeiro lugar, o fato de inexistir um critério geral que estabeleça uma proporção entre o mínimo e o máximo de pena faz com que, para alguns delitos, seja permitido aumentar a pena em até doze vezes, por motivos de prevenção geral, ao passo que, em outros, o aumento é bem menor. A subtração de incapazes, por exemplo, tem como pena cominada uma variação de dois meses a dois anos de detenção, ao passo que o delito de maus-tratos tem como pena prevista a detenção de dois meses a um ano, a lesão corporal tem como pena a detenção de três meses a um ano e o seqüestro e cárcere privado, em sua modalidade simples, prevê a reclusão de um a três anos. Nestes quatro exemplos, tomados aleatoriamente do Código Penal, percebe-se que, na primeira hipótese aventada, o legislador consentiu que a pena *in concreto* possa superar em doze vezes aquilo tido como minimamente necessário para proteger o bem jurídico em questão, ao passo que no segundo exemplo admite-se que a tutela mínima sofra um aumento de até seis vezes para garantir que sejam atendidas as exigências de culpabilidade do autor; no terceiro exemplo mencionado a tutela mínima dispensada ao bem jurídico pode ser aumentada em quatro vezes e, no quarto exemplo, esta possibilidade limita-se a apenas três vezes para assegurar a devida proteção ao bem jurídico. Evidente, portanto, a desigualdade expressa nestes tipos, e que permeia toda a parte especial e a legislação extravagante em matéria penal.

Por outro lado, a irregularidade na proporção entre valores mínimo e máximo da pena cominada faz com que haja uma evidente confusão no âmbito social acerca da gravidade das infrações, e especialmente sobre a gravidade relativa de uns delitos em relação aos outros. Tome-se os exemplos dos arts. 121, *caput* e 159, *caput*, do CP. Enquanto para o homicídio simples foi prevista uma pena de reclusão variável de seis a vinte anos, para a extorsão mediante seqüestro previu-se a reclusão entre oito e quinze anos. Como se percebe, são dois exemplos bastante ilustrativos da incoerência que permeia a legislação penal brasileira, uma vez que não é possível visualizar, de maneira clara, qual dos delitos é o considerado mais grave pelo legislador, ainda que contenham previsões de penas bem distintas entre si.

No primeiro caso, a pena mínima é menor do que a do segundo, o que sugeria ser aquele menos grave do que este; no entanto, a pena máxima prevista para o homicídio supera em cinco anos aquela prevista para a extorção mediante seqüestro, o que induz ser aquele um delito mais grave do que este. Ressalte-se que o exemplo não é isolado no ordenamento, podendo ser alcançada a mesma conclusão a partir da comparação entre as reprimendas previstas para o art. 231, *caput*, do CP, e o art. 239 do ECA.⁴⁰

Dessa forma, evidencia-se a necessidade de que a relação entre o mínimo e o máximo de pena cominada também se oriente segundo um critério de proporção, onde o máximo cominado deve encontrar-se numa relação constante com a quantificação proporcional do delito expressa na pena mínima prevista, se o ordenamento almejar coerência interna e igualdade nos critérios de cominação penal, por exemplo.⁴¹

5.3 Segue: a possibilidade de quantificação das penas

Após as revoluções burguesas, a pena criminal passou a significar não mais uma aflição corporal a ser imposta ao condenado, mas apresenta um caráter de privação de determinados bens, por determinado período de tempo. Há que ser salientado o fato de que, na passagem para o Estado Democrático de Direito, houve um processo de formalização e tipificação da reação estatal perante o delito, de modo que as penas passaram a conter um

⁽⁴⁰⁾ Para o tráfico de mulheres comina-se uma pena de reclusão de três a oito anos, enquanto a conduta consistente em “promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro” é punida com reclusão variável de quatro a seis anos.

⁽⁴¹⁾ Argumenta neste sentido, também, Pagliaro, ao lembrar que no projeto de Código Penal italiano elaborado pela Comissão por ele presidida e finalizado em dezembro de 1991, foram estabelecidos níveis sancionatórios predeterminados, com um mínimo e um máximo de pena cominada. Isto se deveu ao fato de que, para cada delito haviam sido fixadas penas mínima e máxima aleatoriamente, sem claros critérios valorativos, que resultou numa legislação totalmente irracional. O trabalho desta comissão consistiu, desta forma, em colocar cada delito dentro de determinada margem de pena preestabelecida, com a vantagem de que todos os delitos postos dentro de certa margem devem significar a mesma gravidade, o que torna mais fácil valorar se a pena cominada escolhida é apropriada à gravidade do ilícito, principalmente em relação às escolhas legislativas realizadas para outros delitos (Antonio Pagliaro. *Principi di diritto penale* – Parte generale. 6. ed. Milano: Giuffrè, 1998. p. 70).

sentido de abstração, sendo postas, pelo Estado, de forma equitativa em relação a todos os cidadãos.⁴²

Embora em sua origem – e até hoje, em alguns ordenamentos – essa privação pudesse significar a própria morte do condenado (privação da vida, nas hipóteses de pena de morte), ou ainda poderia corresponder à limitação da liberdade por tempo indeterminado (no caso da prisão perpétua), no atual ordenamento constitucional brasileiro, encontram-se expressamente excluídas as penas de caráter perpétuo, assim como a pena de morte, em tempo de paz.⁴³

A pena configura-se, então, como uma técnica de privação de bens (seja alguns aspectos da liberdade, seja o patrimônio) sob o pressuposto da sua valorização qualitativa e quantitativa; o que passa a ser considerado quando se fala em pena de prisão, por exemplo, é o tempo de liberdade a ser tolhido do imputado, assim como, nas hipóteses de pena de multa, a propriedade é quantificada pelo dinheiro a ser pago pelo condenado ao Estado. Saliente-se, desta forma, que tanto o tempo de liberdade, como o dinheiro, são passíveis de serem quantificados e, portanto, mensurados. Esta característica confere à pena o caráter de sanção *abstrata e igual*, legalmente predeterminada, seja no que diz respeito à sua natureza, seja na sua característica de privação de um *quantum* (que varia entre um mínimo e um máximo) de valor. O que resulta daí, no que diz respeito à possibilidade de se estabelecer uma proporcionalidade entre a gravidade dos crimes e a medida da pena correspondente, não se limita, apenas, a conferir ao aplicador da lei penal a possibilidade de efetuar um cálculo a partir dos específicos elementos do caso concreto, e impor ao condenado o cumprimento de uma pena adequada à real gravidade do fato por ele cometido, mas, num momento anterior a este, permite ao legislador que valore a natureza do delito e da sua pena, de modo que estabeleça uma correspondência, *in abstracto*, entre a gravidade do fato proibido e a medida da pena cominada, com base na hierarquia de bens e interesses já avaliados como aptos a serem tutelados penalmente.⁴⁴

5.4 Conteúdo e alcance da proporcionalidade em sentido estrito

Ainda que a observância aos pressupostos formais do princípio da legalidade – concorrentes com a possibilidade de se quantificar o desva-

⁽⁴²⁾ Luigi Ferrajoli. Op. cit., p. 386.

⁽⁴³⁾ Em tempo de guerra, a Constituição prevê a possibilidade da privação da vida, uma vez que admite a pena de morte, nos termos do art. 5.º, XLVII, *a*.

⁽⁴⁴⁾ Luigi Ferrajoli. Op. cit., p. 388-389.

lor da conduta reprovada – seja indispensável para a correta aplicação prática do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, é justamente o momento da transformação de valores constitucionais em expressões numéricas (relativas ao tempo de restrição da liberdade, por exemplo) o ponto central da dificuldade inerente ao juízo de proporção entre o delito e a sua respectiva pena.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito constitui o último momento, no âmbito do amplo princípio da proporcionalidade, em que se efetua o juízo a respeito da pertinência constitucional da norma incriminadora. Uma vez que o tipo penal já tenha sido analisado quanto à sua necessidade e idoneidade – e superado tais requisitos –, tem lugar uma valoração comparativa entre o objetivo desejado e o meio para alcançá-lo, de modo que o juízo sobre a proporcionalidade *stricto sensu* impõe que meio e fim devem resultar *proporcionais*, um em relação ao outro.⁴⁵

Esta valoração comparativa diz respeito à intensidade que deve conter o intervento punitivo, posto que quanto mais incisiva for a intervenção penal na esfera jurídica do indivíduo, mais relevante há de ser o interesse geral da coletividade (que com tal intervento se quer perseguir).

Pode-se dizer, então, que o peso e a urgência do interesse geral justificam a intensidade do intervento na esfera individual, o que constitui a primeira grandeza axiológica que deve orientar a valoração comparativa entre meio e fim. O outro elemento a ser considerado é o interesse individual afetado pelo meio, que também é objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico. Desta forma, evidenciam-se os dois componentes presentes na relação entre meio e fim, que depende do peso que têm, *in concreto*, os dois critérios de referência aludidos.⁴⁶ Daí se avalia que este juízo não há de ser realizado abstratamente, mas que há necessidade de concretização da hipótese examinada.⁴⁷

⁴⁵ Diana Urania Galetta. *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano: Giuffrè, 1998. p. 20.

⁴⁶ De forma diferente, Galetta, com base na orientação do Tribunal Constitucional alemão, sustenta que são três os parâmetros a orientar o juízo de proporcionalidade em sentido estrito. Além dos dois critérios referidos (o peso e a urgência do interesse geral, por um lado, e o interesse individual, por outro), a intensidade da intervenção não é entendida como consequência do valor tutelado, mas como terceiro parâmetro a ser considerado nesta análise (Diana Urania Galetta. *Principio di proporzionalità...*, cit., p. 20-21).

⁴⁷ Diana Urania Galetta. *Discrizionalità...*, cit., p. 151.

Ao legislador penal resta, então, ponderar o valor do bem jurídico a ser protegido criminalmente, assim como o desvalor da conduta a ele afrontosa (interesse geral),⁴⁸ com o valor da liberdade ameaçada pela previsão legal de pena à prática da conduta (interesse individual), e estabelecer a medida em que é cabível abrir mão de um direito individual em nome do interesse geral em jogo. Não se trata mais, portanto, de analisar *se* é possível sacrificar um em detrimento de outro, mas *o quanto* isso é possível.

O trabalho de balanceamento entre direitos fundamentais consagrados na Constituição é o que se espera, pois, do mandado de ponderação, próprio do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. A necessária ponderação tem lugar no momento em que uma norma de direito fundamental entra em colisão com outra cujo mandamento diga respeito a outro direito, igualmente fundamental. Isto se dá uma vez que ambas constituem princípios jurídicos, e como tais, quando colidem, está ordenada uma ponderação.

