

**A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E O PARADIGMA DOS PRINCÍPIOS
NO ORDENAMENTO JURÍDICO: O PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO E SUA
RELEVÂNCIA NA INTERPRETAÇÃO/APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA**
*THE INTERPRETATION OF THE LAW AND THE PARADIGM OF PRINCIPLES IN
LAW: THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY BRAZILIAN CRIMINAL LAW AND
ITS RELEVANCE IN INTERPRETATION / APPLICATION OF LEGAL STANDARD*

*Flávio Schlickmann **
*Rafaela Borgo Koch ***

Resumo: O presente artigo tem como objetivo estudar a interpretação do Direito sob o prisma dos princípios no ordenamento jurídico, com enfoque no princípio da proporcionalidade no Direito Penal Brasileiro e sua relevância na aplicação da norma jurídica, verifica-se a atuação do princípio na limitação do Estado. E, para fazer esta análise, o estudo terá início em considerações sobre a interpretação do Direito e o paradigma dos princípios no ordenamento jurídico na visão de Eros Roberto Grau. Após isso, é feita a análise de um breve histórico do princípio da proporcionalidade, seguido da análise de seu conceito. Por fim, é examinada a aplicação do princípio da proporcionalidade, com base na análise jurisprudencial.

Palavras-chave: Interpretação. Princípio. Proporcionalidade. Limitação. Estado.

Abstract: This article aims to study the interpretation of the law through the prism of the principles in the legal system, focusing on the principle of proportionality in the Brazilian Penal Law and its relevance in the application of the legal rule, it turns the action of the principle of limiting state. And to do this analysis, the study will begin in considerations on the interpretation of law and the principles of the paradigm in law in view of Eros Roberto Grau. After this, the analysis of a brief history of the principle of proportionality,

* Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Especialista em Ciência Penais pela Universidade Anhangera – UNIDERP. Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professor da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI nas cadeiras de Direito Penal (Parte Geral), Núcleo de Prática Jurídica (Direito Penal), Estágios Especializantes (Penal). Advogado. Bolsista PROGRAMA UNIEDU PÓS-GRADUAÇÃO 2014. E-mail: schlickmann@univali.br

** Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e Especialista em Direito Processual Civil pela mesma instituição. Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Bolsista CAPES. Advogada. E-mail: rafaelabkoch@gmail.com

followed by analysis of the concept is made. Finally, we examine the application of the principle of proportionality, based on case law analysis.

Keywords: Interpretation. Principle. Proportionality. Restraint. State.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo estudar a interpretação do Direito sob o prisma dos princípios no ordenamento jurídico, com enfoque no princípio da proporcionalidade no Direito Penal Brasileiro e sua relevância na interpretação e aplicação da norma jurídica.

Para o desenvolvimento lógico da pesquisa, inicia-se o presente com a análise sobre a interpretação do Direito e o paradigma dos princípios como Norma Jurídica no ordenamento jurídico na visão de Eros Roberto Grau.

Neste tópico o estudo retrata a visão de Eros Grau sobre a interpretação do Direito, sobre a localização dos princípios no ordenamento jurídico, e sobre a condição dos princípios como verdadeira Norma Jurídica, sendo indispensáveis a interpretação do Direito.

A pesquisa busca analisar o Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal Brasileiro sob este aspecto, e por isso, apresenta-se um breve histórico sobre o princípio da proporcionalidade; neste tópico estuda-se a origem do referido princípio. Em seguida, com base em doutrinas diversas, analisa-se o conceito do princípio da proporcionalidade.

Após a conceituação do princípio da proporcionalidade, analisa-se a aplicação efetiva do princípio da proporcionalidade, bem como as jurisprudências Brasileiras sobre o mesmo. O presente se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, sobre a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade.

Nas diversas fases deste artigo, empregou-se o método indutivo à pesquisa desenvolvida, sendo operacionalizado através das técnicas do referente, da pesquisa bibliográfica e dos conceitos operacionais.

2 A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E O PARADIGMA DOS PRINCÍPIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO COMO NORMA JURÍDICA NA VISÃO DE EROS ROBERTO GRAU

Na obra referida, o professor Eros Grau retrata, entre outros aspectos, o processo de interpretação/aplicação do direito, partindo da interpretação do direito no seu todo, da finalidade do direito e dos seus princípios.

