

## A constitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06

José Henrique Kaster Franco\*

Circula nos meios jurídicos artigo de Fernando Capez [01] no qual defende a inconstitucionalidade do parágrafo 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 [02] por afronta à proporcionalidade, pois apenaria com menos intensidade criminosos acusados por crimes hediondos, concedendo-lhes benefício não estendido aos criminosos comuns.

Segundo Capez, "um traficante primário e que seja portador de bons antecedentes contará com privilégios do qual não dispõe nenhum autor ou partícipe de crime de menor gravidade, também primário e portador de bons antecedentes. Basta verificar que, na sistemática do Código Penal, os bons antecedentes constituem circunstâncias judiciais previstas no art. 59, caput, e, por essa razão, incidem sobre a primeira fase da dosimetria da pena, não permitindo, em hipótese alguma, que a sanção seja aplicada abaixo do piso, consoante dispõe o seu inciso II".

Não obstante as louváveis preocupações do jurista, o princípio da proporcionalidade não é comumente utilizado como elemento argumentativo para elevar penas.

Na história recente do Direito, parece ter sido Beccaria [03], em 1764, o primeiro a se valer da proporcionalidade. Não para elevar penas, mas para minimizar os desmandos dos Estados absolutos.

De lá para cá, em quase 250 anos, o princípio da proporcionalidade passou por considerável evolução. Por exemplo, o art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, fruto da Revolução Francesa, e que serviu de base aos ordenamentos jurídicos de quase todos os países democráticos, previa, em seu artigo 8º, que "a lei só pode estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias" [04].

Flávia D'Urso [05], em substanciosa monografia sobre o tema, relata que esse caminho de evolução passa pelo Conselho de Estado da França, nos julgamentos dos *recours pour excés de pouvoir* (recursos por excesso de poder). A jurisprudência francesa acaba influenciando a Alemanha, que faz do princípio da proporcionalidade um valor constitucional. Karl Larenz [06] acrescenta que em janeiro de 1958 o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no caso Lüth, adotou, pela primeira vez, a proporcionalidade como fator de ponderação e, daí em diante, "é de fonte tedesca, por intermédio, igualmente, do Tribunal Constitucional Alemão, na esteira de se ter assimilado a preocupação com os direitos fundamentais vislumbrada na Lei Fundamental, o reconhecimento da necessidade prática de se controlar as restrições

legais e judiciais a esses direitos no que se refere a três aspectos: necessidade (Erforderlichkeit), adequação (Geeignetheit) e proporcionalidade em sentido estrito (Verhältnismässigkeit). O Direito Constitucional Alemão confere ao princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso qualidade de norma não escrita, derivada do Estado de Direito".

Desde a Alemanha o princípio da proporcionalidade ganhou o mundo, inclusive o Brasil.

Necessário, pois, para resumir, sublinhar a principal função do princípio da proporcionalidade: fator limitador da restrição a direitos fundamentais. Em outras palavras, o princípio da proporcionalidade serve como limite à limitação de direitos fundamentais, isto é, é com base nele que se poderá verificar até que grau se poderá restringir a eficácia de um determinado princípio ou direito; ele, por conseguinte, "limita o cerceamento a direitos fundamentais", nas precisas palavras de Paulo Bonavides [07].

Outra função do princípio da proporcionalidade é a de ponderação, tão bem desenvolvida por Robert Alexy, catedrático da Universidade Christian Albrecht de Kiel, Alemanha, que, fartamente influenciado pela filosofia Kantiana, desenvolveu, sobremaneira, a problemática da principiologia [08].

Seja na função de limitação, seja na de ponderação, o princípio da proporcionalidade, repisa-se, não vem sendo utilizado como expediente de argumentação teórica para elevar penas, em 250 anos de evolução [09].

Não bastasse a inusitada base teórica, há outros pontos a serem examinados.

Primeiro, a Lei 11.343/06 não se valeu somente de critérios similares ao do art. 59 do Código Penal, mas de quatro elementos: primariedade; bons antecedentes, dedicação a atividades criminosas e participação em organização criminosa (art. 33, § 4º).

E mesmo se tivesse utilizado dos mesmos critérios – e poderia tê-lo feito, pois traz um micro-sistema com características particulares –, a verdade é que o legislador, em atenção à Constituição, criou uma nova causa de diminuição da pena, o que, obviamente, autoriza que o juiz desça aquém do piso mínimo previsto no preceito secundário da norma penal. E já havia feito o mesmo, por exemplo, com o furto privilegiado: art. 155, § 2º, do CP; com a apropriação indébita: art. 170 do CP; estelionato: art. 171, § 1º, do CP; receptação culposa: art. 180, § 5º, do CP; proteção de vítimas e testemunhas: art. 13 da Lei 9.807/99.

Usei a expressão "em atenção à Constituição" no parágrafo anterior para denotar que o legislador, ao diferenciar o traficante organizado (que obtém consideráveis lucros com a atividade e nela está definitivamente integrado) do "mula" ou "aviãozinho" (aqueles sujeitos utilizados como mão-de-obra barata do tráfico) o fez muito bem, porque tratou desigualmente os desiguais, e com isso levou em conta o Princípio da Igualdade Material, materializado no art. 5º, caput, e inciso I, da Constituição Federal.

Em síntese, seja porque o princípio da proporcionalidade não foi desenvolvido com o fim de elevar penas, seja porque o legislador apenas previu, constitucionalmente, mais uma causa de diminuição de pena, que autoriza a fixação abaixo do mínimo, seja, por fim, porque o legislador optou por tratar diferentemente pessoas diferentes, o art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, é absolutamente constitucional.

## REREFÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. El Concepto y la Validez del Derecho. Buenos Aires: Gedisa Editorial, 1992; Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. São Paulo: Ícone, 2003.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 424.

D"URSO, Flávia. Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2007, p.53.

FELDENS, Luciano. Direitos Fundamentais e Direito Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

KOMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2007, p159.

LARENS, Karl. Metodologia da ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

## Notas

1. Revista Consulex (ano XII – nº 266, de 15.02.2008)
2. § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.
3. BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. São Paulo: Ícone, 2003.
4. KOMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2007, p159.
5. D"URSO, Flávia. Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2007, p.53
6. LARENS, Karl. Metodologia da ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997
7. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 424

8. ALEXY, Robert. El Concepto y la Validez del Derecho. Buenos Aires: Gedisa Editorial, 1992; Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007

9. Sobre a utilização da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente, vide FELDENS, Luciano. Direitos Fundamentais e Direito Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\* Magistrado. Doutorando em Direito pela UMSA (Buenos Aires-Argentina). Especialista em Ciências Penais pela UNISUL. Professor Universitário. Associado ao IBCCrim

Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11670>> Acesso em: 02 set. 2008.