

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DIREITO PENAL DIMENSIONADO PELO AGIR COMUNICATIVO NO  
ESTADO DEMOCRÁTICO**

Janio Konno Júnior

Presidente Prudente  
2013

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DIREITO PENAL DIMENSIONADO PELO AGIR COMUNICATIVO NO  
ESTADO DEMOCRÁTICO**

Janio Konno Júnior

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Pós-graduação em Direito Penal e Processual Penal, sob orientação do Prof. Ms. Rodrigo Lemos Arteiro.

Presidente Prudente  
2013

A prática da justiça e da equidade vale aos olhos do Senhor mais do que sacrifícios.

Provérbios 21,3

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente agradeço a Deus pelo dom da vida, pela oportunidade de buscar mais conhecimento e aprimorá-lo e pela família e amigos que me confiou.

Agradeço aos meus pais que sempre me apoiaram desde os primeiros anos de minha formação, pessoal e acadêmica.

À minha namorada Juliana pelo carinho, compreensão e apoio em nossa caminhada profissional.

Ao meu orientador Professor Ms. Rodrigo Lemos Arteiro pela paciência, dedicação e por sempre incentivar a pesquisa e os estudos.

Agradeço por fim os Professores \_\_\_\_\_ por aceitarem prontamente o convite de participar da banca examinadora deste trabalho.

## RESUMO

O presente trabalho analisa, sob o enfoque do princípio da proporcionalidade, o fenômeno jurídico chamado de “expansão do Direito Penal”, no qual há um aumento vertiginoso de tipos penais, sobretudo pela pressão social sobre o legislador, com utilização da teoria do agir comunicativo. Apresenta-se o levantamento dos tipos penais vigentes no Direito brasileiro e, em contrapartida, faz-se um paralelo entre o grande número de tipos penais e as benesses conferidas pelo legislador, chamadas de medidas despenalizadoras. A política criminal é analisada com o objetivo de demonstrar qual a real intenção do legislador brasileiro.

**Palavras-chave:** Princípio da proporcionalidade. Expansão do Direito Penal. Medidas despenalizadoras. Teoria do agir comunicativo.

## ABSTRACT

The present work analyzes, from the standpoint of principle of proportionality, the legal phenomenon called “expansion of criminal law”, in which there is a soaring of criminal definitions, especially because social pressure on legislator, using the theory of communicative action. Presents the research of criminal definitions in effect in Brazilian law and, on the other hand, makes parallel between wide number of criminal description and benefits offered by the legislator, called non-punishment activities. The criminal policy is analyzed with purpose to show the real intention of Brazilian legislator.

**Key-words:** Principle of proportionality. Expansion of criminal law. Non-punishment activities. The theory of communicative action.

# SUMÁRIO

<b>SUMÁRIO .....</b>	<b>7</b>
<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 PRINCÍPIOS E REGRAS .....</b>	<b>10</b>
2.1 Definição .....	10
2.1.1 Ronald Dworkin e Robert Alexy .....	12
2.1.2 Humberto Ávila.....	14
2.2 Critérios de distinção.....	14
2.2.1 Critério do caráter hipotético-condicional .....	14
2.2.2 Critério do modo final de aplicação .....	15
2.2.3 Critério do conflito normativo .....	15
2.2.4 Critério do fundamento axiológico.....	15
2.3 Solução de conflitos .....	15
2.3.1 Postulados inespecíficos.....	17
2.3.1.1 Ponderação.....	17
2.3.1.2 Concordância prática .....	17
2.3.1.3 Proibição do excesso .....	18
2.3.2 Postulados específicos .....	19
2.3.2.1 Igualdade .....	19
2.3.2.2 Razoabilidade .....	20
2.3.2.3 Proporcionalidade .....	20
<b>3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....</b>	<b>22</b>
3.1 Origem histórica .....	22
3.2 Natureza jurídica.....	24
3.3 Fundamento normativo no direito comparado.....	26
3.4 Divergências doutrinárias.....	29
3.4.1 Duas vertentes: proibição do excesso ( <i>übermassverbot</i> ) e proibição da proteção deficiente ( <i>untermassverbot</i> ).....	29
3.5 Teste de proporcionalidade e suas parciais.....	35
3.5.1 Adequação .....	36
3.5.2 Necessidade .....	36
3.5.3 Proporcionalidade em sentido estrito .....	37
3.6 Aplicação do princípio da proporcionalidade ao legislador .....	39
<b>4 PROCESSO LEGISLATIVO .....</b>	<b>42</b>
4.1 Princípio da representação popular .....	42
4.2 Elaboração de leis.....	44
<b>5 TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO DE HABERMAS NO DIREITO PENAL .....</b>	<b>49</b>
5.1 Definição .....	49