Conforme ensina Eros Grau¹, a interpretação do Direito pressupõe um caráter constitutivo e não meramente declaratório. Nesse sentido, ensina que interpretar é:

[...], assim, dar concreção (= concretizar) ao direito. Neste sentido, a interpretação (= interpretação/aplicação) opera a inserção do direito na realidade; opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a inserção na vida.

Sendo assim, o autor entende que a interpretação do direito não é tarefa simples. Nesse norte, interpretar o direito pressupõe a sua inserção/aplicação da lei no mundo, sendo impossível dissociar a interpretação da aplicação prática do direito.

Ainda sobre a interpretação do Direito, o autor entende que o Direito não pode ser estudado/interpretado de forma isolada. A interpretação do Direito pressupõe o estudo do todo, sendo que “não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços”. A interpretação do Direito pressupõe ao intérprete, em qualquer caso, o caminhar projetado do texto até a Constituição, pois um texto de direito isolado não representa significado normativo algum.²

A última década do século passado, no campo do Direito, foi marcada pelo paradigma dos princípios. Isto ocorreu, na visão de Eros Grau de tal modo que:

[...], por um lado, foram eles banalizados e, por outro, grande parte do que tem sido referido como doutrina produzida em torno deles dá testemunho acabado de que as pessoas possuem inteligência bem-formada correm sempre o risco de supor que a criatividade de que são dotadas é suficiente para suprir a falta de leitura de que padecem.³

Essa situação fez com que tudo fosse, nas palavras de Eros Grau, principializado, dando um entendimento distorcido da real localização e função dos princípios no ordenamento jurídico, pairando a imprecisão absoluta quanto ao que se possa ou deva ter como princípios.

A interpretação do direito e o paradigma dos princípios no ordenamento jurídico: o princípio da proporcionalidade no direito penal brasileiro e sua relevância na interpretação/aplicação da norma jurídica

Os princípios, em ordem axiológica ou teleológica de princípios compõem o sistema que define o Direito. Assim, cumpre destacar quais são os princípios que compõem essa ordem. No que refere a existência de princípios no ordenamento jurídico, importante ressaltar que os mesmos estão no interior do mesmo, não sendo necessário resgata-los fora do ordenamento, e pelo contrário, localiza-los no seu interior.⁴

Nesse sentido, Eros Grau⁵ sustenta a não-transcendência dos princípios implícitos, esclarecendo que o que se busca não é a positivação mediante o resgate no direito natural e apenas o reconhecimento no interior do direito pressuposto.

Assim, para o autor,

[...], os princípios gerais do direito não constituem criação jurisprudencial; e não preexistem externamente ao ordenamento. A autoridade judicial, ao toma-los de modo decisivo para a definição de determinada solução normativa, simplesmente comprova a existência no bojo do ordenamento jurídico, do direito que aplica, declarando-os. Eles são, destarte, efetivamente *descobertos* no interior de determinado ordenamento jurídico.⁶

Dessa forma, o que se busca segundo o autor, é reconhecer que os princípios gerais do direito não necessitam de positivação, uma vez que já compõem o ordenamento desde o seu surgimento. O descobrimento dos mesmos no ordenamento jurídico se dá, justamente por que lá já estão desde o início.

Para Eros Grau⁷, os princípios, explícitos ou implícitos, constituem norma jurídica. Nesse sentido, entende o autor que Norma Jurídica é gênero que alberga, como espécies, regras e princípios. A interpretação do Direito passa pela dominação da força dos princípios, para o autor:

A interpretação do direito deve ser dominada pela força dos princípios; são eles que conferem coerência ao sistema. Além disso, é importante observarmos que a circunstância de serem eles elementos internos ao sistema dispensa o recurso à metáfora da “ordem de valores” como via para a realização de “justiça material” – recurso ao qual estão dispostos a recorrer todos quantos, por ingenuidade ou por excesso de otimismo, supõem possa o direito posto pelo Estado, sendo apenas *lex*, produzir *ius*.

Portanto, não há inversão na ordem de valores, quando a interpretação do direito se dá sob o prisma dos princípios, uma vez que os mesmos estão no interior do ordenamento.