Deste modo, na hipótese de um bem jurídico com índole constitucional que há de ser contrabalançado com o valor da liberdade individual, para a identificação da quantidade de tempo de restrição desta que é *proporcional* à ofensa daquele, não se está mais diante de uma otimização com relação a possibilidades fáticas – que se dá nos juízos de necessidade e idoneidade –, mas, como sustenta Alexy, da relativização referente a possibilidades jurídicas.⁴⁹ Trata-se de buscar o equilíbrio entre valores e bens constitucionais, assim como estabelecer a medida em que é possível estabelecer a precedência de um direito sobre outro.⁵⁰

Importa observar, apenas a título de ênfase do que já foi exposto anteriormente, que a ponderação de valores se dá entre a afronta ao bem jurídico protegido pela norma e a liberdade pessoal ameaçada pela pena. Já foi salientado que é a liberdade pessoal o bem tomado como referência no momento da elevação de outros bens jurídicos constitucionais à cate-

⁴⁸ Embora seja possível elencar uma série de outros critérios capazes de nortear a atividade legislativa relacionada à quantidade de pena a ser cominada para cada específico tipo de delito, tais como o elemento subjetivo do tipo (diferenciação entre tipos dolosos e culposos), “nocividade social” do ataque ao bem jurídico, grau de execução (se o delito deu-se na forma tentada ou consumada, assim como o eventual grau da tentativa), formas de participação do agente na prática do delito etc. – conforme sustenta Aguado Correa, op. cit., p. 289 e ss –, é possível inseri-los todos dentro do critério do desvalor da conduta, que já abrangeria tais variações.

⁴⁹ Op. cit., p. 112-113.

⁵⁰ Suzana de Toledo Barros. Op. cit., p. 80-81.

goria de bem jurídico-penal, mas resta assinalar, ainda, que também no momento da identificação do desvalor atribuído a cada figura delitiva é a liberdade que deve ser tomada como parâmetro. Esta constatação encontra-se presa à verificação, já anunciada, de que em alguns tipos incriminadores encontra-se cominada, ao lado da privação da liberdade, uma determinada multa. Num primeiro momento, verifica-se que o balanceamento dos interesses envolvidos conta com a liberdade de um lado e o bem tutelado de outro; posteriormente, contudo, verifica-se que o fato de haver a previsão legal da multa para certas condutas não pode ser desprezado, o que impõe seja ela considerada nos limites de sua importância. Deste modo, é possível apreender que a existência da multa, concomitantemente à privação da liberdade, indica um desvalor adicional à conduta à qual se encontra relacionada, tendo como parâmetro uma outra figura delituosa para a qual esteja prevista a mesma pena privativa de liberdade, somente. Assim, por exemplo, o tipo penal de seqüestro e cárcere privado qualificados (art. 148, § 1.º, do CP) prevê como resposta punitiva uma pena de reclusão entre dois e cinco anos, ao passo que a apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, *caput*, do CP) vem sancionada com a mesma pena de reclusão referida, acrescida da previsão de multa, de maneira a demonstrar que, num juízo comparativo efetuado pelo legislador, a segunda infração demonstrou-se mais grave. Desta forma, resta claro que, embora a sanção pecuniária possua um valor evidentemente secundário na verificação do desvalor da conduta proibida, este não pode ser desprezado no momento de se estabelecer a arquitetura do sistema penal, devendo ser, dentro dos seus limites, considerada.

Por fim, não se pode esquecer, no processo de ponderação dos interesses constitucionais em jogo, de se considerar o sistema jurídico-penal como um todo, com todas as conseqüências advindas da escolha da medida da pena para cada hipótese abstrata. A necessidade desta consideração ainda no âmbito legislativo, por sua vez, prende-se ao fato de que o ordenamento encontra-se repleto de normas processuais e materiais significativamente influentes no alcance do sentido que cada quantidade de pena *in abstracto* pode apresentar – e por conhecer tais normas, o legislador, no momento da definição das margens penais para os delitos, já aponta para as hipóteses em que se impõem certos ritos processuais, quando podem ou devem ser conferidos determinados benefícios para os condenados, determinadas condições a serem observadas durante a execução penal, e assim por diante. Não seria errado afirmar, neste sentido, que no prato da balança em que o legislador pesa a quantidade de pena proporcional à conduta afrontosa ao bem jurídico-penal, encontra-se também inserido todo o contexto jurídico em que a pena abstrata tornar-se-á concreta.

5.5 Diversidade entre valor do bem jurídico e desvalor da conduta incriminada

Ao se partir do pressuposto de que o direito penal não apresenta, jamais, uma tutela genérica e indiferenciada, mas sempre específica e fragmentária, baseada em modalidades de lesão, não é sempre que a maior relevância de um dado bem jurídico corresponde ao maior desvalor de um específico tipo incriminador a este relacionado. Isto se deve à não necessária coincidência entre o “valor” do bem jurídico em si considerado, e o “desvalor” da conduta expresso no respectivo tipo incriminador.⁵¹

A existência de uma série de fatores diversos do bem jurídico, como, por exemplo, a excessiva especificidade da norma, as possíveis diversidades de estrutura apresentadas, a existência, ou não, de uma valoração quanto ao resultado da ação, a possível pluralidade de interesses tutelados e os diferentes níveis de gravidade da ofensa ao respectivo bem, fazem com que não apenas o bem jurídico tutelado sirva de critério de referência para a valoração acerca de qual seja a pena proporcional ao delito; o desvalor da conduta incriminada apresenta, também, ao lado do valor atribuído ao bem jurídico, importância fundamental no momento da cominação da pena proporcional ao tipo.⁵²

Nas hipóteses em que a proteção de um mesmo bem jurídico constitucional se dá pela incriminação de condutas bastante diferenciadas, resta natural, também, a diferenciação no tocante às penas respectivamente cominadas. Isto não significa, entretanto, que a simples constatação de que há uma diferença nas formas das tutelas oferecidas pelo direito penal autorize que tal fato sirva como argumento para toda e qualquer diferenciação no que diz respeito à pena abstrata. Ao contrário, a constatação de diferenças substanciais no preceito normativo impõe não apenas que estas sejam refletidas no preceito sancionador, mas também na medida das suas diferenciações, de maneira proporcional.⁵³

⁽⁵¹⁾ Michele Papa. Op. cit., p. 705.

⁽⁵²⁾ Idem, ibidem, p. 705-706.

⁽⁵³⁾ Conclusão a que se chega a partir das críticas de Papa à Sentença 162, de 1981, da Corte Constitucional italiana, que excluiu a apreciação da violação ao princípio da proporcionalidade na comparação entre os delitos de homicídio preterdoloso e morte da mulher após a realização de aborto, provocada pelas ações dirigidas a interromper a gravidez, uma vez que, segundo a mencionada Corte, há que se valorar as diversidades estruturais dos tipos sob análise, onde elementos de diversidade sempre influem no juízo comparativo, e justificam a existência de diferenciações (Michele Papa. Op. cit., p. 692).

Nesse sentido, resta claro que as margens penais devem hierarquizar-se segundo o tipo seja de lesão ou perigo, sancionando mais gravemente os delitos de lesão que os de perigo e, da mesma forma, a intensidade das lesões e dos perigos a que são expostos os bens jurídicos apresenta-se como fator determinante.⁵⁴ Percebe-se, assim, que o nível quantitativo da pena cominada assume um específico papel na análise da parte especial, porque funda e constitui, de um lado, a “hierarquia” material dos valores penalmente protegidos e, de outro, a “hierarquia” das formas de tutela de um mesmo interesse, em relação às diversas modalidades de agressões. Pode-se dizer, portanto, que é a partir das sanções, e sobretudo da comparação entre elas, que se obtém os atributos do sistema penal como um todo.⁵⁵

A seguir, serão expostos dois fatores influentes na análise da conduta, que devem, necessariamente, ser considerados pelo legislador penal no momento de realizar o juízo de ponderação quanto à pena a ser cominada para cada espécie delituosa: a intensidade e a modalidade de agressão a um mesmo bem jurídico.

5.5.1 Intensidade da agressão ou do perigo

Ao expressar um específico desvalor do comportamento delituoso, muitas vezes relacionado ao resultado lesivo da conduta, é no próprio tipo incriminador que são encontrados os instrumentos para a valoração da proporcionalidade do tratamento sancionatório.⁵⁶ Como exemplos da gama de gravidades dos vários tipos de ofensa a um mesmo bem jurídico, sob o prima intensivo, podem ser lembradas as disposições sobre a lesão corporal, que prevêem sanções cada vez mais altas, proporcionalmente à gravidade do dano à saúde da vítima;⁵⁷ podem igualmente ser consideradas as disposições incriminadoras que tutelam a honra, uma vez que a diferença quantitativa de pena cominada demonstra os diferentes desvalores contidos nas condutas ofensivas (calúnia, injúria e difamação).

Quanto às infrações de perigo, há que ser salientado não apenas o fato de que nestas hipóteses delituosas está impresso um desvalor menor do que aquele contido em tipos semelhantes, mas que têm como consequência um resultado danoso. Mais do que isso, a própria intensidade do perigo ofere-

⁵⁴ Francisco Javier Álvarez García. *Consideraciones...*, cit., p. 200.

⁵⁵ Gaetano Insolera. *Op. cit.*, p. 280.

⁵⁶ Michele Papa. *Op. cit.*, p. 701.

⁵⁷ Francesco Angioni. *Op. cit.*, p. 207.

cido ao bem jurídico também há de ser valorada no momento da cominação legal da pena, de modo que na incriminação seja considerado, igualmente, o grau de aproximação à efetividade do dano para a delimitação das margens penais. Como exemplos de diferenciação quanto à intensidade do perigo oferecido ao bem jurídico, podem ser lembrados os arts. 270 e 271 do CP, que prevêem as condutas de “envenenar água potável, de uso comum ou particular...”, e “corromper ou poluir água potável, de uso comum ou particular, tornando-a imprópria para consumo ou nociva à saúde”, respectivamente. Nestas duas modalidades criminosas, vislumbra-se a existência de um perigo ao bem jurídico saúde pública, onde se verifica, entretanto, que a primeira conduta descrita o expõe a perigo evidentemente maior do que a segunda; não é por outro motivo, pois, a diferença entre as penas previstas para estes delitos: para o envenenamento de água potável é prevista uma pena de dez a quinze anos de reclusão, ao passo que na hipótese de sua corrupção ou poluição, a reprimenda varia de dois a cinco anos de reclusão.

Embora a gritante diferença na quantidade de pena no exemplo acima proposto possa sugerir uma eventual desproporção entre as reprimendas (uma vez que não parece razoável que a primeira conduta seja considerada cinco vezes mais grave à saúde pública do que a primeira – e mais grave até que o homicídio!), o fato que se procura demonstrar é que envenenar água potável, indiscutivelmente, causa maior perigo à saúde pública do que simplesmente corromper ou poluí-la, o que vem indicado por meio da diferenciação no tocante às reprimendas previstas para ambas as condutas. Não é o que se verifica, todavia, quando da análise dos arts. 129 e 132 do CP: enquanto na primeira hipótese delituosa é prevista a pena de três meses a um ano de detenção para aquele que ofende a integridade corporal ou a saúde de outrem, a mesma pena encontra-se disposta para quem simplesmente expõe a perigo direto e iminente a vida ou a saúde de outrem, em evidente desacordo com a imposição de proporcionalidade.

