

BEM JURÍDICO PENAL E PROPORCIONALIDADE

CRIMINAL JURIDICAL INTEREST AND PROPORTIONALITY

Marcel Maia Viana

Mestrando em Direito pela Universidade Estácio de Sá – UNESA.

Servidor Público do Tribunal de Justiça do Acre – TJAC.

marcelmviana@hotmail.com

<http://lattes.cnpq.br/5964893428049263>

<https://orcid.org/0000-0001-5629-0084>

Emmily Teixeira de Araújo

Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília – UnB.

Advogada.

emmily.araujo@gmail.com

<http://lattes.cnpq.br/7643953719987224>

<https://orcid.org/0000-0003-0212-4472>

Thiago Pereira Figueirêdo

Mestre em Direito pela Universidade de Brasília – UnB.

Advogado.

thiago.figueiredo@msn.com

<http://lattes.cnpq.br/2379674632058169>

<https://orcid.org/0000-0002-3944-8721>

RESUMO

Em sua moderna concepção, o princípio constitucional da proporcionalidade também deve ser aplicado como método de controle do Estado com relação à escolha das condutas a serem definidas em lei como crimes. Partindo-se de uma perspectiva valorativa dos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento, à luz do princípio da intervenção mínima e dos critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, é possível averiguar racionalmente a constitucionalidade da criminalização de condutas. Objetivo: este artigo teve como objetivo tecer paralelo entre os princípios norteadores da criação de tipos penais e os parâmetros constitucionais para a restrição dos direitos fundamentais. Método: a pesquisa possuiu natureza qualitativa e foi elaborada mediante abordagem dedutiva, por meio de técnicas de pesquisa bibliográfica e documental direta e indireta, com a análise de fontes primárias e secundárias. Resultado: concluiu-se que os tradicionais postulados limitativos do direito penal – exclusiva proteção de bens jurídicos e intervenção mínima – consistem em decorrência do princípio da proporcionalidade, exigindo do legislador a observância dos mesmos critérios por ocasião da criação de normas penais incriminadoras.

» PALAVRAS-CHAVE: CONSTITUIÇÃO. PROPORCIONALIDADE. PRINCÍPIOS. DIREITO PENAL. BENS JURÍDICOS.

ABSTRACT

In its modern conception, the constitutional principle of proportionality must also be applied as a method of state control over the choice of behaviors to be defined in law as crimes. Starting from an evaluative perspective of the interests protected by the legal framework, under the principle of minimum intervention and criteria of necessity, appropriateness and proportionality in the strict sense, it's possible to rationally determine the constitutionality of conduct criminalization. Objective: this article aims to draw a parallel between the guiding principles for the creation of criminal types and the constitutional parameters for the restriction of fundamental rights. Method: the research had a qualitative nature, and was elaborated through deductive approach, direct and indirect bibliographic and documentary research techniques, with the analysis of primary and secondary sources. Result: it was concluded that the traditional restrictive postulates of criminal law – exclusive protection of legal interests and minimal intervention – are corollaries of the principle of proportionality, requiring the legislator to observe the same criteria when creating incriminating penal rules.

» KEYWORDS: CONSTITUTION. PROPORCIONALITY. PRINCIPLES. CRIMINAL LAW. JURIDICAL INTERESTS.

Artigo submetido em 20/12/2021, aprovado em 29/3/2022 e publicado em 29/6/2022.

INTRODUÇÃO

Em geral, quando se fala da aplicação do princípio da proporcionalidade ao direito penal, frequentemente se aborda necessidade de previsão *in abstracto* de sanções compatíveis com a gravidade das condutas descritas nos tipos criminais, ou mesmo ao direito à individualização da pena *in concreto* (C.F., art. 5º, XLVI). Trata-se de visão apenas parcial da problemática. No atual estágio da ciência jurídica, está evidenciado que a proporcionalidade exerce papel bem mais amplo na análise da legitimidade das medidas estatais restritivas de direitos fundamentais, dentre as quais sobressai a edição de normas penais incriminadoras.

A incorporação ao direito pátrio dos conceitos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, já bastante difundidos tanto doutrinária quanto jurisprudencialmente, impõe ao intérprete nova reflexão no tocante à discricionariedade do legislador na escolha das condutas a serem proibidas por meio da *ultima ratio* criminal. Neste sentido, da simples aplicação de silogismo entre determinado tipo *abstracto* e seu suporte fático, a interpretação das normas incriminadoras deve ser substancialmente aprofundada, passando à averiguação, antes de tudo, da legitimidade da escolha dos tipos penais em face do sistema constitucional.

O objetivo deste artigo é, após a realização de digressão a respeito das teorias da proporcionalidade, exclusiva proteção de bens jurídicos e intervenção mínima, tecer paralelo entre os principais princípios regentes da criação de tipos penais e os parâmetros constitucionais para a restrição dos direitos fundamentais.

O método de abordagem adotado no trabalho será o dedutivo, utilizando-se de pesquisa bibliográfica e legislativa.

1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Desde a antiguidade clássica, buscou-se na consolidação de práticas proporcionais a resolução de conflitos de interesses.