Ademais, a correta interpretação do direito passa pelo reconhecimento e respeito aos princípios, posto que constituem a própria Norma Jurídica.

Seguindo o que foi fundamentado até aqui, partindo-se do pressuposto que os Princípios são Normas Jurídicas e devem ser respeitados na interpretação/aplicação do Direito, analisar-se-á o Princípio da Proporcionalidade no âmbito do Direito Penal Brasileiro.

3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO E SUA RELEVÂNCIA NA INTERPRETAÇÃO/APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

3.1 BREVE HISTÓRICO

Quando se fala de Proporcionalidade, a mesma possui fundamento desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Nesse exato sentido, Cezar Bitencourt⁸ ressalta que referido texto legal já apontava a necessidade de observância da proporcionalidade com relação à pena e a gravidade do delito. Assim, o art. 15 da declaração previa que “a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito”. Portanto, já naquela época surgiu a necessidade de se dosar a sanção aplicada pelo Estado, em desfavor daquele que cometeu o intento criminoso.

Para Joaquim José Gomes Canotilho⁹, o princípio da proporcionalidade,

O princípio da proporcionalidade dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual. Na legislação portuguesa, é com este sentido que a teoria do Estado o considera, já no século XVIII, como máxima suprapositiva, e que ele foi introduzido, no século XIX, no direito administrativo como princípio geral de direito de polícia. Posteriormente, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido por princípio da proibição de excesso, foi erigido à dignidade de princípio constitucional.

Sendo assim, conforme ensina o doutrinador acima citado, inicialmente o princípio da proporcionalidade era considerado como o problema da limitação do poder executivo. Nos atuais moldes, é entendido em sentido amplo como sendo a proibição de excesso, alçado à condição de princípio constitucional português.

Muito se discute sobre o princípio da proporcionalidade, em relação a sua origem, nas palavras de Greco¹⁰,

A interpretação do direito e o paradigma dos princípios no ordenamento jurídico: o princípio da proporcionalidade no direito penal brasileiro e sua relevância na interpretação/aplicação da norma jurídica

Muito se tem discutido ultimamente sobre o princípio da proporcionalidade, cujas raízes, embora remontem à Antiguidade, somente conseguiram firmar-se durante o período iluminista, principalmente com a obra intitulada *Dos Delitos e das Penas*, de autoria do Marquês de Beccaria, cuja primeira edição veio a lume em 1764.

Dessa forma, o princípio da proporcionalidade vem há muito tempo figurando na formação do Estado novo, fundado em garantias e direitos fundamentais.

Nesse exato sentido, Bitencourt¹¹ aduz que:

[...] o *princípio da proporcionalidade* é uma consagração do constitucionalismo moderno (embora já fosse reclamado por Beccaria), sendo recepcionado, como acabamos de referir, pela Constituição Federal brasileira, em vários dispositivos, tais como exigência da individualização da pena (art. 5º, XLVII), proibição de determinadas modalidades de sanções penais (art. 5º, XLVII), admissão de maior rigor para infrações mais graves (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV).

Portanto, o princípio da proporcionalidade era reclamado por Beccaria e fez parte da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

O princípio da proporcionalidade decorre da necessidade de limitar o Estado, para que não ocorra nenhuma interferência desnecessária na vida privada dos cidadãos. Isso porque, sendo fruto da consagração do constitucionalismo moderno¹², o princípio da proporcionalidade representa a mudança filosófica da concepção de indivíduo e da sociedade por parte do Estado, em que se concede maior respeito à dignidade humana e conseqüentemente a proibição do excesso.

No Estado Brasileiro, o princípio da proporcionalidade encontra fundamento na Constituição Federal, uma vez que diversos artigos tratam do tema, ademais, como tratado no tópico anterior, o mesmo pode ser reconhecido em diversas disposições do ordenamento jurídico, uma vez que faz parte da Norma Jurídica.