5.5.2 Modalidade da conduta

Já foi dito que as lesões aos interesses tutelados se dão por diferentes formas de conduta, que não dizem respeito, necessariamente, à intensidade da agressão; isto implica que o específico comportamento descrito também recebe uma valoração por parte do legislador, expresso por meio do grau de reprovabilidade contido na quantidade de pena prevista. O patrimônio, por exemplo, recebe diferentes formas de tutela quando sua afronta se dá por meio da destruição da coisa ou quando se obtém a coisa com a utilização de fraude: tome-se o caso do dano e do estelionato, que constituem condutas bas-

tante diversas e que, por isso, não possuem o mesmo significado valorativo. Outro exemplo a ser citado é o caso da liberdade pessoal que, não obstante seu indiscutível valor digno de tutela penal, é protegida de forma diferenciada, quer sua afronta se dê por meio de uma ameaça escrita de causar mal injusto ou grave, quer se dê mediante seqüestro ou cárcere privado.⁵⁸

5.6 Considerações sobre todo o sistema penal

Uma vez caracterizada a necessidade de tutela penal, assim como a idoneidade da incriminação para oferecê-la, a tarefa legislativa pertinente à determinação do *quantum* de pena a ser prevista para a hipótese delituosa não pode desconsiderar, em hipótese alguma, todos os fatores e características relacionados ao sistema penal, seja no próprio plano abstrato, seja ainda nos âmbitos de aplicação e execução da medida punitiva. Isso implica que não apenas as normas contidas na parte geral do Código Penal devem ser ponderadas, mas igualmente há que se considerar o direito processual penal e, também, outros ramos do ordenamento jurídico que eventualmente influenciem as valorações legislativas penais.

Em outras palavras, o que se sustenta é que ao determinar abstratamente as margens penais, o legislador não apenas arca com todas as conseqüências advindas de tal opção, mas, antes disso, as considera e as avalia, de modo que aquelas acabam mesmo por auxiliar a orientação da atividade elaborativa do ordenamento punitivo do Estado.

Assim, por exemplo, pode-se apreender que a opção por determinar que a pena seja de detenção ou de reclusão já acarreta conseqüências relacionadas às possibilidades quanto ao seu regime de cumprimento (art. 33, *caput*, do CP), interfere na declaração de incapacidade para o exercício do pátrio poder (art. 92, II, do CP), na possibilidade de substituição da internação por tratamento, na medida de segurança (art. 97, *caput*, do CP), sem

⁽⁵⁸⁾ Como aponta Azevedo, muitas vezes a diferenciação do tratamento dispensado pelo legislador ordinário a duas ou mais modalidades de ataque a bens jurídicos expõe uma opção ideológica da legislação. Assim, é feita referência aos delitos de dano e de furto, cujas penas previstas no Código Penal são, respectivamente, de um a seis meses de detenção e de um a quatro anos de reclusão – o que evidencia um prestígio conferido ao resguardo da titularidade do patrimônio sobre os demais valores de convivência. Segundo o autor, “a destruição do patrimônio recebeu pena abrandada, enquanto a simples transferência patrimonial teve pesada sanção jurídica, quantitativa e qualitativamente diversa” (David Teixeira de Azevedo. *Dosimetria da pena: causas de aumento e diminuição*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 93-94).

contar com a limitação ou não para a fiança (art. 323, I, do CPP) ou com os pressupostos para a prisão preventiva (art. 313, I e II, do CPP).

Outro exemplo a ser lembrado diz respeito ao regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, que se baseia na quantidade de pena aplicada ao caso concreto. Assim, ao estabelecer que os condenados à pena superior a oito anos deverão iniciar seu cumprimento em regime fechado, ao passo que os condenados a pena superior a quatro e não excedente a oito anos podem iniciar seu cumprimento em regime semi-aberto e os condenados a pena igual ou inferior a quatro anos podem começar a cumpri-la em regime aberto, o § 2.º do art. 33 do CP fornece importante subsídio a ser considerado pelo legislador na avaliação do valor do bem jurídico em jogo e sua respectiva afronta. Ao determinar as margens penais para a conduta proibida já devem, pois, ser consideradas as implicações decorrentes de determinada quantidade de pena prevista. Dessa forma, por exemplo, se para o roubo simples é prevista como pena mínima quatro anos de reclusão, já se encontra sopesado o fato de que, em se tratando de conduta concreta onde a ação delituosa e as características do agente permitam, o órgão julgador poderá aplicar a pena em seu mínimo legal e, também, determinar o início do seu cumprimento em regime aberto. Em outras palavras, esta possibilidade já deve encontrar-se prevista no momento em que é construído o tipo legal de delito, constituindo, também, critério para a tomada de decisão quanto à dimensão da pena.

Outros exemplos poderiam ser invocados nesse contexto, de modo a evidenciar os mais diversos aspectos do ordenamento jurídico aptos a influenciarem de maneira decisiva no significado das opções legislativas quanto à pena cominada. No entanto, o que há de ser apreendido é o fato de que todas as conseqüências jurídicas de determinada escolha devem ser analisadas, e a decisão normativa resultante desta avaliação há de consentir com seus possíveis desdobramentos.

A consideração de que todos os regramentos do ordenamento jurídico influentes nas opções legislativas penais são avaliados e ponderados quando se escolhe qual é a pena abstratamente proporcional à infração, conduz a uma importante conseqüência para o aplicador da lei penal: *a gravidade abstrata do delito não pode fundamentar qualquer decisão sobre a aplicação, na situação concreta, dos mais diversos institutos jurídicos, mas somente sua gravidade concreta é apta a nortear este tipo de escolha, nas específicas hipóteses onde isto é legalmente permitido.*⁵⁹

⁽⁵⁹⁾ Neste sentido, a decisão do Supremo Tribunal Federal: “Se não houver vedação em razão do *quantum* da pena aplicada, falta idoneidade do fundamento, na gra-

Sob este fundamento, devem ser criticadas todas aquelas decisões em que, a fim de se recusar a aplicação de determinados benefícios na aplicação e execução da pena, argumenta-se no sentido de que a gravidade da infração é incompatível com aqueles, ou que tal gravidade não condiz com determinados tratamentos processuais, quando se sabe que tais ponderações já foram realizadas no momento de determinação abstrata das margens penais.⁶⁰

Embora tenha ocorrido na fase de aplicação da pena, evidente aberração, neste sentido, deu-se no Estado norte-americano do Texas, onde um autor de três furtos de pequeno valor acabou sendo condenado a uma pena demasiadamente longa, incontestavelmente superior àquela que ele merecia, sob o argumento de que a pena a ser efetivamente cumprida não seria aquela imposta, uma vez que, se demonstrasse bom comportamento, faria jus a uma liberdade condicional. Na decisão, ressaltou-se que a pena que acabaria sendo cumprida, na prática, não ofenderia o princípio da proporcionalidade, o que fez com que a decisão não fosse invalidada.⁶¹ Nesta hipótese, resta evidente a desconsideração verificada em relação ao ordenamento como um todo, uma vez que a possibilidade de se conceder liberdade condicional já deveria ter sido sopesada no momento da escolha da pena adequada à situação concreta, e não servir como desculpa para a imposição de uma reprimenda evidentemente maior do que a adequada.

5.7 Proporcionalidade absoluta e proporcionalidade relativa

O significado do princípio da proporcionalidade em sentido estrito relaciona-se com a necessidade de que todos os delitos sejam punidos com uma pena justa, proporcional à gravidade da ação punível, particularmente considerada, e ao mesmo tempo congruente com as outras penalidades previstas para o resto dos delitos existentes na legislação penal.⁶² Por isso,

vidade, em abstrato, do crime de roubo para motivar o agravamento do regime inicial de cumprimento de pena e a recusa do *sursis* deferido” (HC 78.256-3-SP, rel. Min. Néri da Silveira, RT 774/512).

⁶⁰ Neste sentido, por exemplo, a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo: “O regime prisional inicial fechado, apesar de a pena ser inferior a 8 anos de reclusão, é o necessário em face da periculosidade dos agentes, como a resposta mais eficaz e efetiva à criminalidade violenta que assola o país” (ApCrim 209.255-3/8, rel. Des. Bittencourt Rodrigues, RT 744/560).

⁶¹ Disproportionality in sentences of imprisonment..., cit., p. 1.129-1.130.

⁶² Miguel Polaino Navarrete. *Derecho penal* – Parte general. Fundamentos científicos del derecho penal. 4. ed. Barcelona: Bosch, 2001. p. 263.

em termos práticos, a tarefa relacionada à aferição da proporcionalidade *stricto sensu* das normas penais incriminadoras pode se dar de duas formas distintas, capazes de conduzir a dois tipos de soluções diversas.

Como visto, isso ocorre uma vez que é possível, de um lado, avaliar a proporcionalidade entre o delito e a sua pena tendo-se como ponto de partida as características gerais e os atributos constitucionais desta; a partir desses elementos são avaliados os limites ético-jurídicos da “resposta” sancionatória, assim como o âmbito dentro do qual é permitido perseguir a finalidade intimidatória.⁶³ Cabe ao legislador, desta forma, tendo como pressuposto a delimitação de qual seja a ofensa ao bem jurídico que faz jus a uma proibição de caráter penal, identificar qual é a quantidade de pena necessária para fazer com que os indivíduos abstenham-se de praticá-la, não apenas considerando a natureza do bem jurídico sob tutela e a sua forma de agressão, mas, sobretudo, balanceando-os com a restrição à liberdade ameaçada com a cominação da pena criminal. Trata-se, por exemplo, de verificar que, para a ofensa ao bem jurídico “patrimônio”, que se dá por meio da subtração de coisa móvel por pessoa diversa daquela que a possui (crime de furto, previsto no art. 155 do CP brasileiro), é *proporcional* uma privação da liberdade durante um período que varie de um a quatro anos.

Já pela segunda perspectiva, o problema da proporcionalidade entre a incriminação e a medida da pena correspondente insere-se na busca generalizada pela íntima harmonia de todo o sistema jurídico. A pena, ao expressar em termos numéricos uma ordem das relações entre os vários tipos incriminadores, constitui uma referência para se verificar a observância da regra arquetípica que deve guiar o legislador na construção de uma “constelação de delitos”.⁶⁴ Isso significa que a tarefa do legislador consiste em comparar as diversas condutas incriminadas e apreender, a partir da importância dos bens jurídicos analisados e das diferentes agressões por estes sofridas, uma possível diferença entre a gravidade dos comportamentos proibidos, de modo que a quantidade de pena cominada para cada infração há de se diferenciar de acordo com os diversos graus de afrontas aos vários bens jurídicos constitucionais. A título de exemplo, verifica-se a opção do legislador brasileiro ao comparar a ofensa ao bem jurídico “patrimônio” consistente na subtração de coisa móvel por pessoa diversa daquela que a possui, com a utilização de violência ou grave ameaça à pessoa (crime de roubo, previsto no art. 157 do CP), com a ofensa ao mesmo bem jurídico (“patrimô-

⁶³ Michele Papa. Op. cit., p. 688.

⁶⁴ Idem, ibidem, p. 688-689.

nio”), porém por meio de uma conduta considerada menos grave, consistente na destruição, inutilização ou deterioração de coisa alheia (crime de dano, previsto no art. 163 do CP), o que conduziu a uma substancial diferença na quantidade da pena prevista para cada uma das infrações – para o primeiro delito, a pena privativa de liberdade prevista é de quatro a dez anos de reclusão, ao passo que para o segundo, varia de um a seis meses de detenção.

5.8 A proporcionalidade como um juízo relativo

É largo o consenso, na doutrina, no sentido de que a maior dificuldade relacionada ao princípio da proporcionalidade diz respeito à necessidade de tornar concreta a relação valorativa e estabelecer que “este fato merece esta pena”, *in abstracto e in concreto*, uma vez que não são claros os critérios que devem ser adotados para definir qual sanção, ou qual a quantidade de pena, será proporcional a um determinado delito.⁶⁵ Assim sustenta, por exemplo, Karl Larenz, ao ponderar que a exigência de uma medida igual é apenas algo formal enquanto não diz nada sobre qual medida é justa e qual não o é. Para este autor, a idéia de que se deve tratar igualmente os iguais e de forma desigual os desiguais não conduz a nada concreto, posto que não diz nada acerca do modo como devem ser tratados uns e outros.⁶⁶ O mesmo pode ser apreendido de Agrò, ao sustentar que a não coincidência entre igualdade e justiça, ínsita à sua aceção formal, é superada uma vez que iguais são as leis “justas” e desiguais são aquelas “injustas”⁶⁷ – sem com isso indicar o que seja justo e o que seja injusto.

