

AUTOR(ES): ELAINE DIAS SILVEIRA e CAMILA ALVES LUCAS.

ORIENTADOR(A): LUCIANO SOARES MAIA

“A ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE SOB A PERSPECTIVA DE CESARE BECCARIA”

Introdução

O princípio constitucional da proporcionalidade visa evitar que seja aplicada uma pena desproporcional à gravidade do delito cometido, promovendo, desse modo, a justiça. Baseando-se nesse conceito, Cessare Beccaria, um italiano que marcou a Escola Clássica do Direito Penal, escreveu a obra “Dos delitos e das penas”, na qual ele busca documentar a sua opinião e as injustiças cometidas em seu país e em sua época. A respeito da dosimetria das penas aplicadas aos delitos, o enredo desse livro constrói-se a partir das seguintes questões “Qual a origem das penas, e em que se funda o direito de punir? Quais as punições que se devem aplicar aos diferentes crimes?” (BECCARIA, 2020, p. 17).

Levando-se em consideração tal perspectiva apresentada por Beccaria, pretende-se, neste resumo expandido, apresentar uma análise sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade no ordenamento jurídico vigente. De fato, a intenção é mostrar que mesmo após mais de dois séculos da publicação da referida obra, é possível identificar no sistema jurídico atual os motivos que motivaram o autor a escrever sobre o assunto, já que a desproporcionalidade das penas ainda é real e acarreta injustiças.

Em vários trechos de sua obra Beccaria discorre sobre a finalidade e a moderação do castigo aplicado e sobre a sua proporcionalidade ao delito praticado. Segundo seus ensinamentos, tem-se a noção que “para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser de modo essencial, pública, pronta, necessária a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada por lei” (BECCARIA, 2020, p. 112)

Material e Métodos

Para concretização dos objetivos propostos, este estudo utilizou-se do método de abordagem hipotético-dedutivo. Consoante Popper (1975, *apud* LAKATOS; MARCONI, 2003), criador do método, essa abordagem parte de um problema a partir do qual são eleitas hipóteses a serem, posteriormente, falseadas para comprovação ou não de tais conjecturas. De fato, inicialmente, houve a identificação da aplicação das ideias de Beccaria no ordenamento jurídico brasileiro vigente e, posteriormente, foram estabelecidos critérios para tentar negar essa hipótese, concluindo-se pela análise da influência desse autor na legislação pátria.

Por outro lado, o procedimento adotado foi o método comparativo. Estudou-se as semelhanças e diferenças entre os ensinamentos presentes no livro *Dos Delitos e Das Penas*, publicado por Beccaria em 1765, e a aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade na legislação infraconstitucional hodierna. Nesse sentido, a técnica de estudos ideal foi a documentação indireta, a partir da pesquisa documental e bibliográfica.

Resultados e Discussão

Percebe-se que vários argumentos presentes na obra “Dos Delitos e das Penas” apresentaram reflexos na legislação de diversos países, sobretudo na área do Direito Penal. De acordo com Dias Júnior (2006, p. 1), “É inestimável a contribuição de Cesare Beccaria para a elaborada moderna ciência do direito penal”.

Além de proclamar pela primeira vez o princípio da igualdade perante a lei, o autor foi responsável também por estabelecer limites entre a justiça divina e a justiça humana, condenar a vingança e criticar o sentido pena de morte e a desproporcionalidade entre a pena e o delito (DIAS JÚNIOR, 2006). De fato, o pensamento de Beccaria que recebeu maior destaque e revolucionou a legislação criminal foi a atribuição de proporcionalidade entre os delitos e as penas.