Foi propriamente em Aristóteles que a aplicação do princípio ganhou considerável ênfase. Em sua definição de ética, aplicável a todos os ramos da atividade humana, a virtude não se encontrava na falta da atuação necessária, ou mesmo no excesso de uma conduta praticada, mas, sim, em um ponto equidistante a esses dois extremos, definido como meio-termo, elemento, segundo sua concepção, definidor da verdadeira justiça material (ARISTÓTELES, 2000).

Séculos depois, com os teóricos iluministas, o princípio auferiu nova roupagem ao ser voltado preponderantemente contra atos estatais. Montesquieu (2008) esboçou contundente crítica sobre a atuação normativa do Estado, repugnando a criação de normas arbitrárias e irracionais. Segundo sua tese sobre a “composição das leis”, deve-se evitar a criação de normas desnecessárias ou desfigura-

das de adequação entre os meios e os fins buscados. No âmbito penal, a exemplo de seu contemporâneo Cesare Beccaria (2007, p. 49), pugnou pela proporcionalidade das penas aos delitos cometidos.

Mas foi na Alemanha do século XIX que a concepção moderna do instituto se originou, especificamente voltada para o controle dos excessos da Administração Pública no exercício do poder de polícia. Também designado de razoabilidade ou de vedação de excesso, concebeu-se a proporcionalidade como evolução do princípio da legalidade, para impedir condutas estatais que ultrapassem os limites do legalmente permitido, deixando-se a discricionariedade e entrando no campo do arbítrio (BARROS, 2006, p. 34).

Posteriormente, com o término da Segunda Guerra Mundial e a crise do legalismo jurídico que se seguiu, a doutrina e jurisprudência tedescas passaram a desenvolver e aplicar a proporcionalidade para aferir a constitucionalidade das leis, máxime no tocante às medidas restritivas de direitos fundamentais, tendo como base fundamental o princípio do Estado de Direito (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 650).

Paralelamente à experiência alemã – embora se tenha iniciado antes da Segunda Guerra Mundial, durante as contestações à validade constitucional das políticas do *new deal* (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 437) –, o princípio em tela foi desenvolvido nos Estados Unidos da América sob outro enfoque, desta feita como corolário substantivo da garantia do devido processo legal (*substantive due process of law*), resultando em exigência de razoabilidade da atuação estatal.

No Brasil, a proporcionalidade foi recepcionada de forma tardia. Ressalvados alguns poucos precedentes do Supremo Tribunal Federal datados das décadas de 1960 e 1970 (MENDES; BRANCO, 2017) – que não chegaram a abordá-la de forma sistemática –, foi apenas após o advento da Constituição de 1988 que a doutrina e a jurisprudência pátrias, inspiradas pela já consolidada dogmática alemã, passaram a tratar o tema analiticamente.

Deve ser frisado, entretanto, que a mudança de mentalidade dos operadores jurídicos brasileiros se deu mais em virtude dos novos ares advindos da redemocratização e da influência de autores estrangeiros – em especial Robert Alexy e Ronald Dworkin – do que propriamente da literalidade do texto constitucional de 1988 que, a propósito, não contém em seu teor menção expressa à necessidade de razoabilidade no agir dos entes estatais.

Exatamente em virtude dessa omissão, existe dissenso a respeito do fundamento constitucional para a proporcionalidade. Parte da doutrina, acompanhada por precedentes mais antigos do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2000), segue a linha estadunidense do devido processo legal substantivo (PUCCINELLI JÚNIOR, 2012, p. 386), ao passo que eminentes vozes defendem a tese germânica da derivação do Estado de Direito (CANOTILHO, 2003), ou mesmo sustentam a qualidade de princípio implícito (GUERRA FILHO, 2009, p. 236), decorrente do art. 5º, § 2º, da Carta (PEREIRA, 2011, p. 172).

Outra importante discussão diz com a natureza normativa (princípio ou regra) da proporcionalidade. Robert Alexy (2011, p. 117) defende que a indigitada norma tem a natureza regra “uma vez que suas máximas parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) não são ponderadas frente a algo diverso”. Em sua concepção, o que deve ser analisado é se essas sub-regras foram satisfeitas ou não, e se sua não satisfação tem como consequência uma ilegalidade.

Contrapondo essa proposta, Daniel Sarmento entende a proporcionalidade como verdadeiro princípio:

[...] primeiramente, porque a sua incidência deve ser calibrada em razão da tensão com outros princípios constitucionais, como a democracia e a separação de poderes. É isso que justifica que, em determinadas hipóteses, se recomende ao Judiciário uma postura de autocontenção na aplicação da proporcionalidade, em favor das decisões tomadas por outros órgãos estatais. Portanto, não há a aplicação da proporcionalidade de acordo com a lógica do “tudo ou nada”. E, em segundo lugar, porque existe, sim, um conteúdo material próprio da proporcionalidade, ligado à contenção racional do poder estatal. É certo que a proporcionalidade pode ser empregada em conjugação com outras normas constitucionais, para evitar que os bens jurídicos que as mesmas tutelam sejam restringidos de maneira injustificada ou imoderada. Mas o princípio da proporcionalidade também se presta a um emprego autônomo, em situações em que os interesses restringidos não desfrutam de hierarquia constitucional (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 653).