Quando se fala do *quantum* de pena a ser cominada nas diversas hipóteses de crime, devem ser feitas as mesmas considerações no sentido de se respeitar o princípio da necessidade da tutela penal. Se, num primeiro momento, ao se definir quanto à necessidade de que determinado ataque a certo bem jurídico fosse elevado à categoria de crime, foi ponderado que o direito penal deve intervir apenas quando absolutamente necessário para a proteção de bens jurídicos, quando se fala na quantificação da pena, os

⁶⁵ Maria Dolores Fernández Rodríguez. Op. cit., p. 103; Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Júnior. *Teoria da pena...*, cit., p. 89.

⁶⁶ Op. cit., p. 50. Neste sentido também posiciona-se Westen, ao estabelecer que a idéia de igualdade é inteiramente formal: “It requires that persons be given their due but does not itself define what is their ‘due’” (Peter Westen. The empty idea of equality. *Harvard Law Review* 95/556-557, January 1982).

⁶⁷ Art. 3. In: Branca (Org.). *Commentario alla costituzione*. Bologna–Roma, 1975. p. 133.

mesmos princípios devem ser invocados, de modo que a pena deve ser a mínima *necessária* e a mínima *entre as possíveis*, em relação ao objetivo da prevenção de novos delitos,⁶⁸ e a conseqüente tutela dos bens jurídicos.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito exige um liame axiológico e, portanto, graduável, entre o fato praticado e a cominação legal da pena. Significa dizer que o mandado de proporcionalidade implica um juízo lógico ou ponderação que compara, valorativamente, a gravidade do fato antijurídico e a gravidade da pena, a entidade do injusto e a de sua punição, tornando-se verdadeira *conditio* da legalidade.⁶⁹

Na determinação da quantidade de pena a ser cominada, no Estado Democrático de Direito há que ser lembrado, uma vez mais, que o indivíduo encontra-se no centro do direito penal, sendo um fim, e não meio ou coisa. Assim, a pena não pode ser cruel ou desumana, e a dignidade da pessoa humana impõe uma limitação fundamental à quantidade e à qualidade da pena;⁷⁰ isto significa que cada pena qualitativa ou quantitativamente superior àquela suficiente à tutela de determinado bem jurídico pode ser considerada lesiva à própria dignidade humana.⁷¹

É tarefa legislativa, então, atribuir ao desvalor do delito a quantidade de pena suficiente para que, com ela, sejam alcançados os objetivos penais de prevenção e tutela. Contudo, observa-se, em primeiro lugar, o fato de que os bens jurídicos penalmente relevantes não possuem ontologicamente um valor fundado na “natureza das coisas”, de onde se afere a primeira dificuldade encontrada para o estabelecimento da justa medida da pena para cada hipótese delituosa; a seguir, a diferença da natureza dos crimes e das penas impõe, igualmente, a inexistência de critérios naturais capazes de indicar a medida da pena necessária para cada delito, sendo aceitos apenas critérios pragmáticos baseados em avaliações ético-políticas ou de oportunidade, para estabelecer a qualidade e a quantidade da pena adequada para cada crime.⁷²

É por isso que se afirma não existir uma medida absolutamente objetiva, atemporal e neutra para calibrar a importância dos distintos bens pe-

⁶⁸ Luigi Ferrajoli. Op. cit., p. 391-392.

⁶⁹ Luiz Regis Prado. *Curso de direito penal brasileiro...*, cit., p. 122.

⁷⁰ É com base neste fundamento que, também, repudia-se, num Estado Democrático de Direito, a aplicação da pena de morte, penas corporais, infamantes, ou mesmo a prisão perpétua ou prisões com um tempo muito longo (o que acarretaria uma verdadeira morte civil do condenado). Luigi Ferrajoli. Op. cit., p. 392-393.

⁷¹ Neste sentido, Alberto Silva Franco, Há produto novo na praça..., cit., p. 6.

⁷² Luigi Ferrajoli. Op. cit., p. 395-396.

nalmente protegíveis; a medida do valor varia no tempo conforme a percepção e o significado social do bem, o que se traduz tanto num incremento como numa diminuição de sua importância.⁷³

Dessa forma, o desvalor conferido à específica afronta ao bem jurídico deve ser apreendido pelo legislador no momento em que produz a intervenção penal, com a edição da norma incriminadora, sendo certo que este reconhecimento e ponderação do valor há de se dar em face das circunstâncias e da atmosfera espiritual do momento histórico-cultural.⁷⁴

Ocorre, todavia, que embora possam ser analisados alguns pontos de partida para se construir uma relação de proporcionalidade entre delito e pena, no estabelecimento desta há que ser levado em consideração, também, o fato de que tal relação é feita entre entidades heterogêneas. Ao desvalor eminentemente qualitativo da ofensa penalmente relevante deve corresponder um desvalor heterogêneo, expresso em termos quantitativos. E de um ponto de vista absoluto, ninguém pode estabelecer qual seja, ou possa ser, a pena “proporcional” ao furto, ao roubo, à violência carnal, e assim por diante. Disso se apreende que a proporção é necessariamente relativa.⁷⁵

Em termos práticos, para se estabelecer a melhor relação proporcional entre infração e resposta punitiva, de grande valia é a construção de duas hierarquias paralelas, orientadas por um postulado de valores (a partir dos crimes ofensivos aos bens jurídicos mais relevantes) e por uma constatação de gravidade (a partir da pena máxima que o ordenamento está disposto a cominar). Desta maneira, as relações de proporção tornam-se essencialmente internas ao sistema, e de congruidade relativa. Considera-se, também, a complexidade ínsita a este juízo, posto que o critério de proporção não pode se dispor a uniformizar apenas com base na dimensão da ofensa, conforme exposto anteriormente; é necessário que sejam considerados o grau da sua realização, em termos de perigo ou dano, as modalidades de concretização, em termos de desvalor objetivo e subjetivo, em relação à culpabilidade expressa no tipo: um crime culposo não pode, em linha de princípio, ser equiparado a um delito doloso, ainda que representem idên-

⁷³ Francisco Javier Álvarez García. *Consideraciones...*, cit., nota 416, p. 188.

⁷⁴ Miguel Reale Junior. *Instituições...*, cit., p. 23. Neste sentido também se manifesta Dotti, ao lembrar que não existem critérios absolutos para a dosagem entre a gravidade do delito e a qualidade e a quantidade da resposta punitiva, cabendo à Política Criminal orientar a atividade legiferante (René Ariel Dotti. Op. cit., p. 441).

⁷⁵ Tullio Padovani. *La disintegrazione...*, cit., p. 446.

tica afronta ao bem tutelado,⁷⁶ por exemplo. Partindo-se do pressuposto segundo o qual a proporcionalidade entre penas e delitos encontra-se relacionada com uma hierarquia entre os diversos tipos incriminadores, a observância ao princípio da proporcionalidade implica a verificação da harmonia e racionalidade dentro do sistema jurídico penal, de modo a restar ao legislador estabelecer as ordens de relações entre os diversos tipos incriminadores (expressas pela qualidade e quantidade de pena cominada) e construir, assim, a tal “constelação de delitos”.⁷⁷

A proporcionalidade entre as penas e os delitos, sob esta ótica, funda-se no princípio constitucional da igualdade, que na Constituição brasileira encontra-se explicitado tanto no preâmbulo como no *caput* do art. 5.º. Segundo este postulado, o legislador ordinário está proibido de efetuar discriminações arbitrárias, de modo que a situações iguais deve corresponder um tratamento igual, ao passo que a situações diferentes cabe um tratamento diferenciado.⁷⁸ Isto significa que devem ser consideradas duas ordens de relações entre os tipos penais: uma horizontal, que impõe seja garantida uma paridade de tratamento entre aqueles delitos que, mesmo se forem diferentes quanto à sua estrutura e ao bem jurídico tutelado, apresentam um desvalor penal parecido; e uma vertical, uma vez que para cada delito deve ser prevista a quantidade de pena mais apropriada.⁷⁹

Na construção dos tipos penais, pois, devem ser valoradas as diferenças e semelhanças entre as hipóteses a serem disciplinadas,⁸⁰ de modo que

⁷⁶ Tullio Padovani. *La disintegrazione...*, cit., p. 447.

⁷⁷ Michele Papa. Op. cit., p. 688-689.

⁷⁸ Stefano Corbetta. Op. cit., p. 137.

⁷⁹ Antonio Pagliaro. *Principi di diritto penale...*, cit., p. 70.

⁸⁰ Para isso, deve-se considerar que a lei, com as suas classificações, procede sempre mediante equiparações e distinções. Cada tipo abstrato equipara uma multiplicidade de tipos concretos que, não obstante o fato de serem naturalisticamente diversos, tais diferenças são valoradas pelo legislador como insignificantes, ao mesmo tempo em que introduz uma diferenciação de tratamento em relação a outros tipos. O problema da igualdade resolve-se na verificação se a diversa estrutura legislativa do tipo e, conseqüentemente, o diverso tratamento jurídico, correspondem a um diverso conteúdo significativo do mesmo, de modo que o diverso tratamento seja justificado pelo diverso conteúdo significativo, e a este coerente. Assim, a diversa estrutura do tipo é, em si, um dado mudo, neutro, formal, que nada diz sobre a diversidade ou identidade substancial ou de conteúdo significativo daquela, uma vez que para se verificar se o elemento estrutural diferenciador corresponde a uma diferença de conteúdo significativo, é necessário proceder a um juízo valorativo do papel que este elemento desenvolve em

seja coerente a escolha quanto ao tratamento normativo dispensado. A razoabilidade desta escolha assume, assim, um caráter relativo, posto que não se encontra relacionada ao conteúdo que devem conter as leis por si sós, mas à coerência e harmonia que deve haver entre elas. Significa afirmar que são vedadas as diferenciações arbitrárias ou discriminações absurdas, uma vez que somente o tratamento desigual a situações desiguais, na medida em que se desiguam, é imperativo da própria justiça.⁸¹ Nesse sentido, quando se fala em diferenciar os tratamentos penais a partir dos diferentes significados contidos nas lesões a bens jurídicos, a ordem legal destes há de constituir, antes de mais nada, uma ordenação axiológica como aquela que preside a Constituição, verificando-se entre as duas ordens uma mútua relação. Esta relação não é de identidade, ou sequer de recíproca cobertura, mas de analogia substancial, fundada numa essencial correspondência de sentido, a permitir afirmar que a ordem de valores jurídico-constitucional constitui o quadro de referência e, simultaneamente, o critério regulativo do âmbito de uma aceitável e necessária atividade punitiva do Estado.⁸²

Resta claro, então, que o juízo acerca da proporcionalidade, segundo esse critério, impõe uma valoração não mais da oportunidade ou do mérito do específico dispositivo legal, mas um exame da sua coerência em relação às normas emanadas pelo legislador em outros tipos incriminadores.⁸³

Na legislação brasileira, exemplo significativo de desrespeito ao princípio da igualdade, em matéria penal, diz respeito à Lei 8.072/1990. Ao deixar de etiquetar, como crimes hediondos, os delitos de igual denominação no Código Penal Militar, fica claro que o legislador ordinário estabeleceu uma arbitrária diferença de tratamento entre o civil e o militar, diferença essa que se reflete não apenas na cominação da pena, como também no regime prisional, nas causas extintivas de punibilidade e na própria individualização punitiva. A título de exemplo, foram tratados de maneira diferenciada e injustificada o latrocínio, o estupro e o atentado violento ao pudor praticados por civil e militar.⁸⁴

relação ao conteúdo significativo do tipo (Francesco Palazzo. Questioni di costituzionalità in tema di oltraggio a pubblico ufficiale. *Giurisprudenza Costituzionale*, 1980. vol. I, p. 1.316).