5.2 Poder Legislativo e participação popular à luz do agir comunicativo .....	52
<b>6 NOVOS TIPOS PENAIS E MEDIDAS DESPENALIZADORAS .....</b>	<b>57</b>
6.1 Levantamento dos tipos penais.....	57
6.2 Das penas .....	60
6.3 Medidas despenalizadoras .....	62
<b>7 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: EXPANSÃO DO DIREITO PENAL X MEDIDAS DESPENALIZADORAS.....</b>	<b>67</b>
7.1 A expansão do Direito Penal.....	67
7.2 Princípio da proporcionalidade: expansão do Direito Penal x medidas despenalizadoras .....	71
<b>8 CONCLUSÃO .....</b>	<b>83</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>86</b>



## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo a análise da política criminal adotada pelo legislador brasileiro à luz do princípio da proporcionalidade. A pesquisa bibliográfica baseou o trabalho, bem como o levantamento dos tipos penais vigentes no Direito brasileiro.

O processo legislativo foi revisto e analisado com aplicação do método dedutivo, pela lógica da Teoria do Agir Comunicativo de Jürgen Habermas. Parte-se da análise geral da ação comunicativa como paradigma filosófico para concluir a influência desta no processo de elaboração de leis, sobretudo criminais, no Brasil.

Ademais, esta teoria do agir comunicativo é confrontada com a denominada “expansão do Direito Penal” e seus fatores. Em linhas gerais, a “expansão do Direito Penal” trata da criminalização de condutas, inflando a aplicação deste ramo do Direito e retirando-lhe a exclusividade dos bens jurídicos mais importantes. Fora demonstrada a força social e apresentado com números a atuação do legislador para responder aos anseios da sociedade.

Demonstrou-se ainda o grande número de medidas despenalizadoras, ou seja, que impedem que o autor de crimes cumpra pena privativa de liberdade. Estas medidas despenalizadoras são a composição civil dos danos, a transação penal, a suspensão condicional do processo, a substituição por penas restritivas de direitos e a suspensão condicional da pena. Os requisitos destas benesses foram abordados.

Utilizou-se como paradigma para demonstração de todas as teorias levantadas o último tipo penal criado até a conclusão deste trabalho, qual seja, o crime de invasão de dispositivo informático, previsto no artigo 154-A do Código Penal, inserido pela lei 12.737/2012.

Na análise deste crime, fora demonstrada a aplicação da teoria do agir comunicativo no processo criminal e a “expansão do Direito Penal” como tendência no Legislativo brasileiro.

Verificou-se também o cabimento, em tese, das medidas despenalizadoras ao caso concreto do crime de invasão de dispositivo informático (artigo 154-A do Código Penal).

Por fim, ainda tendo como base o crime mencionado, analisou-se se a política criminal brasileira segue o princípio da proporcionalidade em suas vertentes: proibição da proteção deficiente e proibição do excesso.

## 2 PRINCÍPIOS E REGRAS

### 2.1 Definição

A definição de princípios e regras é de suma importância para o estudo do Direito. Antes, porém, devemos salientar que os conceitos de norma, princípios e regras não se confundem.

Segundo José Afonso da Silva (2005, p. 91):

*As Normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem.*

Por outro lado, Humberto Ávila (2011, p. 30) leciona que:

*Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto de interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.*

Podemos extrair do abalizado posicionamento que é possível haver normas sem o respectivo dispositivo legal, a exemplo do princípio da segurança jurídica ou da proporcionalidade.

Ainda segundo Ávila (2011, p. 30), “em outros casos há dispositivo, mas não há norma. Qual norma pode ser construída a partir do enunciado constitucional que prevê a *proteção de Deus*? Nenhuma”.

Corroborando com este entendimento, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.076/AC, em 2003, assim entendeu sobre o preâmbulo da Constituição Federal:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO: PREÂMBULO. NORMAS CENTRAIS. Constituição do Acre.