A despeito das inúmeras polêmicas doutrinárias a respeito do instituto, é seguro afirmar que sua aceitação no direito brasileiro é praticamente pacífica – embora com variações a respeito da metodologia e fundamentação teórica – tendo como linha geral o controle das medidas restritivas dos direitos individuais dos cidadãos. Partindo desse pressuposto, e como se pôde antever das anteriores linhas deste estudo, costuma-se dividi-lo nos subcritérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Deve-se esclarecer que a divisão apresentada representa mais do que simples classificação de caráter didático, configurando-se em verdadeiro procedimento sequenciado e racional de verificação da validade de atos estatais restritivos. Nesse sentido, a análise concreta da proporcionalidade de determinada medida deve iniciar com a aferição de sua adequação, passando à necessidade e, finalmente, à proporcionalidade em sentido estrito, sendo certo que a reprovação em qualquer um dos três “testes” implica necessariamente reconhecimento de inconstitucionalidade (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 655).

A primeira dimensão da proporcionalidade – também denominada “conformidade” ou “idoneidade” – exige que os atos estatais sejam adequados aos fins para os quais se destinam (CANOTILHO, 2003, p. 267). O raciocínio a respeito deste subcritério é elaborado em duas etapas básicas: 1ª – os fins da medida restritiva devem ser compatíveis com o ordenamento jurídico; 2ª – os instrumentos utilizados devem contribuir efetivamente para a consecução da finalidade pretendida.

Como é de se esperar, o estudo das etapas da idoneidade suscita questões de alta relevância prática, a começar pelos contornos da compatibilidade dos fins almejados com o ordenamento jurídico. Neste respeito, discute-se se as finalidades necessariamente devem provir da realização de normas constitucionais, ou se basta que não violem a Carta Política.

A resposta vai depender do Poder (*rectius*, da função estatal) do qual é originada a medida sob exame. Sendo proveniente da atividade jurisdicional ou administrativa do Estado, em cujas premissas fundamentais se encontra o respeito ao ordenamento posto, parece claro que sua finalidade deve ser estritamente vinculada aos ditames constitucionais vigentes. Já em se tratando da atividade legiferante, demonstra-se mais adequado o entendimento de que basta a não contrariedade dos objetivos do ato com a Constituição, sob pena de transformar o legislador em mero executor da vontade do constituinte, fazendo tábula rasa do princípio democrático e da inevitável evolução dos valores e necessidades das sociedades modernas (PEREIRA, 2011, p. 176).

Constatada a validade teleológica da medida, o teste de adequação impõe verificar se os meios previstos efetivamente instrumentalizam a realização dos fins almejados. Os critérios para a aferição dessa nuance são variados e, em linhas gerais, importam a realização de juízos de caráter qualitativo (eficácia da medida na consecução do fim), quantitativo (número maior ou menor de elementos atingidos pela medida), temporal (velocidade com que os objetivos são atingidos) e probabilístico (grau de segurança com que se pode esperar a consecução dos fins).

As polêmicas envolvendo esse subcritério são imensas e, por assim dizer, proporcionais a sua relevância no estudo da matéria, a começar pela possibilidade de o Judiciário imiscuir-se em tais assuntos técnicos – típicos tanto da discricionariedade administrativa quanto da liberdade criativa conferida ao legislador –, sem ultrapassar as balizas impostas pelo princípio da separação dos Poderes. Neste ponto, recomenda-se ao julgador atuação extremamente comedida e responsável, somente intervindo quando demonstrada de forma flagrante e objetiva a inaptidão da escolha, legislativa ou administrativa, para a consecução dos fins almejados (PEREIRA, 2011, p. 180).

Também é importante trazer à baila a divergência a respeito da força da idoneidade esperada dos atos de restrição. Para os adeptos da teoria da “adequação forte”, as medidas estatais somente atenderiam os requisitos da proporcionalidade se sua prática efetivamente levasse à consecução dos fins almejados. Já a corrente da “adequação fraca” defende, com razão, que basta que a medida contribua, ao menos parcialmente, para a realização dos objetivos, máxime considerando a possibilidade e a quase sempre necessidade de combinação de várias políticas públicas para a consecução dos fins constitucionais (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 657).

Por derradeiro, a adequação dá azo a questionamentos com relação aos parâmetros temporais nos quais deve se embasar a análise da eficácia de determinada medida restritiva. Com efeito, deve o operador considerar apenas as informações existentes à época da edição da medida analisada (perspectiva *ex ante*) ou ter em mente também os avanços científicos e resultados empíricos da aplicação da restrição no decorrer do tempo (perspectiva *ex post*)? Em se tratando da análise que se baseia na efetividade, parece clara a necessidade de colheita de dados posteriores à implementação do ato perscrutado, de sorte a verificar se a previsão realizada pelo órgão estatal realmente encontrou reflexo na realidade (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 658).

Confirmada a adequação do ato restritivo analisado, passa-se ao seu teste no âmbito da segunda dimensão da proporcionalidade, a qual impera que todos os atos de restrição sejam realmente necessários (exigíveis) à tutela do interesse promovido, não se considerando legítimas condutas estatais supérfluas (MENDES; BRANCO, 2017).

A exemplo do subprincípio anterior, a exigibilidade determina a submissão da conduta estudada a duas etapas sequenciais. Primeiramente, utilizando-se os já visitados critérios de idoneidade, perquire-se a existência de outras providências estatais no mínimo igualmente eficazes à realização dos objetivos pretendidos pelo ato analisado.

Existindo medidas alternativas, deverá o operador passar à verificação do grau de restrição aos bens jurídicos decorrente de sua adoção, em cotejo com o sacrifício exigido para a efetivação da providência inicialmente analisada.