⁽⁸¹⁾ Alexandre de Moraes. *Constituição do Brasil...*, cit., p. 180.

⁽⁸²⁾ Jorge de Figueiredo Dias. Direito penal e Estado-de-Direito material (Sobre o método, a construção e o sentido da doutrina geral do crime). *Revista de Direito Penal* 31/44, jan.-jun. 1981.

⁽⁸³⁾ Stefano Corbetta. Op. cit., p. 137-139.

⁽⁸⁴⁾ Segundo Franco, "como admitir, em relação a determinados delitos, como, por exemplo, o estupro e o atentado violento ao pudor, a separação conceitual entre

A partir deste exemplo, evidencia-se o fato de que, para a realização do juízo de proporcionalidade entre dois ou mais tipos penais, torna-se necessária a individualização de uma norma a ser tomada como parâmetro, em relação à qual se avalia a proporcionalidade contida em outras incriminações. Somente a partir daí é possível aferir a medida em que as normas encontram-se em harmonia dentro do ordenamento jurídico, expressando, em suas disposições, uma escala valorativa entre as diversas afrontas aos vários bens jurídicos constitucionais.⁸⁵ O tipo penal tomado como parâmetro torna-se, então, o termo de comparação necessário para o juízo de proporcionalidade, e passa a ser denominado *tertium comparationis*.

Em clara referência à indispensabilidade do termo de comparação, Álvarez García sugere que, para se identificar o valor da pena a ser cominada para cada espécie típica, seja proibido que o ataque a determinado bem jurídico venha a ser sancionado com uma pena maior do que aquela prevista para a proteção de um bem jurídico de grau hierárquico superior,⁸⁶ e Andenaes salienta que um crime considerado mais grave deve ser apenado

civil e militar? O que justifica sancionar o civil com penas reclusivas mais graves (e quão mais graves!) em relação ao militar e negar àquele regime prisional concedido a este? Por que o civil não pode ter benefícios prisionais que são acessíveis ao militar? O que explica a proibição de determinadas causas extintivas de punibilidade para o civil e sua acolhida no tocante ao militar? Por acaso, o estupro ou o atentado violento ao pudor ou, mesmo, o latrocínio, praticados por civil, máxime no contexto de uma ação única conjunta, apresentam peculiaridades tão específicas que se tornam fatos criminosos diversos (ou menos relevantes em termos de repercussão e danosidade social) quando executados por um militar? O arbítrio dessa distinção é manifesto e o princípio constitucional da igualdade estará sempre lesado quando a desigualdade de tratamento, em nível legal, de situações típicas iguais, surge como expressão de arbitrariedade" (Alberto Silva Franco *et alli*. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: RT, 1997. vol. 1, t. II: parte especial, p. 34).

⁽⁸⁵⁾ Verifica-se o fato, por exemplo, de que nas decisões da Corte Constitucional italiana, nas quais há um pronunciamento acerca do juízo de proporcionalidade da sanção cominada, pode ser constatado como tais manifestações estão sempre baseadas não tanto na proporcionalidade tomada como um juízo absoluto, mas em considerações de que há uma disparidade entre os tipos incriminadores dispostos na norma censurada e na outra tomada como parâmetro, ou mesmo dentro do mesmo dispositivo normativo (Roberto Pinardi. *Riflessioni sul giudizio di ragionevolezza delle sanzioni penali, suggerite dalla pronuncia di incostituzionalità della pena minima prevista per il reato di oltraggio a pubblico ufficiale*. *Giurisprudenza Costituzionale*, 1994. p. 2.816-2.817).

⁽⁸⁶⁾ *Consideraciones...*, cit., p. 209.

de maneira mais intensa do que delitos tidos como menos graves, de modo a ratificar a idéia segundo a qual a proporcionalidade diz respeito à relatividade da quantidade de pena, e não a magnitude absoluta desta.⁸⁷

5.9 A utilidade do *tertium comparationis*

Foi dito anteriormente que a formação de um juízo de proporcionalidade da norma penal pode ser feita a partir da comparação entre incriminações, de modo a se aferir a razoabilidade daquela, e isto se deve ao fato de haver indiscutível dificuldade de racionalizar, em termos precisos, a “tradução quantitativa” da medida da pena que expresse uma *proporcionalidade* entre o desvalor do bem e do fato e a resposta sancionatória. Embora o legislador esteja sempre obrigado a ponderar os valores e interesses em jogo, a heterogeneidade das grandezas em confronto torna necessário que se procure a razoabilidade no juízo por meio do uso do *tertium comparationis*.

A utilização de uma outra norma como parâmetro evidencia, desta forma, o aspecto relativo do juízo de proporcionalidade em sentido estrito. Não obstante a dificuldade em se instaurar uma correspondência necessária (justa, exata, constitucionalmente obrigada) entre um certo fato criminoso e determinada medida de pena, é possível verificar se a relação entre o crime e a pena é proporcional, não em si mesma, mas em confronto com uma outra relação entre outro crime e outra pena, que (implicitamente) aparece como proporcional.⁸⁸

Importante observar, contudo, que o *tertium comparationis* não constitui um requisito lógico intrínseco ao juízo de proporcionalidade, nem é, necessariamente, um elemento de maior garantia. No entanto, também é verdade que em alguns casos a sua utilidade é máxima, tornando-se elemento imprescindível: isto se dá naquelas situações em que a escolha legislativa não é contestada em si mesma, mas apenas em relação ao termo de comparação. Enquadram-se nesta hipótese os tipos incriminadores que, do ponto de vista substancial, podem ser disciplinados de um modo ou de outro, mas que exigem, em cada caso, qualquer que seja a opção adotada, que a disciplina seja uniforme de acordo com um ou mais termos de referência.⁸⁹

Isto é visível no comentário proferido por Alberto Silva Franco, referente à Lei 9.426/1996, que estabeleceu que o mínimo cominado para a

⁽⁸⁷⁾ Johannes Andenaes. *General prevention...*, cit., p. 25.

⁽⁸⁸⁾ Francesco Palazzo. *Offensività...*, cit., p. 374-378.

⁽⁸⁹⁾ Idem, *ibidem*, p. 378-379.

primeira parte do § 3.º do art. 157 do CP (quando da violência praticada no roubo resulta lesão corporal de natureza grave) passava de cinco para sete anos de reclusão, mantido o máximo de quinze anos de reclusão. Para ele, não havia motivo algum para que se fixasse o mínimo legal em sete anos de reclusão: a quantidade punitiva deveria, sem dúvida, ser menor, *bastando apenas que ultrapassasse a quantidade de cinco anos e quatro meses de reclusão, prevista para a hipótese inquestionavelmente menos grave de roubo agravado* (uma vez que não foi reduzida a pena mínima do § 2.º do art. 157 do CP), o que seria, sem dúvida, a solução mais política e lógica para a questão técnica.⁹⁰

O alcance desse método comparativo implica que não basta verificar se dois tipos que apresentam penas diferentes mereceriam ser sancionados de forma igual ou vice-versa, mas trata-se de avaliar a necessidade de disparidade de pena maior, menor ou reciprocamente inversa em relação àquela existente. Em primeiro lugar, deve-se estabelecer se o grau de disparidade no tratamento sancionatório corresponde a uma diversidade nas relações constitucionais entre os bens jurídicos, uma vez que na hipótese em que a comparação se dá tomando-se como referência a hierarquia constitucional dos bens, esta pode constituir o parâmetro para confrontar tipos postos à tutela de valores diversos, de modo a expressar, em termos de significado constitucional, a relevância dos interesses tutelados e valorar as relações de prioridade entre eles. Há de se observar, contudo, a indispensabilidade de haver sempre um mínimo de homogeneidade entre os tipos postos em confronto; após haver individualizado os bens jurídicos tutelados pelas normas examinadas e estabelecido as relações de prevalência, há que ser evitado o confronto entre modalidades delitivas que apresentam níveis de gravidade evidentemente diversos. Enfim, para se obter os melhores resultados da comparação, deve ser considerada uma série de fatores influentes na constatação da gravidade da ofensa, tais como a diversidade estrutural da norma, a pluralidade de interesses tutelados, os diferentes níveis de gravidade da ofensa aos respectivos bens.⁹¹

A partir de dois exemplos proporcionados quando da análise da Lei 9.677/1998, é possível evidenciar três situações onde a comparação entre duas hipóteses normativas leva a resultados bastante diversos. Assim, com o advento daquela lei, falsificar substância alimentícia, tornando-a nociva à saúde ou reduzindo-lhe o valor nutritivo, passou a ser conduta bem mais

⁽⁹⁰⁾ *Código Penal...*, cit., p. 2.539.

⁽⁹¹⁾ Michela Vecchi. *Disvalore dell'oltraggio e comminatoria editale della pena. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1996. p. 804.

grave do que ofender a integridade corporal de uma pessoa; provocar uma intoxicação alimentar ou levar uma pessoa a ingerir um alimento com menor poder nutritivo tem o dobro de gravidade em relação à ação de quem provocou, para uma pessoa, a cegueira ou a deformidade permanente, ou mesmo a incapacidade permanente para o trabalho. Ainda, falsificar produtos cosméticos, saneantes, ou terapêuticos, provocará uma desproporcionada punição em confronto com o preceito sancionatório previsto para o delito de homicídio simples. Como se percebe, nos dois primeiros exemplos, a análise da discrepância entre os comportamentos incriminados e as respectivas penas é feito com base em outros tipos onde o mesmo bem jurídico é objeto de tutela, o que torna a comparação mais fácil em termos de se determinar o quanto uma infração pode ser considerada mais grave do que a outra, ou ainda, se uma infração tem uma determinada pena, é possível estimar a quantidade de pena que seria proporcional ao outro delito, por este parâmetro. O terceiro exemplo, no entanto, ao comparar a conduta incriminada pela nova lei ao homicídio, que num ordenamento orientado a partir da pessoa humana deveria ser o crime considerado mais grave, ao mesmo tempo em que evidencia de forma chocante a desproporção contida na nova figura delituosa, acaba por inviabilizar que seja, a partir desta comparação, delineada a quantidade de pena que seria mais proporcional àquela, dada a discrepância dos valores em jogo.⁹²

5.10 A proporcionalidade *stricto sensu* em algumas situações especiais

Não obstante a enorme dificuldade em se estabelecer critérios abstratos para a identificação da gravidade de umas condutas em relação a outras, verifica-se a existência de alguns parâmetros, ou ainda algumas situações específicas que o legislador há de ponderar quando da escolha da quantidade de pena proporcional à infração. Assim, a seguir serão elencadas quatro hipóteses que não podem ser desconsideradas por uma legislação proporcional, tendo em vista a clara afronta que significaria ao princípio em análise.