4 CONCEITO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE PARA O DIREITO PENAL BRASILEIRO

No que refere ao conceito do Princípio da Proporcionalidade no âmbito Penal Brasileiro, Mirabete¹³ ensina que o princípio da proporcionalidade decorre do princípio da

legalidade, juntamente com outros princípios, os quais formam um Estado Democrático de Direito, aplicando essas garantias ao Direito Penal. Assim, para o doutrinador,

De acordo com o *princípio da proporcionalidade*, num aspecto defensivo, exige-se uma proporção entre o desvalor da ação praticada pelo agente e a sanção a ser a ele infligida, e, num aspecto prevencionista, um equilíbrio entre a prevenção geral e a prevenção especial para o comportamento do agente que vai ser submetido a sanção penal.

Dessa forma, para o doutrinador acima citado, o princípio da proporcionalidade é aquela regra que limita o Direito Penal a aplicar os fundamentos materiais do Estado Democrático de Direitos, determinando que a sanção deva ser aplicada ao infrator proporcionalmente ao seu ato praticado.

Ensina Paulo de Souza Queiroz¹⁴ que o princípio da proporcionalidade determina que o “castigo deve variar conforme a gravidade do crime cometido ou, dito de outra forma, o princípio requer um juízo de ponderação entre a carga de privação ou restrição do direito que a pena comporta”. Isto porque a finalidade da privação é justamente a privação proporcional à gravidade do ato cometido.

No que se refere ao conceito e aplicação do princípio da proporcionalidade, Valter KenjiIshida¹⁵ ensina que tal princípio é:

[...] aquele que prevê que, ao estipular a pena do referido tipo, o legislador deve se atentar à gravidade do crime. Assim, a pena par ao homicídio doloso deve ser mais elevado que para o homicídio culposo, por que o primeiro fato é mais grave que o segundo. Na cominação da pena, o legislador segue a proporcionalidade.

Portanto, para o autor, o princípio da proporcionalidade nada mais é do que um norte a ser seguido, servindo como limitador imposto ao legislador, a fim de estipular as sanções referentes às condutas praticadas.

O princípio da proporcionalidade estabelece que toda vez que o legislador criar um novo delito, cria um ônus à sociedade. Assim, a compensação deste ônus está na vantagem de proteção do interesse tutelado pelo tipo incriminador. Nesse sentido, para Bitencourt¹⁶:

[...] o modelo político consagrado pelo Estado Democrático de Direito determina que todo o Estado – em seus três poderes, bem como nas funções

essenciais à Justiça – resulta *vinculado* em relação aos fins eleitos para a prática dos atos legislativos, judiciais e administrativos. Em outros termos, toda a atividade estatal é sempre vinculada axiomaticamente pelos princípios constitucionais explícitos e implícitos. As consequências jurídicas dessa *constituição dirigente* são visíveis. A primeira delas verifica-se pela consagração do *princípio da proporcionalidade*, não como simples critério interpretativo, mas como garantia legitimadora/limitadora de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional.

Portanto, para o autor acima citado, o princípio da proporcionalidade é o limitador constitucional de que a legislação será interpretada e produzida seguindo o mesmo.

Isso demonstra que o princípio da proporcionalidade constitui um verdadeiro vínculo constitucional capaz de limitar os fins e meios de um ato estatal. Nesse norte, basta imaginar que a proporcionalidade atua como limitadora da sanção aplicada a um crime, no ato de sua criação, através da legislação, bem como no momento de aplicação da pena no caso em concreto.

Sendo assim, a proporcionalidade encontra-se presente inclusive no exercício do poder, tanto o de legislar, como o de punir. Conforme entende Greco¹⁷, a limitação exercida pelo princípio da proporcionalidade possui um fundamento claro, isto é, evitar o excesso, posto que:

Por meio do raciocínio da proibição do excesso, dirigido tanto ao legislador quanto ao julgador, procura-se proteger o direito de liberdade dos cidadãos, evitando a punição desnecessária de comportamentos que são penalmente relevantes, mas que foram excessivamente valorados, fazendo com que o legislador cominasse, em abstrato, pena desproporcional à conduta praticada, lesiva a determinado bem jurídico.

Portanto, a proibição do excesso está presente como forma de evitar tanto o excesso na valoração da pena de determinado crime, quando da criação da legislação, como na aplicação do mesmo no caso concreto. Dessa forma, objetiva proteger a liberdade dos cidadãos.