Caso, ao final da análise, seja concluído pela existência de outra medida, igualmente eficaz e menos gravosa, forçoso o reconhecimento da inexigibilidade do ato em análise e, por via de consequência, de sua inconstitucionalidade.

Acerca deste subprincípio cabem as mesmas advertências realizadas no tocante à adequação: sob pena de infringência do princípio da separação dos Poderes, recomenda-se ao Judiciário extrema cautela antes de chegar à conclusão de que determinada providência estatal é desnecessária, principalmente considerando a complexidade técnica dos elementos que envolvem este raciocínio, cuja abordagem é ordinariamente desenvolvida de modo mais adequado pelos demais Poderes, dentro de suas respectivas competências.

Havendo o entendimento de que a restrição sob exame é adequada e necessária, impõe-se questionar acerca de sua proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, se o resultado obtido é proporcional à sua “carga coativa”, à luz de um prognóstico de “justa medida” (CANOTILHO, 2003, p. 271). Trata-se, em suma, “de uma análise comparativa entre os custos e benefícios da medida examinada – seus efeitos negativos e positivos –, realizada não sob uma perspectiva estritamente econômica, mas tendo como pauta o sistema constitucional de valores” (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 660).

Também denominada de “ponderação”, a proporcionalidade em sentido estrito é indubitavelmente o subcritério que demanda do intérprete o maior esforço hermenêutico e racional, diferenciando-se dos demais pela perspectiva em que a medida restritiva é investigada. Enquanto na adequação e necessidade é dado enfoque sobre o meio de intervenção propriamente dito, avaliado em face de sua finalidade, grau de afetação e eventuais resultados (adotando-se as perspectivas *ex post*), a proporcionalidade em sentido estrito leva o exegeta a comparar valorativamente as finalidades da providência restritiva com seus resultados e consequências, de sorte a averiguar se é justificável prestigiar determinado bem jurídico em detrimento da menor satisfação de outro na espécie.

Consoante o magistério de Alexy, a busca pelo atendimento a esse subprincípio comporta o procedimento de etapas determinadas e sequenciais:

A lei de ponderação mostra que a ponderação pode ser dividida em três passos. No primeiro passo é preciso definir o grau de não satisfação ou de afetação de um dos princípios. Logo, no segundo passo, se define a importância da satisfação do princípio que joga em sentido contrário. Finalmente, em um terceiro passo, deve-se definir se a importância da satisfação do princípio contrário justifica a afetação ou a não satisfação do outro (ALEXY, 2002, p. 32).

Sarmiento argumenta, com precisão, que a constitucionalidade das restrições somente será verificada se for aferido que a promoção do bem jurídico favorecido iguala ou supera a restrição ao interesse concorrente, numa ponderação inspirada pela axiologia constitucional (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 661).

Como se percebe, o raciocínio que subjaz à proporcionalidade em sentido estrito invariavelmente pressupõe a colisão entre as normas-princípio constitucionais, abstratos mandamentos de realização de determinado direito na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e factíveis existentes (mandamentos de otimização). Tal espécie normativa traduz as decisões políticas fundamentais, valores e fins instituídos pelo constituinte, os quais, dentro de uma sociedade multidiversificada e plural, naturalmente entram em constante conflito (BARROSO, 2020), sem que isso importe sua negação.

O contraponto dos princípios dentro do ordenamento jurídico são as normas-regras, ou mandamentos de definição, diferenciadas por Humberto Ávila:

As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto ao modo como prescrevem o comportamento. As regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser cumprida. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas cuja promoção gradual depende dos efeitos decorrentes da adoção de comportamentos a ele necessários. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão de comportamento (ÁVILA, 2018, p. 95).

Outra importante distinção entre as espécies normativas em comento é a forma de aplicação. Como corolário do mandamento da segurança jurídica, as regras são aplicadas segundo a lógica do “tudo ou nada”, em procedimento denominado subsunção: deve ser verificado tão somente se determinado fato (suporte fático) se amolda à descrição legal (tipo ou hipótese de incidência), sendo impossível a aplicação de duas normas desta espécie, aparentemente conflitantes, a um mesmo caso concreto. Nessas hipóteses, denominadas conflitos aparentes, a definição da regra a ser aplicada é obtida mediante os conhecidos métodos de resolução de antinomias: hierarquia, cronologia e especialidade.

Já os princípios, como visto, pela própria fluidez decorrente de sua estrutura, são passíveis de colisões, cuja resolução demanda o uso do instrumento da ponderação.

Estabelecida, no caso concreto, a intensidade da restrição a direito fundamental e a finalidade e importância respectivas do princípio colidente, resta ao intérprete sopesar os interesses em conflito, de sorte a perquirir “se a restrição ao direito ou ao bem jurídico imposta pela medida estatal” (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 662) efetivamente compensa a promoção do interesse

contraposto. Para tanto, devem ser averiguados a importância de cada um dos princípios colidentes dentro do ordenamento constitucional (peso abstrato) e o grau de afetação do interesse restrito (peso concreto), de sorte a verificar se, naquela situação, é racionalmente justificável preponderar um em detrimento do outro.