I. - Normas centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro, mesmo porque, reproduzidas, ou não, incidirão sobre a ordem local. Reclamações 370-MT e 383-SP (RTJ 147/404).

II. - Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa.

III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

(ADI 2076, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 15/08/2002, DJ 08-08-2003 PP-00086 EMENT VOL-02118-01 PP-00218) (original não grifado)

Antes de adentrarmos à diferenciação e conceituação deste tema, vale ressaltar que partimos da premissa de que *princípios* e *regras* são espécies do gênero *norma*.

Conforme o próprio vernáculo aponta, *princípio* remete ao início, ao ponto de partida, algumas considerações que devemos ter antes de adentrar ao estudo do Direito. Miguel Reale (1987, p. 300) afirma:

A nosso ver, princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito, quanto o de sua atualização prática.

Em breves palavras, *regras* seriam mandamentos positivados, prescrições legais, dispositivos de lei que são aplicados aos casos concretos mediante subsunção.

Tal posicionamento, contudo, não é pacífico.

Podemos citar alguns doutrinadores consagrados que, mediante critérios diferentes, definem de forma diversa princípios e regras.

Neste trabalho, sem qualquer escopo de esgotar a discussão acerca do tema, destacaremos algumas importantes definições de princípios e regras, bem como as críticas feitas pelas correntes opostas, apontadas por Humberto Ávila.

### 2.1.1 Ronald Dworkin e Robert Alexy

Dworkin (2002, p. 35) pretendia atacar o positivismo (*general attack on Positivism*):

Quero lançar um ataque geral contra o positivismo [...]. Minha estratégia será organizada em torno do fato de que, quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicos, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões. Argumentarei que o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras.

Ainda segundo Dworkin (2002, p. 39), as regras são aplicadas segundo o método tudo ou nada (*all-or-nothing*), tendo em vista o uso da subsunção. Ou a hipótese prática enquadra-se no prescrito pela regra, ou não é utilizada.

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicadas à maneira do “tudo ou nada”. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ele fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

Para o autor, os princípios não se assemelham às regras, visto que são previsões genéricas, e seus conflitos são resolvidos por meio de uma ponderação (2002, p. 42):

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam [...], aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um, esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento

que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante do que outra frequentemente será objeto de controvérsia.

Robert Alexy (1979) apud Humberto Ávila (2011, p. 37) completa:

Alexy, partindo das considerações de Dworkin, precisou ainda mais o conceito de princípios. Para ele os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. Com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, Alexy demonstra a relação de tensão ocorrente no caso de colisão entre os princípios: nesse caso, a solução não se resolve com a determinação imediata da prevalência de um princípio sobre o outro, mas é estabelecida em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência. Por isso, a aplicação de um princípio deve ser vista sempre com uma cláusula de reserva, a ser assim definida: “Se no caso concreto um outro princípio não obtiver maior peso”.

Ainda segundo Ávila (2011, p. 39), Alexy não aceita o modelo de Dworkin, baseado no “tudo ou nada” para distinguir regras e princípios. Para ele a diferença está relacionada à colisão, visto que um princípio colidente com outro no caso concreto não é invalidado, apenas não aplicado ao caso. Ademais, as regras “instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes”.

Virgílio Afonso da Silva (2008, p. 121) completa:

[...] não só as teses de ambos os autores não são idênticas — a própria ideia de otimização não está presente nas obras de Dworkin —, como também a possibilidade de única resposta correta é rejeitada expressamente pela teoria dos princípios na forma defendida por Alexy. O que o conceito de mandamento de otimização impõe é o que se pode chamar de ideia regulativa, ou seja, uma ideia que sirva para guiar a argumentação em um determinado sentido. Várias podem ser as respostas que satisfaçam as exigências de otimização. Quanto maior o número de variáveis — e de direitos — envolvidos em um caso concreto, maior tenderá a ser a quantidade de respostas que satisfaçam o critério de otimização

### 2.1.2 Humberto Ávila

Por fim, para concluir o posicionamento base utilizado neste trabalho, Humberto Ávila (2011, p. 78-79) apresenta um conceito de regras e um de princípios:

As **regras** são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os **princípios** são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (original não grifado)

## 2.2 Critérios de distinção

Com base nos posicionamentos acima declinados, alguns critérios de distinção entre regras e princípios foram estipulados.