Conforme ensina Robert Alexy¹⁸, o princípio da proporcionalidade determina que as colisões de direitos fundamentais sejam solucionadas com ponderação:

A teoria dos princípios pode mostrar que se trata, na ponderação, de uma estrutura racional de argumentar jurídico-constitucional. Mas ela também torna claro que a ponderação deve ser assentada em uma teoria da jurisdição constitucional, se ponderação deve desenvolver plenamente o seu potencial de racionalidade.

Portanto, a proporcionalidade estabelece a ponderação na colisão de direitos fundamentais, uma vez que a mesma é a forma racional de argumentar jurídico-constitucionalmente.

O princípio da proporcionalidade atua como limitador para o Estado, face à necessidade de limitar o poder do mesmo. Nas palavras de Bitencourt¹⁹, surge principalmente pelas experiências vividas na evolução dos tempos, que:

[...] tem nos permitido constatar, com grande frequência, o uso abusivo do “poder de fazer leis *ad hoc*”, revelando, muitas vezes, contradições, ambigüidades, incongruências e falta de razoabilidade, que contaminam esses diplomas legais com o vício da inconstitucionalidade.

Portanto, o princípio da proporcionalidade se mostra importante para a efetivação do Estado Democrático de Direito, uma vez que experiências passadas demonstram a necessidade da limitação do poder.

5 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE A INTERPRETAÇÃO/APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Como visto acima, o princípio da proporcionalidade pode ser entendido como sendo o limitador do Estado, além do que, possui dimensões em seu campo de aplicabilidade.

Nesse contexto, Streck²⁰ ensina que a proporcionalidade possui, na verdade, uma dupla face: uma referente à proteção positiva e outra a proteção de omissões estatais. Elucida o autor:

[...] a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos.

Portanto, a proporcionalidade pode ser também entendida como esse duplo viés: um referente à inconstitucionalidade pura, quando a norma é por si só contrária a constituição, e logo

desproporcional; outro norte é referente a insuficiência de proteção a um direito fundamental, restando também desproporcional com os objetivos da Constituição.

Esse duplo viés decorre da necessidade de vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição e, uma vez recepcionado o princípio da proporcionalidade na Carta Magna, eventual contrariedade a esta implicará na ausência de proporcionalidade da medida.

Com efeito, na lição de Bitencourt²¹, o princípio da proporcionalidade estabelece então, que:

[...] deve existir um equilíbrio – *abstrato* (legislador) e *concreto* (judicial) – entre a gravidade do injusto penal e a pena aplicada. [...] o princípio da proporcionalidade não é outra coisa senão uma concordância material entre ação e reação, causa e consequência jurídico-penal, constituindo parte do postulado da Justiça: ninguém pode ser incomodado ou lesionado em seus direitos com medidas jurídicas desproporcionadas.

Portanto, o princípio da proporcionalidade no direito penal estabelece que deve existir um equilíbrio entre a gravidade do injusto e sua pena aplicada, sendo, na prática, entendido com uma concordância material entre ação e reação, causa e consequência.

No que refere às jurisprudências sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal já decidiu sobre o conceito de princípio da proporcionalidade:

EMENTA: “HABEAS CORPUS” - VEDAÇÃO LEGAL IMPOSTA, EM CARÁTER ABSOLUTO E APRIORÍSTICO, QUE OBSTA, “IN ABSTRACTO”, A CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS NOS CRIMES TIPIFICADOS NO ART. 33, “CAPUT” E § 1º, E NOS ARTS. 34 A 37, TODOS DA LEI DE DROGAS - RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA REGRA LEGAL VEDATÓRIA (ART. 33, § 4º, E ART. 44) PELO PLENÁRIO DESTA SUPREMA CORTE (HC 97.256/RS) - OFENSA AOS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA PROPORCIONALIDADE - O SIGNIFICADO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, VISTO SOB A PERSPECTIVA DA “PROIBIÇÃO DO EXCESSO”: FATOR DE CONTENÇÃO E CONFORMAÇÃO DA PRÓPRIA ATIVIDADE NORMATIVA DO ESTADO - CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DO ÓBICE À SUBSTITUIÇÃO - O LEGISLADOR NÃO PODE VEDAR A CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÃO PENAL ALTERNATIVA, SEM A IMPRESCINDÍVEL AFERIÇÃO, PELO MAGISTRADO, DOS REQUISITOS DE ÍNDOLE SUBJETIVA E DOS PRESSUPOSTOS DE CARÁTER OBJETIVO DO SENTENCIADO (CP, ART. 44), SOB PENA DE GERAR SITUAÇÕES NORMATIVAS DE ABSOLUTA DISTORÇÃO E DE SUBVERSÃO DOS FINS QUE REGEM O DESEMPENHO DA