Sendo constatado que a restrição é excessiva e não compensável pelos benefícios da promoção do interesse objetivado, forçoso o reconhecimento da inconstitucionalidade da medida. Em contrapartida, caso o intérprete chegue à conclusão de que as vantagens na promoção de determinado valor igualem, ou mesmo superam as desvantagens da restrição dela decorrente, fica confirmada a legitimidade da respectiva medida estatal.

2 PRINCÍPIO DA EXCLUSIVA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS

A ideia de proteção a bens jurídicos como missão do direito penal tem sua origem nos teóricos iluministas, os quais produziram a base dogmática para o advento de grande parte da concepção científica hodierna.

O pensamento iluminista surgiu no âmbito criminal como resposta crítica às práticas penais do período monárquico absolutista, dominante e praticamente incontestável na Europa antes da eclosão das Luzes.

Um dos mais conhecidos autores do período, Cesare Beccaria expôs com precisão a vetustez dos princípios utilizados como base para as práticas penais existentes no antigo regime absolutista:

Fragmentos da legislação de antigo povo conquistador, compilados por ordem de um príncipe que reinou, em Constantinopla, há doze séculos, combinados depois com os costumes dos lombardos e amortalhados em um volumoso calhamaço de comentários pouco inteligíveis, são o antigo acervo de opiniões que uma grande parte da Europa prestigiou com o nome de leis [...]. (BECCARIA, 2007, p. 11).

A irracionalidade dos sistemas penais absolutos acarretava incriminações arbitrárias, por vezes pautadas unicamente em perspectivas vagas de moral, ética, religião e pecado. À época, a missão do direito penal se limitava a, punindo todos os culpados, servir de exemplo e estímulo negativo à violação das regras do Estado pelo corpo social. O réu, nesse contexto, era apenas objeto sobre o qual incidiam as normas do sistema criminal.

Buscando a superação de tais conceitos, formulou-se a teoria do delito como violação de direitos subjetivos, a qual possui como expoente o alemão Feuerbach. Tal tese, corolário do contratualismo social e dos princípios de direito privado de Savigny, representou enorme avanço para a teoria do crime por negar ao seu conceito os caracteres deontológicos outrora utilizados (pecado, moral, ética) e tentar estabelecer bases materiais para a definição criminal (SILVA, 2003, p. 31). Em que pese resultar em importante evolução para a época, a concepção de delito como violação de direitos subjetivos encontrava barreiras intransponíveis na exegese dos crimes de sujeito passivo indeterminado, para os quais não era possível definir o titular do aludido direito subjetivo.

Posteriormente, com Birbaum, a concepção subjetiva de delito deu lugar a uma compreensão puramente objetiva. Coube ao citado autor a teorização de bem jurídico como objeto material, tutelado pela norma e lesionado com a prática do ilícito penal (PELARIN, 2002, p. 55). As doutrinas subsequentes, após o advento do positivismo, passaram a dar contornos mais específicos ao conceito de bem jurídico, notadamente por intermédio dos alemães Von Liszt e Binding, os quais, em apertada síntese, elaboraram a conceituação de bens jurídicos como interesses sociais protegidos pelo direito.

Na atualidade, o debate sobre o conceito de bem jurídico continua sendo objeto de polêmica entre os *experts*. Destaca-se, neste ponto, o conceito apresentado por Francisco de Assis Toledo, para quem os bens jurídicos são valores ético-sociais selecionados pelo direito com o objetivo de assegurar a paz social, e colocados sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas (TOLEDO, 2002, p. 16).

A discussão em torno da conceituação do instituto, contudo, apenas vem atestar a sua primordial importância para a ciência jurídica contemporânea, voltada para ditames constitucionais da aplicação do aparato repressor estatal. Neste esteio, seja qual for a definição adotada pelo intérprete, forçoso reconhecer que o bem jurídico exerce importantes funções dentro da interpretação e aplicação dos tipos penais.

Primeiramente, exerce função de fundamentação da norma criminal. Por meio da constatação da centralidade desse instituto na moderna teoria do delito, se faz possível delinear toda a aplicação dos demais conceitos científicos aplicáveis. Consequentemente, cada um dos elementos do delito (fato típico, antijurídico e culpável) deve estar impregnado de essência pelo interesse que a norma criminal visa proteger, relação essa a ser sempre perquirida pelo operador do direito.

Outra função atribuída ao bem jurídico é a exegética (ou interpretativa). Faz-se imperioso, neste talante, que toda interpretação do ordenamento penal deva ter como base e orientação primaz os bens protegidos por cada norma jurídica, de modo que somente considerar-se-á conduta como criminosa se resultar em algum atentado para o bem normativamente protegido (GOMES, 2007, p. 387).

Por derradeiro, destaca-se, como papel de maior relevo do conceito de bem jurídico penal, a sua função de garantia. Da consolidação da perspectiva de centralidade do interesse tutelado na sistemática penal erigem várias concepções garantidoras de direitos individuais e limitadoras do *ius poenale* estatal. Neste talante, fica inadmissível a incriminação de pensamentos não exteriorizados, condutas não ultrapassantes da esfera jurídica do agente, condutas não produtoras de lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos.

Assim, a análise da relevância que cada bem jurídico possui para a coletividade, bem como do grau da agressão a ele imposta, torna essencial a diferenciação das espécies de punição estatal tanto no plano abstrato das leis quanto na aplicação concreta dos operadores, do que se denota a incom-

patibilidade de incriminações e sanções desproporcionais, não condizentes com os postulados de um direito penal de garantias.