5.10.1 Pluralidade de interesses envolvidos

Deve ser considerada, também, a existência de normas que, embora pareçam postas para a tutela de *um* determinado bem jurídico, abarcam mais

⁽⁹²⁾ Exemplos propostos por Alberto Silva Franco, Há produto novo na praça..., cit., p. 5.

de um interesse. Isso se dá de forma clara nos delitos complexos, cuja própria definição⁹³ já aponta para o fato de que a tutela é voltada para mais de um bem jurídico. Um exemplo a ser mencionado para esta hipótese é o crime de roubo onde, embora a norma tenha por objetivo a proteção do patrimônio (e esteja disposta no Código Penal no título relativo às afrontas a este bem jurídico), engloba, igualmente, a tutela da liberdade pessoal ou, em certos casos, da integridade física ou a própria vida humana.⁹⁴

Em hipóteses como esta, ainda que seja evidente que a norma recai sobre mais de um bem jurídico, a opção legislativa de inserir o delito em determinado título ou capítulo do Código Penal não exclui a apreciação, pelo próprio legislador, acerca de eventuais outros interesses envolvidos, de maneira que estes devem igualmente ser considerados quando do estabelecimento legal das penas *in abstracto*. A este respeito, a jurisprudência constitucional italiana, por exemplo, já se posicionou no sentido de repudiar equiparações de situações evidentemente diversas, embora encobertas pelo pretexto de tutelarem o mesmo bem jurídico.⁹⁵ Naquele ordenamento, também a doutrina teceu importantes críticas à mencionada técnica legislativa, que ganhou destaque com a equiparação feita pela legislação penal militar das condutas de causar morte e causar lesão corporal. Esta situação ocorreu quando da tipificação da hipótese delituosa denominada *insubordinazione con violenza*, onde a afronta ao superior hierárquico se caracteriza pela consumação ou tentativa de homicídio, ou mesmo de lesão corporal daquele.⁹⁶ O que ocorreu foi uma evidente

⁽⁹³⁾ Como esclarece Toledo, “os crimes complexos são em geral crimes pluriofensivos por lesarem ou exporem a perigo de lesão mais de um bem jurídico tutelado” (Francisco de Assis Toledo. Op. cit., p. 145).

⁽⁹⁴⁾ Batista aponta que o roubo nada mais é do que um furto qualificado pelo meio usado pelo agente, pois uma vez que “este consiste em *constranger* a pessoa, mediante a violência física ou grave ameaça, reduzindo-a à impossibilidade de resistir à ação do sujeito ativo, fica evidente que se trata de crime complexo, resultante da soma de furto com constrangimento ilegal ou lesão corporal leve. Se, para subtrair, o agente causar lesão corporal grave ou morte, haverá roubo qualificado” (Weber Martins Batista. *O furto e o roubo no direito e no processo penal* – Doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 205).

⁽⁹⁵⁾ Vide as Sentenças 26 e 72, de 05.05.1979 e de 20.05.1980, respectivamente, publicadas na revista *Giurisprudenza Costituzionale*, 1979, vol. I, p. 288 e 1980, vol. II, p. 672.

⁽⁹⁶⁾ A “*insubordinazione con violenza*” encontra-se no art. 186 do CP Militar (em tempo de paz) italiano da seguinte forma: “Il militare che usa violenza contro un superiore è punito con la reclusione militare da uno a tre anni. Se la violenza con-

inversão de valores, quando a disciplina militar foi posta como valor mais importante a ser tutelado, e a vida ou integridade física tiveram um papel de meros qualificadores. Isto, contudo, não seria censurável uma vez que é permitido ao legislador ordinário optar por inserir os comportamentos típicos numa ou noutra categoria de infrações, conforme sua vontade discricionária; o que se pondera, no entanto – e neste ponto há de ser criticado –, é o fato de que as afrontas à vida ou integridade física não terem sido valoradas como tais no momento de determinar a medida das penas para cada uma das hipóteses aventadas. Conforme se apreende do tipo incriminador em questão, a afronta à disciplina militar não só foi elevada à categoria de valor mais importante, como também anulou o peso que a vida ou a integridade física deveriam ter para a determinação da pena adequada à infração. A alegação de que as condutas descritas são ofensivas, primordialmente, à disciplina militar, sendo as agressões à vida ou à integridade física meros detalhes desconsiderados quando da atribuição dos respectivos desvalores às condutas, fez com que a equiparação de tais condutas fosse claramente desarrazoada. Como se vê, tal decisão legislativa deu-se por ignorar que os comportamentos descritos relacionam-se com diferentes modalidades de desrespeito ao superior hierárquico militar, não sendo admissível que a tutela da vida ou da integridade física do superior seja posta em segundo plano quando se prioriza a proteção da disciplina militar, ou mesmo que seja desconsiderada a diversidade das condutas envolvidas a ponto de não influenciar em qualquer diferenciação legislativa relacionada à sua reprovabilidade.⁹⁷ Verifica-se, nesta legislação, que distintas condutas típicas evidentemente diferenciadas em seus elementos objetivos e subjetivos, vieram dispostas de modo que a diferença substancial existente entre elas tenha sido anulada pela própria norma, sob o argumento de que a violência contra o superior, qualquer que seja a conduta do agente e independentemente da essência da ofensa, consumada ou apenas tentada, à vida ou à integridade do superior hierárquico, comportaria uma igual lesão à relação de subordinação militar.⁹⁸

siste nell'omicidio volontario, consumato o tentato, nell'omicidio preterintenzionale ovvero in una lesione personale grave, o gravissima, si applicano le corrispondenti pene stabilite dal codice penale. La pena detentiva temporanea può essere aumentata”.

⁽⁹⁷⁾ Claudio Piacentini. Reati di insubordinazione militare: diversità delle fattispecie e congruità delle pene. *Giurisprudenza costituzionale*. 1981. vol. I, p. 373.

⁽⁹⁸⁾ Mariano Rossetti. Controllo di ragionevolezza e oggettività giuridica dei reati di insubordinazione. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1980. p. 207.

Outro exemplo, também extraído da experiência jurídica italiana, traz à tona diferente questão, qual seja, saber se não apenas a existência de mais de um bem jurídico, mas se a concomitância de interesses desprovidos de tal envergadura também é suficiente para que seja caracterizada uma equiparação legislativa desproporcional, ou se uma eventual diferença de tratamento dispensado a tais condutas pode ser assim justificada. Naquele ordenamento, discutiu-se acerca da diferenciação ocorrida, no plano legislativo, entre as condutas de injúria e desacato a funcionário público. Ponderou-se, inicialmente, que há uma identidade substancial entre as duas condutas, o que não pode ser desconhecido por parte de um legislador razoável. No entanto, é clara também a existência de um elemento diferenciador, que consiste no fato de que, no desacato, há uma ofensa não apenas à honra do funcionário público, mas ao prestígio da administração pública. A questão relativa à verificação se o elemento diferenciador precisa ser, necessariamente, um bem jurídico digno de tutela penal teve lugar no momento em que foi posta a discussão acerca do nível que ocupa o prestígio da administração pública no interior do ordenamento, e importante setor da doutrina posicionou-se no sentido de não reconhecer, naquele bem jurídico, um valor constitucional. Essa conclusão, no entanto, não foi suficiente para se concluir pela ilegitimidade de um tratamento legislativo diferenciado ao desacato, ainda que seu elemento diferenciador, em relação à injúria, não seja um bem jurídico com índole constitucional. Isto ocorre uma vez que o princípio da igualdade de tratamento legislativo se limita a impedir diversidade de disciplina legislativa que seja absolutamente desproporcional, o que não apenas não elimina a discricionariedade legislativa, como também não veda as diversidades de tratamento legislativo efetuadas com vistas à tutela de bens constitucionalmente irrelevantes. Se assim não fosse, haveria a consequência de que as leis seriam legítimas se destinadas, exclusivamente, à tutela de valores constitucionais.⁹⁹

5.10.2 Diferenciação a partir do elemento subjetivo do tipo

Uma vez que o princípio da proporcionalidade, da proibição de excesso ou de igualdade exige uma concordância material entre ação e reação, causa e consequência, delito e resposta jurídico-penal, pode-se dizer que este princípio constitui parte do postulado de justiça, segundo o qual ninguém pode ser incomodado ou lesionado em seus direitos através de medidas jurídicas desproporcionais. Nesse contexto, dolo e imprudência como

⁽⁹⁹⁾ Francesco Palazzo. *Questioni...*, cit., p. 1.319.

graus desiguais de participação interna exigem, pois, uma distinta incidência da consequência jurídico-penal.¹⁰⁰ Embora o mandado para que a medida da pena atente ao grau de reprovabilidade da conduta tenha lugar, de maneira mais evidente, no momento de aplicação da lei penal ao caso concreto – onde o princípio da culpabilidade conduz o juiz à pena adequada à reprovabilidade ao agente –, resta de suma importância a observação a este específico aspecto também no momento legislativo, quando, no plano abstrato, já são indicados os diferentes desvalores das condutas culposas e dolosas, por exemplo.

Assim, na determinação legal da margem entre as penas mínima e máxima, deve o legislador considerar, além do bem jurídico e da gravidade da ofensa a este relacionada, o grau de culpabilidade da conduta descrita. Deve, portanto, existir uma evidente diferença na quantidade de pena cominada se o delito for previsto como culposo, doloso ou preterdoloso. Como salienta Corbetta, seria deseducativa, além de considerada injusta pela sociedade, uma pena para o homicídio culposo, por exemplo, que fosse mais grave, igual ou pouco inferior àquela ameaçada a quem pratique homicídio doloso.¹⁰¹

Desta forma, o princípio da culpabilidade traduz-se, também, num critério de controle da dosimetria legal da pena; a sua inteira atuação impõe ao legislador que não exceda na resposta sancionatória no que diz respeito à reprovabilidade subjetiva da conduta, que não submeta à pena fatos desprovidos de qualquer relação culpável com o agente, assim como requer sejam diferenciadas de maneira clara, paralelamente à utilização de critérios objetivos calcados na gravidade da ofensa ao bem jurídico, as consequências sancionatórias em relação aos diferentes desvalores subjetivos (dolo ou culpa).¹⁰²

Também, nos delitos qualificados pelo resultado, a pena deve ser, em teoria, superior à do delito culposo e inferior àquela correspondente à prática dolosa do segundo resultado. Mesmo diante deste princípio, que tende a colocar esta classe de delitos em seu adequado nível de gravidade, que não pode ser nunca o mesmo dos dolosos, observa-se que o Código Penal espanhol, na hipótese em que o resultado qualificador é a morte, dispõe a mesma pena de reclusão para o caso em que a morte tenha sido dolo-

⁽¹⁰⁰⁾ Windried Hassemmer. *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1984. p. 279.

⁽¹⁰¹⁾ Stefano Corbetta. Op. cit., p. 159-160.

⁽¹⁰²⁾ Idem, ibidem, p. 160.

samente causada,¹⁰³ o que merece crítica por parte do princípio da proporcionalidade.