Seus ensinamentos possuem base filosófica, a partir da qual o consenso entre os indivíduos formadores de uma nação, que se sacrificam em prol da manutenção da Ordem Social, dá suporte ao Direito de Punir do Estado (SILVA, 2011). Daí decorre a necessidade de lei anterior ao fato considerado como crime, aprovada pelo Parlamento que exprime a vontade do povo através do exercício da democracia. Trata-se do princípio da legalidade, previsto no seguinte trecho do livro “[...] ainda que a prisão seja diferente de outras penalidades [...] nem por isso deixa de ter, como todos os demais castigos, o caráter essencial de que apenas à lei cabe indicar o caso em que se há de empregá-la.” (BECCARIA, 2020, p. 26-27) e estampando no artigo 5º da Constituição Federal, que dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Em virtude de o delito ser uma ameaça ao bem comum, o impacto da punição deve ser medido de acordo com o grau de ameaça que a conduta causa à coletividade. Nesse sentido, o legislador é responsável por atribuir as penas e estas devem ser proporcionais ao delito e extremamente necessárias para a manutenção da Ordem Social, ou seja, as penas mais rigorosas ficam restritas àquelas condutas que oferecem uma maior ameaça ao bem-público e as penas menos rigorosas às de menor potencial ofensivo (SILVA, 2011).

Reafirmando a necessidade de se eleger uma proporção entre os delitos e as penas, Beccaria escreve que “[...] se dois crimes que afetam desigualmente a sociedade recebem idêntico castigo, o homem inclinado ao crime, não tendo que recear uma pena maior para o crime mais hediondo, resolver-se-á com mais facilidade pelo crime que lhe traga mais vantagens; e a distribuição desigual das penas fará nascer a contradição, [...]” (BECCARIA, 2020, p. 71). O reflexo dessa ideia é observado no princípio da individualização da pena, mandamento constitucional que, segundo Dias Júnior (2006, p. 2), “deve ser observado em três momentos: o legislativo, quando da cominação em abstrato da pena; o judicial, quando da sentença; e o executório, quando da execução da pena imposta”.

Nesse mesmo sentido, Silva (2011) afirma que os postulados de Beccaria inspiraram o artigo 59 do Código Penal, que abriga em sua redação os Princípios Gerais do Direito Penal, entre os quais os da Legalidade Penal, da Dignidade da pessoa Humana, da Intervenção Mínima do Direito Penal, entre outros. Além disso, ainda segundo o autor, outro artigo também do Código Penal, o 68, estabelece que a pena-base será fixada e individualizada, aplicando-se a mesma de forma necessária e adequada à necessidade da retribuição à sociedade e da prevenção de delitos futuros.

É fato que a Constituição é a norma máxima e base do ordenamento jurídico brasileiro vigente. Em razão disso, é possível encontrar normas infraconstitucionais que ofendem diretamente ao princípio da proporcionalidade, implícito no texto constitucional. Basta observar a Lei nº 9.677/98, que incluiu o crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais no rol dos delitos hediondos, bem como recrudescer a pena prevista para este tipo, mantendo-se a multa.

Essa alteração introduzida pela lei gerou discordância entre os operadores do direito. Isso porque, diante da necessidade de contenção dos inúmeros escândalos envolvendo a falsificação de remédios, o Poder Legislativo, com sanção presidencial, adotou uma medida desproporcional e inadequada à situação. Em verdade, não é razoável atribuir a esse tipo penal a mesma pena atribuída a outros crimes de relevante periculosidade que oferecem risco muito maior à saúde pública, como é o caso do homicídio simples, roubo e estupro. Em consonância com esse entendimento, destaca em seu estudo que “O rigor legislativo que elevou as penas cominadas ao tipo acabou não apenas atingindo produtos propriamente destinados a fins terapêuticos ou medicinais, mas cosméticos e saneantes, abrangendo condutas que, no particular e em comparação com os casos descritos inicialmente, podem ser consideradas pouco ofensivas, permitindo a conclusão de que as medidas de elevação da pena e inclusão no rol dos hediondos, para tais casos, são absurdas e arbitrárias” (LOPES, 2015, p. 15-16).