3 CRITÉRIOS DE ESCOLHA DOS BENS JURÍDICOS – PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO PENAL MÍNIMA

Firmado entendimento sobre a função primordial das normas incriminadoras, qual seja, a exclusiva proteção de bens jurídicos, insta versar sobre os fundamentos político-criminais que orientam a escolha do objeto material sobre o qual a tutela penal deverá incidir.

Nesse sentido, a doutrina aponta três principais tendências voltadas fundamentalmente para a escolha dos bens jurídicos dignos da proteção penal: o movimento da lei e ordem, o abolicionismo e o direito penal mínimo (BATISTA, 2007, p. 84).

O movimento da lei e ordem pugna pela ampla e ilimitada utilização dos sistemas penais no afã de resolver repressivamente os problemas que afligem a sociedade, motivo pelo qual esse movimento também é chamado de direito penal máximo (GRECO, 2009, p. 5).

Nas últimas décadas, observou-se a atuação desenfreada e amplamente divulgada de profissionais não habilitados à análise crítica e fundamentada das normas penais. Jornalistas, repórteres, apresentadores de programas de entretenimento e outras personalidades públicas passaram a chamar para si a responsabilidade de criticar a legislação criminal, sem contar com as devidas competências teóricas para tanto (GRECO, 2009, p. 13).

Diariamente, é propagado nos meios de comunicação o ideal de que o endurecimento das sanções penais, a multiplicação das condutas tipificadas como delito e a relativização das garantias dos **criminosos incuráveis** – inimigos da sociedade – representariam a resolução efetiva das mazelas da criminalidade descontrolada. A sociedade em geral, por sua vez, assustada com a crescente violência circundante, aceita passivamente as infundadas posições punitivistas da lei e ordem, transformando-as em senso comum.

Baseado em semelhantes conceitos, determinado setor da doutrina penal alienígena, capitaneado pelo professor alemão Günther Jakobs, passou a defender tese radicalmente funcionalista de direito penal, com o fito de que este visaria primordialmente à garantia da “confiança institucional” (GOMES, 2002, p. 137) no sistema.

Busca-se, dessa forma, o controle da delinquência mediante a tipificação de toda e qualquer prática antissocial, independentemente da gravidade dos resultados produzidos ou da importância do bem jurídico tutelado. O direito penal, nesse sentido, deixa de ser instrumento de proteção de bens jurídicos fundamentais à existência da sociedade, passando a cumprir papel meramente publicitário, sensacionalista e simbólico.

À evidência, a solução apresentada pelo movimento da lei e ordem não é adequada. Inexistem atualmente estudos científicos seguros que comprovem a real efetividade da exacerbação no âmbito de proibições criminais e da relativização de garantias individuais.

Pelo contrário, a experiência tem mostrado que a exagerada inflação de tipos penais, ao invés de elemento de eficácia, se consubstancia em fator de estímulo à impunidade e de desobediência à lei, na medida em que estabelece proibições acerca de condutas socialmente aceitas, diminuindo o respeito dos cidadãos sobre as tipificações. Tal circunstância não passou despercebida ao olhar de Beccaria, malgrado sua – sempre atual – obra tenha sido publicada originalmente em 1764:

Se são proibidos aos cidadãos muitos atos indiferentes, atos dos quais nada têm de prejudicial, não se previnem os delitos: em vez disso, faz-se com que se apareçam novos, pois se mudam de modo arbitrário as regras comuns de vício e virtude, que ainda se proclamam eternas e imutáveis (BECCARIA, 2007, p. 102).

Da mesma forma, demonstra-se totalmente injustificável a relativização das garantias penais individuais em prol de conceitos fluidos, subjetivos e simbólicos, tais como **sensação de segurança da população** e **confiança institucional**. Tal proceder finda por deixar sem conteúdo crítico o conceito de bem jurídico penal e abre, na contramão dos objetivos do constituinte originário de 1988, amplo espaço para o império do autoritarismo, típico dos regimes de exceção.

Diametralmente oposto ao movimento da lei e ordem, o abolicionismo é a corrente doutrinária que pugna pela total supressão dos sistemas penais, sugerindo a utilização de meios alternativos de controle para a manutenção da paz social (MARCHI JÚNIOR, 2009, p. 2). Partindo desse pressuposto, inexistiria, por parte do legislador, a legítima escolha de bens jurídicos penais, na medida em que o direito criminal em nada contribuiria para a proteção desses bens. Como premissa para tal posicionamento, perfaz-se uma profunda análise das contradições do direito penal, expondo as suas chagas como motivação para a sua total eliminação.

No geral, pode-se afirmar que as premissas elaboradas pela corrente abolicionista com sua crítica ao direito penal são providas da maior razão científica, e é exatamente esta a sua maior contribuição para a dogmática criminal. Realmente, percebe-se na sanção penal, dentre outras contradições, uma tentativa pouco eficaz de prevenir a criminalidade mediante a punição seletiva de pequena parcela dos delitos cometidos.

A solução encontrada por seus adeptos, todavia, apesar de ser teoricamente sedutora, na prática, apresenta-se como utópica (HUNGRIA; FRAGOSO, 1978, p. 17). As sociedades humanas ainda não estão preparadas para sobreviver sem o controle dos sistemas criminais. Na verdade, estão longe dessa situação ideal, o que demonstra ser mais acertado buscar medidas de, respeitando os direitos individuais, tentar dar mais efetividade ao ordenamento penal.