FUNÇÃO ESTATAL – PRECEDENTES - “HABEAS CORPUS”
CONCEDIDO DE OFÍCIO, COM EXTENSÃO, TAMBÉM DE OFÍCIO,
DOS SEUS EFEITOS À CO-RÉ.²² **(sem grifo no original)**

Sendo assim, conforme entendimento recente do STF, o princípio da proporcionalidade no âmbito penal, pode ser visto como proibição de excesso. No caso em tela, a substituição da pena privativa de liberdade ao caso de tráfico de drogas foi admitida, visto que a decisão havia sido contrária aos princípios da proporcionalidade e individualização da pena.

No que refere à aplicação da lei penal, o Supremo Tribunal Federal entendeu, em caso singular, que o Superior Tribunal de Justiça não se utilizou da proporcionalidade:

EMENTA: Habeas corpus ajuizado em favor de gerente de agência do Banco do Brasil S.A., em face de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça. 2. Crime de desobediência. 3. Mandado de penhora que, a par de indicar expressamente o valor total da dívida, continha comando adicional para penhora de cinquenta por cento de numerário vinculado a conta bancária. 4. Recusa do paciente em disponibilizar quantia correspondente a cinquenta por cento do numerário vinculado a conta bancária, haja vista que tal parcela era superior ao valor total da dívida, indicado expressamente no mandado. **5. Cumprimento do mandado de penhora, tendo em vista a quitação o valor total da dívida. 6. A mera instauração de inquérito, quando evidente a atipicidade da conduta, constitui meio hábil a impor violação aos direitos fundamentais, em especial ao princípio da dignidade humana. 7. Ausência de proporcionalidade.** 8. Ausência de tipicidade. 9. Ausência de dolo. 10. Ausência de justa causa. 11. Sentença nula. 12. Ordem deferida.²³ **(sem grifo no original)**

Dessa forma, no caso acima, o STF entendeu que a recusa do gerente do banco em disponibilizar a quantia referente à penhora era conduta investigável através de inquérito, e não através da prisão decretada sem a observância do princípio da proporcionalidade.

Por fim, no tema referente à aplicação da sanção, o Supremo Tribunal Federal entende que:

EMENTA: "HABEAS CORPUS". USO DE TÓXICO (art. 16 da Lei nº6.368/76). DOSIMETRIA DA PENA. INOBSERVÂNCIA DO CRITÉRIO TRIFÁSICO. PENA-BASE E AGRAVANTE. DESPROPORCIONALIDADE. 1. A teor do art. 61, inciso I, do Código Penal, a reincidência consubstancia circunstância legal agravante, não podendo ser considerada como critério para a fixação da pena-base. 2. Ofende o princípio da proporcionalidade entre a agravante e a pena aplicada, bem assim o critério trifásico previsto no art. 68 do Código Penal, a sentença que na primeira etapa da individualização da pena fixa o seu "quantum" no limite máximo previsto para o tipo penal. 3. Habeas corpus deferido, em parte.²⁴

A interpretação do direito e o paradigma dos princípios no ordenamento jurídico: o princípio da proporcionalidade no direito penal brasileiro e sua relevância na interpretação/aplicação da norma jurídica

Nesse norte, conforme o entendimento do STF, na aplicação da pena, a majoração a título de pena-base pela reincidência e posterior aumento como agravante fere diretamente a proporcionalidade prevista pelo princípio ora estudado.

Assim, por todo exposto, fica claro a importância do Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal Brasileiro, seja pelas manifestações da doutrina neste sentido, seja pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal em suas recentes decisões.

O Princípio da Proporcionalidade está enraizado no ordenamento jurídico penal brasileiro, sendo indispensável a sua observância no que refere a interpretação/aplicação da norma penal brasileira, sendo verdadeiro parâmetro para os juristas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve por objetivo analisar a interpretação do Direito sob o prisma dos princípios no ordenamento jurídico, com enfoque no princípio da proporcionalidade no Direito Penal Brasileiro e sua relevância na interpretação e aplicação da norma jurídica.