### 2.2.1 Critério do caráter hipotético-condicional

Este critério determina que as regras são aplicadas de acordo com uma hipótese (*se*) e uma condição (*então*). Ávila (2011, p. 39) assim sintetiza:

Em primeiro lugar, há o critério do caráter hipotético-condicional, que se fundamenta no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo *se*, *então*, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto.

Assim, extrai-se do posicionamento que se um fato enquadra-se perfeitamente no previsto na regra, *então* ela se aplica, invalidando as outras regras que sejam conflitantes.

### **2.2.2 Critério do modo final de aplicação**

Conforme mencionado acima, as regras são aplicadas no sistema “tudo ou nada”, enquanto que os princípios o são de modo gradual, ou seja, *mais ou menos*. Ávila (2011, p. 44) completa afirmando que “os princípios [...] não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, que devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios”.

### **2.2.3 Critério do conflito normativo**

Sem maiores necessidades de explicações, de forma conclusiva, Ávila (2011, p. 51) define:

Segundo alguns autores os princípios poderiam ser distinguidos das regras pelo modo como funcionam em caso de conflito normativo, pois, para eles, a antinomia entre as regras consubstancia verdadeiro conflito, a ser solucionado com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, a ser decidido mediante uma ponderação que atribui uma dimensão de peso a cada um deles.

### **2.2.4 Critério do fundamento axiológico**

Por fim, o último critério, “considera os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para a decisão tomada” (Ávila 2011, p.39).

## **2.3 Solução de conflitos**



Por todo o exposto, Humberto Ávila (2011, p. 120-121), por sua vez, esclarece que:

[...] um sistema não pode ser composto somente de princípios, ou só de regras. Um sistema só de princípios seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E um sistema só de regras, aplicadas de modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos. Com isso se quer dizer que, a rigor, não se pode dizer nem que os princípios são mais importantes do que as regras, nem que as regras são mais necessárias que os princípios. Cada espécie normativa desempenha funções diferentes e complementares, não se podendo sequer conceber uma sem a outra, e a outra sem a uma.

Tal observação é da mais alta relevância, notadamente tendo em vista o fato de que a Constituição Brasileira é repleta de regras, especialmente de competência, cuja finalidade é, precisamente, alocar e limitar o exercício do poder.

Ávila sugere a interpretação e a aplicação de princípios e regras baseada no que chama de “postulados normativos”, sobretudo os inespecíficos. Em sua obra “Teoria dos Princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos” (2011, p.134), assim define:

Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau. Nesse sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas. Por trás dos postulados, há sempre outras normas que estão sendo aplicadas. Não se identificam, porém, com as outras normas que também influenciam outras, como é o caso dos sobreprincípios do Estado de Direito ou da segurança jurídica. Os sobreprincípios situam-se no nível das normas objeto de aplicação. Atuam sobre outras, mas no âmbito semântico e axiológico e não no âmbito metódico, como ocorre com os postulados. Isso explica a diferença entre sobrenormas (normas semântica e axiologicamente sobrejacentes, situadas no nível do objeto de aplicação) e metanormas (normas metodicamente sobrejacentes, situadas no metanível aplicativo).

Os postulados normativos dividem-se em *inespecíficos* e *específicos*. Os primeiros, também chamados de incondicionais, não especificam os elementos e os critérios que norteiam a aplicação. Por sua vez, sobre os postulados *específicos* Ávila (2011, p. 154-155) discorre:

A aplicação de outros postulados já depende da existência de determinados elementos e é pautada por determinados critérios. A igualdade somente é aplicável em situações nas quais haja o relacionamento entre dois ou mais sujeitos em função de um critério discriminador que serve a alguma finalidade. Sua aplicabilidade é condicionada à existência de elementos específicos (sujeitos, critério de descrímen e finalidade).

Passemos agora a analisar cada desdobramento dos postulados específicos e inespecíficos.

### **2.3.1 Postulados inespecíficos**

#### **2.3.1.1 Ponderação**

O postulado inespecífico da ponderação é assim definido por Ávila (2011, p. 155):

A ponderação de bens consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento. Fala-se, aqui e acolá, em ponderação de bens, de valores, de princípios, de fins, de interesses. Para este trabalho é importante registrar que a ponderação, sem uma estrutura e sem critérios materiais, é instrumento pouco útil para a aplicação do Direito. É preciso estruturar a ponderação com a inserção de critérios. (original não grifado)

Ainda segundo o doutrinador, “pode-se, no entanto, sejam quais forem os elementos objeto de ponderação, evoluir para uma ponderação intensamente estruturada, que poderá ser utilizada na aplicação dos postulados específicos” (Ávila 2011, p. 156).