Como terceira e majoritária corrente doutrinária tratante da escolha dos bens jurídicos penais, tem-se o minimalismo penal. Primeiramente, os minimalistas rejeitam de forma categórica os argu-

mentos levados a efeito pelo movimento da lei e ordem, taxando a inflação penal querida pelos adeptos deste como inadmissível, inócua e extremamente prejudicial à sociedade (GRECO, 2009, p. 15).

Por outro lado, esse posicionamento possui premissas bastante semelhantes às utilizadas pelos abolicionistas, também partindo do princípio de que a definição de um crime, com a consequente imposição de uma pena, representa violência que a sociedade organizada politicamente impõe ao autor de um crime como retribuição ao seu desvio. Reconhecem-se, da mesma forma, as consequências funestas que a incidência da tutela penal causa no indivíduo, bem como a deficiência da função reparatória do sistema penitenciário.

A diferença entre as duas correntes reside exatamente nas conclusões a que chegam com base nessas premissas. Em que pese reconheça as falhas dos sistemas criminais, o minimalismo penal finda por constatar a imprescindibilidade desses para a existência da sociedade, pugnano por sua aplicação maximamente restrita (MARCHI JÚNIOR, 2009, p. 15).

O minimalismo penal possui como base teórica o princípio da intervenção mínima, segundo o qual a tutela criminal deve cuidar tão somente da proteção dos bens jurídicos de fundamental importância para a convivência em sociedade, em face das condutas antissociais mais graves e intoleráveis (GOMES; MOLINA; BIANCHINI, 2007, p. 285), e nos casos em que nenhum outro ramo do ordenamento jurídico se fizer apto para conferir guarida suficiente (BATISTA, 2007, p. 88).

Luigi Ferrajoli concebe a intervenção mínima como princípio da utilidade penal:

O princípio da 'utilidade penal' [...] é idôneo para justificar a limitação da esfera das proibições penais – em decorrência da função preventiva da pena como *precautio laesionum* – apenas às ações reprováveis por 'seus efeitos' lesivos a terceiros. A lei penal tem o dever de prevenir os mais graves custos individuais e sociais apresentados por estes efeitos lesivos e somente eles podem justificar o custo das penas e proibições. Não se pode nem se deve pedir mais ao direito penal (FERRAJOLI, 2006, p. 426).

Luiz Flávio Gomes, por sua vez, complementa os ensinamentos do mestre italiano:

Se a missão do direito penal (do *ius libertatis*) é a de proteger os bens jurídicos mais importantes, e se suas consequências são as mais graves porque sempre implicam privação ou restrição de bens fundamentais da pessoa, é de se concluir que a incidência da sanção penal deve, obrigatoriamente, ser a mínima possível (GOMES; MOLINA; BIANCHINI, 2007, p. 281).

Dos conceitos apresentados, é possível discernir os dois caracteres fundamentais da intervenção mínima, denominados pela doutrina como subprincípios: a fragmentariedade e a subsidiariedade.

O primeiro caractere (fragmentariedade) significa a necessidade de a tutela penal incidir tão somente como proteção aos bens jurídicos primordiais dentro de um ordenamento (GRECO, 2009, p. 64).

Da mesma forma, apenas os ataques socialmente intoleráveis aos bens jurídicos protegidos podem ser objeto da repressão penal. Neste tocante, caso determinada conduta, em vista das mudanças socioculturais de um povo, deixar de se apresentar como repulsiva, impõe-se sua exclusão do rol das incriminações.

Mas apenas essa valoração de importância dos bens protegidos e da gravidade do ataque não é suficiente para a configuração de um direito penal observador da intervenção mínima. É preciso verificar também se os outros ramos do ordenamento, ou mesmo as demais instâncias informais de controle existentes na sociedade, possuem instrumentos mais eficazes para a proteção do interesse tutelado, consideradas as circunstâncias da ofensa. Trata-se do segundo caractere do princípio em comento, a subsidiariedade.

A adesão do operador aos ideais minimalistas implica, necessariamente, reconhecimento do direito penal como *ultima ratio* do ordenamento para proteção de bens jurídicos.

Desse modo, se comparada com outros instrumentos de controle existentes no direito, a tutela oferecida pelo aparato criminal demonstra-se diferenciada, uma vez que suas sanções implicam restrições aos mais básicos bens materiais e imateriais do indivíduo (penas de multa, restritivas de direitos, privativas de liberdade e de morte).

4 CONSTITUIÇÃO, PROPORCIONALIDADE E BEM JURÍDICO PENAL

Indubitavelmente, a edição de norma penal incriminadora representa o maior grau de restrição que o Estado pode exercer sobre os direitos individuais. Como visto, há décadas a doutrina criminalista tem nessa premissa a correta justificativa para pensar o direito penal como a última providência à disposição do ordenamento na busca da proteção dos bens jurídicos mais importantes.

O estudo dos requisitos gerais para a adoção de medidas restritivas de direitos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) em comparação aos critérios básicos para a descrição de novos comportamentos como crime revela, com clareza solar, que os princípios da exclusiva proteção de bens jurídicos e da intervenção mínima nada mais são do que corolários do princípio constitucional da proporcionalidade.