Já no Brasil, é exemplo de distorção efetuada pelo legislador, na recente legislação penal especial, o tipo incriminador previsto no art. 303 do CTB (Lei 9.503/1997), que comina pena que varia de seis meses a dois anos de detenção para a conduta de causar lesão corporal *culposa* na direção de veículo automotor, ao passo que o mesmo comportamento, *doloso*, é previsto na parte especial do Código Penal brasileiro, no art. 129, *caput*, com uma pena que varia três meses a um ano de detenção. Também na legislação brasileira, a Lei 9.426/1996 conferiu a uma espécie de receptação, praticada com *dolo eventual*, um preceito sancionatório exacerbado, em três vezes, em relação à outra hipótese de receptação realizada com *dolo direto*. Segundo Alberto Silva Franco, é inadmissível, sob o prisma constitucional, que o legislador ordinário estabeleça essa diferenciação quanto às penas cominadas, uma vez que “as duas dimensões de subjetividade ‘dolo direto’ e ‘dolo eventual’ podem acarretar reações penais iguais, ou, até mesmo, reações penais menos rigorosas em relação ao ‘dolo eventual’. O que não se pode reconhecer é que a ação praticada com ‘dolo eventual’ seja três vezes mais grave (...) do que quase a mesma atividade delituosa, executada com dolo direto. Aí o legislador afrontou, com uma clareza solar, o princípio da proporcionalidade”.¹⁰⁴

5.10.3 Especialidade da norma

Como se sabe, o tipo penal é um modelo abstrato de comportamento proibido em que o legislador, por meio da descrição esquemática de uma classe de condutas que possuam características danosas ou ético-socialmente reprovadas – de modo que são tidas como intoleráveis pela ordem

⁽¹⁰³⁾ Gonzalo Quintero Olivares. Acto, resultado y proporcionalidad (aportación a la reforma del Código Penal español). *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. jan.-abr. 1982, t. 35, p. 391-392.

⁽¹⁰⁴⁾ *Código Penal...*, cit., p. 2.816. Outro exemplo a ser lembrado é o tipo do latrocínio, quando equipara os roubos praticados com morte dolosa e culposa. Segundo Batista, o fato de estar contida no tipo a expressão “se resultar morte” dá a entender tratar-se de um crime de roubo qualificado pelo resultado *morte culposa*, embora a pena cominada seja severa demais quando comparada àquela prevista para o homicídio culposo; por este motivo, passou-se a admitir que a norma comporta tanto a hipótese do agente que mata a vítima de forma dolosa, como a de quem causa sua morte involuntariamente (Weber Martins Batista. *O furto e o roubo...*, cit., p. 277).

jurídica –, estabelece a linha divisória entre o que é permitido e o que não o é, no âmbito do direito penal.¹⁰⁵

A imagem mais simples de uma espécie de delito expressa num tipo penal constitui os chamados tipos básicos ou fundamentais, onde se verifica a impossibilidade de se extrair qualquer elemento sem que se desfigure a imagem expressa.¹⁰⁶ Em contrapartida, a própria denominação destes tipos como básicos já indica a existência de tipos deles derivados, que são aqueles formados a partir do próprio tipo fundamental, mas que apresentam determinada especificação, decorrente da adição de certos elementos.¹⁰⁷ Significa dizer que a norma especial acrescenta um elemento diferenciador à descrição típica prevista na norma geral, de maneira que a ação que se conforma ao tipo do delito especial, necessariamente também se conforma ao tipo do delito geral, enquanto o inverso não é verdadeiro.¹⁰⁸

As categorias de crimes “atenuados” ou “agravados” bem demonstram a situação em que uma conduta típica expressa, necessariamente, uma valoração de maior ou menor gravidade em relação à outra, de onde se percebe a imposição de que as diferenças presentes no desvalor social atribuído aos comportamentos esteja também presente na cominação legal da pena. A própria definição do que sejam tais normas incriminadoras já é indicativo suficiente deste fato: se os tipos atenuados ou agravados são aqueles que se formam a partir do tipo fundamental, mediante o destaque de circunstâncias que o atenuam ou agravam,¹⁰⁹ não há que se questionar que as penas cominadas para os primeiros devem ser menores do que aquelas estabelecidas para o tipo fundamental, assim como as penas previstas para os segundos devem ser maiores. Aliás, o próprio sentido da expressão “qualificar” um crime é determinar sua maior punibilidade, dadas tais ou quais circunstâncias de especial gravidade objetiva ou subjetiva, assim como o “privilégio” indica a situação em que o tipo fundamental é acompanhado de circunstâncias que acarretam sua menor punibilidade.¹¹⁰

⁽¹⁰⁵⁾ Francisco de Assis Toledo. Op. cit., p. 127.

⁽¹⁰⁶⁾ René Ariel Dotti. Op. cit., p. 312.

⁽¹⁰⁷⁾ Luiz Regis Prado. *Curso de direito penal brasileiro...*, cit., p. 300.

⁽¹⁰⁸⁾ Cezar Roberto Bitencourt. *Manual de direito penal – Parte geral*. 4. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 158.

⁽¹⁰⁹⁾ Francisco de Assis Toledo. Op. cit., p. 139.

⁽¹¹⁰⁾ Néelson Hungria. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. vol. 1, t. I, nota 1, p. 13.

Cumprir observar, nesse contexto, que não é requisito para a caracterização da especialidade de uma norma em relação à outra o fato de estarem previstas no mesmo dispositivo legal. Ao contrário, verifica-se esta ocorrência, também, em hipóteses onde dois tipos, embora considerados autônomos entre si, não deixam de apresentar uma certa conexão – que é o que ocorre, por exemplo, com o infanticídio em relação ao homicídio.¹¹¹ Pode-se sustentar, ainda, a especificidade de uma norma em relação à outra nas hipóteses de crimes complexos, quando determinado preceito normativo descreve como crime único dois pressupostos fáticos de crimes distintos, o que se dá, por exemplo, no delito de roubo (que não deixa de ser o furto praticado com violência ou grave ameaça à pessoa).¹¹²

O que há de ser observado, no que diz respeito ao princípio da proporcionalidade entre delito e pena, é o fato de que a mera existência de um elemento diferenciador no tipo fundamental já é suficiente para se intuir que a norma especial expressa um valor diferenciado em relação ao tipo básico. Isto importa ao legislador penal na medida em que ele deverá, necessariamente, fazer refletir esta diferença na pena cominada para as duas hipóteses delituosas; se há uma expressiva diferenciação valorativa entre as duas condutas descritas a ponto de tornar necessária a inserção do elemento

⁽¹¹¹⁾ Luiz Régis Prado. *Curso de direito penal brasileiro...*, cit., p. 300.

⁽¹¹²⁾ Cezar Roberto Bitencourt. Op. cit., p. 158. Em relação ao Código Penal brasileiro, Noronha refere-se à diferenciação contida na lei acerca do furto simples, furto agravado e do roubo, que atendeu ao imperativo de proporcionalidade: “Se é exato que o furto com violência à coisa é mais grave do que o furto simples, não é menos certo que o perpetrado com violência à pessoa apresenta gravidade objetiva indiscutivelmente maior do que o executado mediante violência à coisa. A violência à pessoa demonstra temibilidade extremada do delinqüente. Não se pode comparar a ação daquele que usa chave falsa para introduzir-se, a medo e furtivamente, em um recinto, e, do delinqüente que não se arreceia da resistência que lhe será oposta, e, resolutamente, entra no mesmo lugar, com o ânimo deliberado de abater a vítima, para conseguir seu desígnio, pouco lhe importando a presença ou a defesa do possuidor da coisa. Atendendo aos graus da gravidade objetiva do crime, resolveu bem o assunto nossa lei. Considerou, primeiro, a subtração simples, ou seja, o furto comum; depois, voltou suas vistas para a violência à coisa, agravando a pena, mas mantendo ainda o mesmo *nomen juris* para o delito; finalmente, capitulou o roubo, a espécie mais grave, cominando-lhe pena maior do que nos outros casos e reservando-lhe capítulo distinto, no qual incluiu a extorsão, delito que se confunde quase com ele” (Edgard Magalhães Noronha. *Código Penal brasileiro comentado*. São Paulo: Saraiva, 1948. 5.º vol., 1.ª parte, Crimes contra o patrimônio, p. 163-164).

diferenciador no tipo, conseqüentemente essa diferença há de estar também presente na pena abstratamente prevista.

A título de exemplo relativo à norma cuja especialidade indica maior reprovabilidade da conduta, é possível lembrar os delitos previstos nos arts. 240 e 241 do ECA (Lei 8.069/1990), que punem de maneira diferenciada (pena que varia de um a quatro anos de reclusão) as condutas de quem produz ou dirige representação teatral, televisiva ou película cinematográfica utilizando-se de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica, ou daquele que fotografa ou publica cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente, em relação às mesmas condutas previstas no art. 234 do CP, em que não estão envolvidos crianças e adolescentes (nesta hipótese, a pena varia de seis meses a dois anos de detenção). Percebe-se claramente que o legislador penal atuou, ao efetuar esta diferenciação, de modo a evidenciar o maior desvalor social expresso na conduta praticada com criança ou adolescente, tendo como pressuposto o especial valor atribuído à moral sexual destes.

Conforme anteriormente observado, é possível verificar, também, que a especificidade da norma pode, igualmente, apontar para uma situação onde a conduta incriminada apresenta uma reprovabilidade menor, por parte do legislador infraconstitucional. É o caso do infanticídio, por exemplo, que não deixa de ser uma específica maneira de homicídio. Segundo critérios de política criminal, optou-se por valorar de maneira diversa essas duas hipóteses criminosas, de modo que a conduta da mãe que, sob influência do estado puerperal, mata o próprio filho, durante o parto ou logo após, é considerada de maneira significativa menos grave do que o comportamento de quem mata sem se encontrar nesta situação.¹¹³

Verifica-se, contudo, que em algumas situações a regra de que o sentido da especificidade da norma há de ser refletido na cominação da pena não é observada pelo legislador ordinário. Assim, para o crime de atentado contra a liberdade de trabalho (art. 197 do CP), onde a conduta delituosa consiste em constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, no sentido de exercer ou não exercer arte, ofício, profissão ou indústria, ou a trabalhar ou não trabalhar, a pena fixada varia de um mês a um ano de detenção, e é menor, no seu mínimo, do que a pena do próprio constrangimento ilegal (art. 146 do CP), que é fixada em três meses.¹¹⁴ Não caberia,

⁽¹¹³⁾ Enquanto a pena prevista para o homicídio, no art. 121 do CP, varia entre seis e vinte anos de reclusão, a pena cominada para o infanticídio (art. 123 do CP) é de dois a seis anos de detenção.

⁽¹¹⁴⁾ Exemplo mencionado por Juarez Tavares, op. cit., p. 84.

nesta hipótese, argumentar que o tipo derivado do constrangimento ilegal reflete menor desvalor por parte do órgão legislador. Ao contrário, a norma diz respeito ao bem jurídico organização do trabalho, de modo que é um *plus* àquele delito: se já é considerada grave a conduta de quem constrange outrem a fazer ou deixar de fazer algo (mediante violência ou grave ameaça), é ainda mais grave este comportamento quando o objetivo do constrangimento é obrigar a vítima a exercer ou deixar de exercer atividade laborativa diversa de sua vontade – e, deste modo, atentar também contra a liberdade de trabalho.