#### **2.3.1.2 Concordância prática**

A concordância prática surge como a finalidade que deve nortear a ponderação, ou seja, realização máxima dos valores sobrepostos. É o dever de harmonizar os valores que apontam para direções, total ou parcialmente, contrapostas, buscando um equilíbrio entre eles. Um exemplo claro são as normas

que protegem o cidadão e atribuem poderes ao Estado. Entretanto, assim como a ponderação, são estruturas formais, sem os critérios para aplicação (ÁVILA 2011, p. 157).

### 2.3.1.3 Proibição do excesso

Este postulado “proíbe a restrição excessiva de qualquer direito fundamental” (ÁVILA 2011, p. 157). Contudo, há divergência na doutrina quanto a este postulado.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, trata este postulado como uma das perspectivas do princípio da proporcionalidade:

**E M E N T A: “HABEAS CORPUS” – DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR – SÚMULA 691/STF – SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR – VEDAÇÃO LEGAL IMPOSTA, EM CARÁTER ABSOLUTO E APRIORÍSTICO, QUE OBSTA, “IN ABSTRACTO”, A CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA 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. 44) PELO PLENÁRIO DESTA SUPREMA CORTE (HC 104.339/SP) – OFENSA AOS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DO “DUE PROCESS OF LAW”, DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA 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 DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL – NÃO SE DECRETA NEM SE MANTÉM PRISÃO CAUTELAR SEM QUE HAJA REAL NECESSIDADE DE SUA EFETIVAÇÃO, SOB PENA DE OFENSA AO “STATUS LIBERTATIS” DAQUELE QUE A SOFRE – JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONSOLIDADA QUANTO À MATÉRIA VERSADA NA IMPETRAÇÃO – “HABEAS CORPUS” CONCEDIDO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO IMEDIATO DA AÇÃO DE “HABEAS CORPUS”. - Mostra-se regimentalmente viável, no Supremo Tribunal Federal, o julgamento imediato, monocrático ou colegiado, da ação de “habeas corpus”, independentemente de parecer do Ministério Público, sempre que a controvérsia versar matéria objeto de jurisprudência prevalecente no âmbito desta Suprema Corte. Emenda Regimental nº 30/2009. Aplicabilidade, ao caso, dessa orientação.

(HC 117457 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/04/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-087 DIVULG 09-05-2013 PUBLIC 10-05-2013) (original não grifado)

Destes posicionamentos, decorrem duas situações a serem enfrentadas. Primeiramente, Humberto Ávila trata a proporcionalidade como um postulado específico, ou seja, condicionado a alguns elementos, que serão oportunamente tratados neste trabalho.

Segundo, que o Supremo Tribunal Federal, embasado em doutrina alemã, além de tratar a proporcionalidade como princípio, trata a proibição do excesso como uma das perspectivas da proporcionalidade. Esta divergência entre a definição de proporcionalidade como postulado ou princípio, bem como suas perspectivas serão objeto de estudo mais aprofundado no próximo capítulo.

## **2.3.2 Postulados específicos**

### **2.3.2.1 Igualdade**

Humberto Ávila (2011, p. 162) define este postulado da seguinte forma:

A igualdade pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; com princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; e como postulado, estruturando a aplicação do Direito em função de elementos (critérios de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim).

A concretização do princípio da igualdade depende do critério-medida objeto de diferenciação. Isso porque o princípio da igualdade, ele próprio, nada diz quanto aos bens ou aos fins de que se serve a igualdade para diferenciar ou de igualar as pessoas. As pessoas ou situações são iguais ou desiguais em função de um critério diferenciador.

A igualdade deve levar em conta o critério diferenciador e o fim a ser alcançado, contudo finalidades diversas levam à utilização de critérios diversos, pois nem todos são adequados para atingir o fim pretendido. A violação da igualdade como postulado leva à violação de uma norma jurídica, bem como a algum princípio fundamental (ÁVILA 2011, P. 163).