É de frisar, inicialmente, que essa constatação em momento nenhum representa menosprezo aos indigitados postulados criminais. Longe disso. Ao atribuir-lhes um fundamento constitucional consistente e pacificamente aceito doutrinária e jurisprudencialmente, tanto no direito pátrio quanto no alienígena, contribui-se para o seu mais alto prestígio, bem como para a sua efetiva aplicação na prática dos tribunais.

Ademais, a ligação dessas limitações criminais ao procedimento da apuração da proporcionalidade confere-lhes enorme racionalidade e sistematicidade, ao contrário do normalmente ocorrido, quando fundadas em interpretações difusas dos princípios da dignidade da pessoa humana e legalidade.

A perscrutar os processos cognitivos que levam à criação de uma norma penal incriminadora, percebe-se que invariavelmente são utilizados os subcritérios da proporcionalidade.

De pronto é possível vislumbrar esta correlação no que toca a exclusiva proteção de bens jurídicos, finalidade primaz do direito penal. Consoante cediço, a criação de normas incriminadoras so-

mente se justifica enquanto objetivar a promoção de interesses protegidos pela Constituição, sendo esse exatamente o mesmo raciocínio realizado pelo intérprete por ocasião da análise da adequação de qualquer outra medida estatal restritiva.

No que tange à intervenção mínima e seus dois subprincípios (subsidiariedade e fragmentariedade), infere-se que sua aplicação provém dos subcritérios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Com efeito, ao exigir que o direito penal seja a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, o princípio em tela nada mais do que está limitando a atividade incriminadora às hipóteses em que é estritamente necessária, não se justificando sua utilização caso exista qualquer outro instrumento com igual ou superior eficácia no ordenamento jurídico.

Por derradeiro, a fragmentariedade enuncia a atividade ponderativa no âmbito do direito penal.

Mesmo em sendo verificado que determinada incriminação é adequada (objetiva, de forma eficaz, a proteção de bem jurídico protegido pela Constituição) e necessária (os outros ramos do ordenamento não dispõem de outra medida com a mesma eficácia), devem ser avaliados os benefícios da promoção do bem jurídico tutelado em cotejo com os prejuízos que a tipificação certamente irá causar, tanto com relação à proibição da conduta em abstrato (liberdade dos cidadãos na realização da conduta proibida – peso abstrato) quanto com relação à espécie e quantidade de pena aplicável ao caso concreto (peso concreto).

Concluindo o operador que as restrições negativas decorrentes da nova lei incriminadora sobressaem aos benefícios da proteção do bem tutelado, não restará alternativa senão taxar o tipo como inconstitucional por ofensa ao critério da fragmentariedade e, em última análise, ao princípio da proporcionalidade.

CONCLUSÃO

Em um ordenamento iluminado pelos princípios do Estado de Direito e do devido processo legal, não se admite que os Poderes, órgãos e agentes estatais ajam de forma temerária, sem observar caracteres mínimos de racionalidade, especialmente quando se trata de medidas restritivas de direitos fundamentais.

Partindo dessa premissa, o princípio da proporcionalidade apresenta-se como essencial garantia dos cidadãos em face do arbítrio estatal. Por meio de seus três subcritérios constitutivos – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito –, faz-se possível averiguar se as restrições conduzidas pelo poder público são valorativamente justificáveis, tendo como referência os interesses que visam garantir os meios de sua realização, os resultados no caso concreto e, principalmente, o grau da afetação imposta aos direitos fundamentais.

O mesmo raciocínio é aplicado, por derivação lógica, ao direito penal, mais poderosa ferramenta estatal para a restrição de liberdades e garantia dos ditames da Carta Política.

A examinar esse ramo jurídico sob outra perspectiva, conclui-se que seus tradicionais postulados limitativos – exclusiva proteção de bens jurídicos e intervenção mínima – traduzem verdadeira decorrência do princípio da proporcionalidade, exigindo do legislador a observância dos mesmos critérios por ocasião da criação de normas penais incriminadoras.

Mais do que opção de caráter teórico-doutrinário, a utilização dos procedimentos sistemáticos de aferição da proporcionalidade sobre as normas penais representa considerável reforço na busca por um direito público mais justo, seguro e racional, orientado pelos valores-base fixados pelo constituinte de 1988.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madri, v. 66, p. 13-64, set./dez. 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 117.

ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2000.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nºs. 1922-9 e 1976-7 Distrito Federal. Relator: ministro Moreira Alves, 6 nov. 1999. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 24 nov. 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. ampl. Tradução: Luiz Flávio Gomes *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Série as ciências criminais do século XXI, v. 6).

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Noções fundamentais sobre o princípio da proporcionalidade. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de direito constitucional: teoria da Constituição**. Salvador: Juspodivm, 2009.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao código penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 1, tomo 2.

MARCHI JÚNIOR, Antônio Pádova. Abolicionismo criminal. **Site Webarchive**, [S.l.], 20 jan. 2009. Disponível em: <http://web.archive.org/web/20090120123402/http://novacriminologia.com.br/artigos/leiamais/default.asp?id=1175>. Acesso em: 27 mar. 2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O espírito das leis**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Método, 2021.

PELARIN, Evandro. **Bem jurídico penal: um debate sobre a descriminalização**. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da constitucionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.