5.10.4 Normas que contêm várias condutas incriminadas

É bastante comum observar, principalmente na legislação penal especial, o mesmo tratamento penal sendo estabelecido para dois (ou mais) comportamentos que contêm gravidade diversa, mas expressos por meio da mesma disposição normativa. No direito italiano, é exemplo o caso comentado por Fiandaca,¹¹⁵ a respeito da norma que não diferencia as condutas de adicionar aditivos químicos não autorizados na preparação de alimentos e adicionar aditivos autorizados, porém sem indicar, na embalagem do produto, a sua presença.¹¹⁶

Na legislação penal brasileira são fartos os exemplos de normas incriminadoras que descrevem duas ou mais condutas que não são, necessariamente, de igual gravidade, porém que têm cominada a mesma quantidade de pena. Assim, pode ser lembrado o art. 12 da Lei de Tóxicos (Lei 6.368/1976), que, apenas no *caput*, contém dezoito condutas descritas, além do inciso I do § 1.º, que contém quatorze ações incriminadas, do inciso II do mesmo parágrafo que prevê três condutas proibidas e dos três incisos do §

⁽¹¹⁵⁾ Controllo penale sull'uso degli additivi alimentari e principi di uguaglianza. *Foro Italiano*, 1982. vol. I, p. 637-642. Outro exemplo também comentado a respeito da equiparação de condutas diversas sob o mesmo dispositivo de lei (e a mesma quantidade de pena cominada) é aquele analisado por Cerri, sobre a norma que entende serem equivalentes as condutas de não possuir documentação relativa à atividade de caça, e a momentânea impossibilidade de fornecer esta prova (Augusto Cerri. *Sindacato di costituzionalità alla stregua del principio di eguaglianza: criteri generali ed ipotesi eppecifica di pari normazione in ordine a situazioni diverse. Giurisprudenza Costituzionale*, 1974. p. 2.160 e ss).

⁽¹¹⁶⁾ A Corte Constitucional italiana entendeu não ser inconstitucional, sob o prisma da proporcionalidade (eventual tratamento igual a situações diversas), a norma que incriminava estas condutas (Sentença 1, de 14.01.1982), *Foro Italiano*, 1982, vol. I, p. 637 e ss.

2.º do mesmo artigo, que também contêm outras seis condutas descritas (dentre elas “contribuir de qualquer forma”), sendo que a todas estas condutas, onde é patente a diversidade de modo e intensidade das agressões ao bem jurídico tutelado, é prevista a mesma pena: três a quinze anos de reclusão, além de multa.¹¹⁷ É cabível questionar, por exemplo, a equiparação feita legislativamente entre as condutas daquele que importa para comercializar a droga e de outro que apenas faz a colheita de planta destinada à preparação da substância entorpecente.

Recentemente, no Brasil, outra norma equiparadora de situações evidentemente díspares foi debatida no âmbito doutrinário. É o caso da já mencionada Lei 9.677/1998, que deu nova redação ao art. 273 do CP equiparando, em seu § 1.º-A, no conceito de “produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais” (objeto das condutas de falsificação, corrupção, adulteração e alteração), os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os produtos de uso em diagnóstico. Por este dispositivo legal, declarou-se a equivalência entre a gravidade das condutas de quem altera a composição de um remédio destinado ao tratamento de determinada doença e a conduta daquele que modifica a com-

⁽¹¹⁷⁾ Para melhor observar a equiparação legislativa efetuada por esta norma incriminadora, cabe observar a descrição típica: “Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. § 1.º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente: I – importa ou exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada à preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica; II – semeia, cultiva ou faz a colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substância que determine dependência física ou psíquica. § 2.º Nas mesmas penas incorre, ainda, quem: I – induz, instiga ou auxilia alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica; II – utiliza local de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize ainda que gratuitamente, para uso indevido ou tráfico ilícito de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica; III – contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

posição de certo sabonete, por exemplo. Segundo Alberto Silva Franco, “não há como equiparar, na sua ofensividade à saúde pública, produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais a meros cosméticos, ou seja, a produtos que servem ao embelezamento ou à preservação da beleza ou a simples saneantes, produtos dirigidos à higienização ou à desinfecção ambiental. São tais produtos qualitativamente autônomos e não suportam uma igualdade conceitual, nem devem receber, por isso, o mesmo tratamento punitivo”.¹¹⁸

Esta mesma lei, ainda, acabou por equiparar, em seu § 1.º-B, entre outras, as condutas descritas relativas aos produtos que não possuem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente, àquelas onde o produto é caracterizado por uma redução no seu valor terapêutico. Dessa forma, passou a constituir crime hediondo vender medicamento, cosmético ou saneante sem registro no órgão competente, sendo indiferente saber se o produto comercializado sem registro é inócuo ou nocivo à saúde, uma vez ser suficiente não haver registro para configurar-se a infração descrita; é possível até que o medicamento seja benéfico ou o cosmético ineficaz, o que em nada muda a consequência da conduta, posto que a ausência de registro é elemento suficiente para a consumação do delito.¹¹⁹ Ao se comparar esta infração com a conduta relativa ao produto com redução do valor terapêutico – o que efetivamente pode significar um perigo à saúde da população –, verifica-se claramente quão irrazoável foi o procedimento legislativo, que equiparou situações evidentemente díspares.

Embora reste claro que normas penais equiparadoras de situações diversas acabam por desprezar o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, pode parecer exagerada qualquer forma de censura a esta específica prática legislativa, em si, uma vez que não é raro serem constatadas, na legislação penal, hipóteses de situações evidentemente diferentes, mas que, nem por isso, deixam de ser sancionadas com a mesma carga punitiva. Assim, podem ser lembradas as condutas de quem pratica lesão corporal, de quem pratica difamação, de quem viola segredo profissional e de quem impede ou perturba enterro ou cerimônia funerária (arts. 129, *caput*, 139, 154 e 209 do CP, respectivamente), posto que todas elas têm como pena cominada o mesmo tempo de detenção: três meses a um ano. Sem entrar na questão relacionada ao fato de as condutas acima apresentarem ou não igual gravidade – por serem os comportamentos exemplificados relacionados a bens jurídicos e condutas diversos, cria-se uma dificuldade em realizar um

⁽¹¹⁸⁾ Há produto novo na praça..., cit., p. 5.

⁽¹¹⁹⁾ Miguel Reale Júnior. A inconstitucionalidade..., cit., p. 426.

juízo comparativo, dificultando, também, qualquer restrição a estas normas, sob a ótica do princípio da proporcionalidade em sentido estrito –, o que transparece, quando se trata de identificar se as condutas elencadas possuem uma razão de proporção com a sua respectiva pena, é que houve uma provável ponderação realizada na esfera legislativa, que trouxe como consequência o tipo penal resultante. Entretanto, deve ser ressaltado que, embora a equiparação de duas ou mais condutas sob o mesmo dispositivo legal possa significar uma ausência de ponderação por parte do legislador – e desrespeito ao mandado de proporção –, isto deve ser evidenciado a partir da análise dos comportamentos equiparados, que devem, necessariamente, apresentar uma gravidade diferenciada.¹²⁰

5.11 O papel do consenso e do alarme social no estabelecimento da medida da pena

Já foi dito que não existe uma medida absolutamente objetiva, atemporal e neutra para calibrar a importância dos diferentes bens jurídicos com índole constitucional, uma vez que qualquer medida de valor relativa a tais bens varia no tempo, de acordo com a sua percepção e o seu significado social, o que pode ser visto tanto como um incremento como numa diminuição de sua importância.

Por isso, em quaisquer das fases do juízo de proporcionalidade em sentido amplo é impossível realizar uma ponderação com base em valores absolutos, neutros, sem nenhuma influência do ambiente social. O problema não se coloca, então, quando se verifica uma influência social na determinação legislativa dos ilícitos penais, mas no momento em que os anseios da sociedade por um direito penal mais eficaz, com reprimendas mais duras, passam a influenciar de maneira exacerbada a produção legislativa penal, a ponto de não significar apenas uma mudança natural no desvalor atribuído a determinadas condutas.

⁽¹²⁰⁾ De maneira diferente entende Cerri, quando sustenta ser possível uma declaração de inconstitucionalidade da norma equiparadora de situações diversas pelos simples fato de existirem situações diferenciadas sob o mesmo dispositivo legal. Para este autor, o fato de uma única disposição legislativa abarcar várias condutas já indica a inexistência de uma suficiente ponderação da matéria, por parte do legislador. Daí, conclui que o controle quanto ao respeito ao princípio da igualdade (proporcionalidade relativa) nas normas penais dá-se tanto sob o enfoque de uma racionalidade objetiva, como também subjetiva – exige-se, então, que haja uma ponderação legislativa acerca dos valores em jogo para que a norma seja constitucionalmente válida (Augusto Cerri. Op. cit., p. 2.162-2.163).

De um lado, percebe-se que determinados bens tidos como penalmente relevantes vão, com o passar do tempo, perdendo este forte significado a ponto de tornarem-se obsoletos para este específico ramo do ordenamento jurídico. Vide, a respeito, a proteção penal que é dada à família no tipo incriminador do adultério. Esta infração é cada vez mais combatida, com base na constatação de que a evolução moral e social fez com que a norma passasse a conflitar com os valores e interesses vigentes.¹²¹ Por outro lado, há valores que, com o passar do tempo, deixam de ser insignificantes para o direito penal e passam por um processo de consolidação, tornando-se difusos na coletividade. Nesse sentido, pode ser lembrada a proteção penal dispensada ao meio ambiente, relativamente nova na legislação penal brasileira e que demonstra a exata situação de um bem jurídico que, aos poucos, tornou-se relevante para o direito penal.¹²²

Essas duas hipóteses mencionadas dizem respeito a situações opostas, mas que, por este motivo, possibilitam uma análise acerca da relação existente entre os valores tutelados e a prevenção geral, tendo-se como pressuposto a constatação de que o máximo em termos preventivos se dá quando a norma incriminadora reflete valores consolidados e difusos na coletividade, ao passo que se distancia de tal objetivo, quando, ao contrário, tais valores tornam-se obsoletos.¹²³ Assim, o fato de o conteúdo dos preceitos e a dosagem das sanções estarem, na medida do possível, em harmonia com a escala de juízos de valores dominantes entre a população, potencializa a função de prevenção geral desempenhada pela norma na fase legislativa da ameaça, entendida esta prevenção como a efetiva capacidade de orientação e de guia em todo o sistema de preceitos criminais.¹²⁴

A importância do consenso social, então, conecta-se diretamente à função que o sistema penal desenvolve em seu complexo: quanto mais o

⁽¹²¹⁾ Jaques de Camargo Penteado. *A família e a justiça penal*. São Paulo: RT, 1998. p. 47.

⁽¹²²⁾ Assim, observa Ferreira que “o despertar da consciência ecológica no mundo moderno, as exigências da comunidade internacional, expressa em ‘recomendações’ dos organismos internacionais que orientam a adequada proteção das condições da vida sob todas as suas formas, e o acolhimento das mesmas na legislação interna dos países que se sensibilizaram com o problema, vieram legitimar a atuação do direito penal em reforço da proteção já dispensada ou a dispensar nos outros ramos do direito” (Ivette Senise Ferreira. *Tutela penal do patrimônio cultural*. São Paulo: RT, 1995. p. 69).

⁽¹²³⁾ Guglielmo Nespoli. *Riflessioni brevi sulla sanzione penale nei suoi rapporti con lo scopo di prevenzione generale e speciale*. *La Giustizia Penale*, 1983. vol. I, p. 316.

⁽¹²⁴⁾ Michela Vecchi. Op. cit., p. 797.