Conforme estudado neste artigo, a correta interpretação do direito passa pelo reconhecimento e respeito aos princípios, posto que constituem a própria Norma Jurídica. Seguindo esta direção, analisou-se o Princípio da Proporcionalidade no âmbito do Direito Penal Brasileiro.

Sobre a proporcionalidade, fez-se um breve histórico sobre o princípio da proporcionalidade, momento em que se verificou que o princípio da proporcionalidade era reclamado por Beccaria e fez parte da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, decorrendo da necessidade de se limitar o Estado de forma a evitar interferências desnecessárias na vida privada dos cidadãos.

Em seguida, analisou-se o conceito do princípio da proporcionalidade, esclarecendo-se que o mesmo funciona como o limitador constitucional de que a legislação será interpretada e produzida seguindo tal princípio. O presente artigo termina com a verificação da aplicação efetiva do princípio da proporcionalidade, bem como as jurisprudências brasileiras sobre o mesmo.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, conforme demonstrado, reconhece o princípio da proporcionalidade como um verdadeiro limitador do poder-dever do Estado em

aplicar a sanção ao autor do ato injusto. Sendo assim, o princípio da proporcionalidade limita a atuação do Estado, visto que o mesmo não permite que ocorram eventuais excessos na punição, ou mesmo na aplicação da medida. Por isso, fica claro a importância do Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal Brasileiro, seja pelas manifestações da doutrina neste sentido, seja pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal em suas recentes decisões.

O Princípio da Proporcionalidade está enraizado no ordenamento jurídico penal brasileiro, sendo indispensável a sua observância no que refere a interpretação/aplicação da norma penal brasileira, sendo verdadeiro parâmetro para os juristas.

NOTAS

- ¹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 5 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 38.
- ² GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. p. 44.
- ³ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. p. 46.
- ⁴ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. p. 46-47.
- ⁵ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. p. 48.
- ⁶ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. p. 48.
- ⁷ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. p. 55.
- ⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 54.
- ⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Direito constitucional e Teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 259-260.
- ¹⁰ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 13 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 75.
- ¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. p. 54.
- ¹² Nas palavras de Canotilho, o constitucionalismo é “[...] a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. [...] O conceito de Constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma *teoria normativa da política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.” Assim, Nessa direção, o Constitucionalismo moderno é entendido como uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 51)

- ¹³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. volume 1: parte geral, art. 1º ao 120 do CP. 24 ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2006. São Paulo: Atlas, 2008. p. 29.
- ¹⁴ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal: Parte Geral*. 7 ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011. p. 53-54.
- ¹⁵ ISHIDA, Valter Kenji. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 29.
- ¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. p. 55.
- ¹⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. p. 77.
- ¹⁸ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Afonso Heck. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 09.
- ¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. p. 56.
- ²⁰ STRECK, Lênio Luiz. *A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. Revista de *Ajuris*, Ano XXXII, p. 180.
- ²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. p. 57.
- ²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº. 106442 – Mato Grosso do Sul*. Medida Cautelar em Habeas Corpus. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 30/11/2010. Órgão Julgador: Segunda Turma.
- ²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº. 82969 – Paraná*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 30/09/2003. Órgão Julgador: Segunda Turma.
- ²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº. 75889 – Mato Grosso*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o Acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Julgamento: 17/03/1998. Órgão Julgador: Segunda Turma.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Afonso Heck. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº. 106442 – Mato Grosso do Sul*. Medida Cautelar em Habeas Corpus. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 30/11/2010. Órgão Julgador: Segunda Turma.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº. 75889 – Mato Grosso*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o Acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Julgamento: 17/03/1998. Órgão Julgador: Segunda Turma.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n.º 82969 – Paraná*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 30/09/2003. Órgão Julgador: Segunda Turma.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 5 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 13 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

ISHIDA, Valter Kenji. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. volume 1: parte geral, art. 1º ao 120 do CP. 24 ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2006. São Paulo: Atlas, 2008.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal: Parte Geral*. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. *A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. Revista de Ajuris, Ano XXXII.