Percebe-se, então, grande constrangimento ao direito de liberdade do homem provocado pelas penas severas cominadas ao delito, reclusão de dez a quinze anos e multa, e suas agravantes. Galvão, Defensor Público do Estado de São Paulo, publicou um estudo em que declara a flagrante violação do princípio da proporcionalidade pela introdução do artigo 273 ao Código Penal. Ele deixa claro a aberrante desproporção entre a gravidade do fato e a gravidade da sanção cominada ao comparar crimes relacionados aos produtos terapêuticos ou medicinais a alguns dos piores crimes

existentes no ordenamento jurídico brasileiro, que podem ser penalizados de maneira mais leve, ao exemplo de um estuprador que pode ser condenado a uma pena média de seis anos de reclusão (GALVÃO, 2012).

Nesse contexto, conforme o Defensor Público (2012, p. 7), “por ferir flagrantemente o princípio da proporcionalidade, implícito na Constituição Federal e decorrente da cláusula geral do devido processo legal substantivo, deve-se reconhecer inconstitucional o artigo 273 e parágrafos do Código Penal, deixando de aplicar a pena ou desclassificando o delito, caso haja algum compatível no ordenamento jurídico pátrio”.

O Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar a Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus nº 239.363-PR, decidiu que é inconstitucional o preceito secundário do artigo 273 e, em substituição a ele, determinou a aplicação ao condenado da pena prevista para o crime de tráfico de drogas, sem que houvesse a desclassificação da conduta, mantendo, assim, o preceito primário (LOPES, 2015). Embora ainda não tenha sido declarada a inconstitucionalidade desse polêmico artigo 273, em sede de controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, inúmeros julgados de tribunais brasileiros têm mantido a mesma linha de raciocínio, aplicando o artigo 33 da lei n.º 11.343/2006, com possibilidade de incidência da causa de diminuição de pena.

Considerações Finais

A partir da análise do exposto, verifica-se que no ordenamento jurídico brasileiro vigente, existem normas que contradizem o princípio constitucional da proporcionalidade, princípio esse que Beccaria tanto preza em sua obra “Dos Delitos e Das Penas”. Como exemplo pode-se citar a Lei nº 6.977/1998, criada de forma rápida para conter um momento atípico, não tendo, assim, análises prévias suficientes de sua constitucionalidade e eficácia. Diante disso, conclui-se que existe a necessidade da declaração de sua inconstitucionalidade, uma vez que a sua vigência acarreta injustiça, pois as penas atribuídas à referida lei são desproporcionais a gravidade do delito que se trata. Além disso, como já apresentado, sua dosimetria desregulada contradiz preceitos aplicados pelo próprio ordenamento, que consequentemente não colaboram na manutenção da ordem social.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. (Tradução: Torrieri Guimarães). São Paulo: Martin Claret, 2020.

DIAS JÚNIOR, NÉLIO SILVEIRA. **Análise dos princípios de processo penal destacados por Cesare Beccaria, na sua obra “Dos Delitos e Das Penas”, à luz da Constituição Federal de 1988**. Silveira Dias Advocacia, 2006. Disponível em <<https://silveiradias.adv.br/analise-dos-principios-de-processo-penal-destacados-por-cesare-beccaria-na-sua-obra-dos-delitos-e-das-penas-a-luz-da-constituicao-federal-de-1988/>>. Acesso em: 20 de set. de 2020.

GALVÃO, Bruno Haddad. **Da declaração de inconstitucionalidade do art. 273, do Código Penal ou reconhecimento da atipicidade material do fato, ante a inexistência de resultado jurídico**. Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos, 2012. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/site/cms/conteudo/15118/BrunoHaddad_30082012.pdf>. Acesso em:

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LOPES, Álefe Guerra. **O artigo 273 do Código Penal: uma análise crítica das soluções para as inconstitucionalidades contidas no tipo**. 2015. 71 f. Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2015. Disponível em: <http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/25832/1/2015_tcc_aglopes.pdf>. Acesso em: 22 set. 2020.

SILVA, Lívio Paulino Francisco da. **Dos Delitos e Das Penas: Beccaria e a Proporcionalidade das Penas**. Na letra da lei, 08 de ago. de 2011. Disponível em: <<https://nalettradalei.wordpress.com/2011/02/08/dos-delitos-e-das-penas-beccaria-e-a-proporcionalidade-das-penas/>>. Acesso em: 20 de set. de 2020.