### 2.3.2.2 Razoabilidade

Na definição de Humberto Ávila (2011, p. 164):

Relativamente à razoabilidade, dentre tantas acepções, três se destacam. Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas. (original não grifado)

### 2.3.2.3 Proporcionalidade

Sem a pretensão de esgotar o tema, que será objeto de estudo mais aprofundado no próximo capítulo, de forma singela, apenas para completar as definições de postulados normativos, cabe a lição de Humberto Ávila (2011, p.173):

O postulado da proporcionalidade não se confunde com a ideia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).

Nesse sentido, a proporcionalidade, como postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, não possui aplicabilidade irrestrita. Sua aplicação depende de elementos sem os quais não pode ser aplicada. Sem um meio, um fim concreto e uma relação de causalidade entre eles não há aplicabilidade do postulado da proporcionalidade em seu caráter trifásico.

Conforme mencionado acima, há grande discussão na doutrina quanto à natureza jurídica deste postulado. Para alguns trata-se de princípio, para outros, a exemplo de Humberto Ávila, de postulado normativo.

Tal questão, de cunho acadêmico e conceitual, tem tamanha importância para o desenvolvimento deste trabalho que faz jus um capítulo destinado a este estudo.

## 3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

### 3.1 Origem histórica

Não se pode olvidar que o princípio da proporcionalidade teve origem no direito alemão, sobretudo baseando-se em decisões do Tribunal Constitucional Federal.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2008, p.179) afirmam que:

O conceito foi inicialmente elaborado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. Segundo decisão prolatada na década de 60, o “princípio” (*prinzip*) da proporcionalidade “resultaria da própria substância dos direitos fundamentais”. Em seguida, o mesmo tribunal afirmou que, por essa razão, a proporcionalidade, embora não positivada no texto constitucional, possui *status* constitucional.

Luciano Feldens (2012, p.134) aponta para o mesmo sentido:

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TCFA) atribuiu estatura constitucional do princípio da proporcionalidade, assentando, em 1965: “na República Federal da Alemanha o princípio da proporcionalidade tem hierarquia jurídico-constitucional. Esse reconhecimento deriva do princípio do *Estado de Direito*, tendo como substrato essencial os direitos fundamentais”.

Ainda segundo o TCFA, a proporcionalidade, enquanto *princípio inerente ao Estado de Direito*, com plena e necessária operatividade, apresenta-se como uma das *garantias básicas* que *devem* ser observadas em todo caso onde possam ver-se lesionados direitos e garantias fundamentais, qualificando-se, nesse sentido, como máxima constitucional.

A doutrina traz como *leading case*, ou situação paradigma, a decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão de 1958, no chamado “Caso das Farmácias” (Apothekenurteil – BVerfGE 7, 377).

Resumidamente, um farmacêutico alemão que requereu alvará de funcionamento para uma farmácia na região da Alta Baviera. Nesta região havia uma lei (BayApothekenG) que estabelecia condições para a abertura do negócio, trazidas na obra de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2008, p.281):

Além de a lei em geral pressupor a formação completa com a conclusão de curso chamada *Approbation*, a cidadania alemã, certa experiência profissional e qualidades subjetivas (confiabilidade e aptidão), seu art. 3, I fazia a outorga da permissão para o funcionamento depender de dois fatores objetivos: necessidade em face do interesse público e proteção do mercado farmacêutico como um todo (base econômica da nova farmácia garantida e não ameaça à subsistência econômica das farmácias já existentes na mesma região.

Esse último fator objetivo, levava a autoridade competente a fixar uma relação ideal entre o número de farmácias e o de habitantes em uma determinada região. Na base do pensamento do legislador estava a ideia de que a oferta de medicamentos não poderia seguir as regras de mercado.

A reclamação constitucional foi julgada procedente pelo Tribunal Constitucional Federal alemão aplicando o “princípio da proporcionalidade”, ainda que de forma equivocada, como afirmam Dimoulis e Martins (2008, p. 300-302), não realizando a análise da necessidade e adequação, partindo diretamente para a proporcionalidade em sentido estrito. Nesta decisão o tribunal iniciou a aplicação da “teoria dos degraus”, posteriormente aprimorada.

Dimoulis e Martins (2008, p.300) resumem a ideia da decisão da seguinte forma:

Na decisão se afirma, em síntese, que o propósito ao qual a intervenção serve deve ser tão importante quanto mais intensa for a intervenção. Somente um propósito muito importante poderia justificar o uso de um meio mais gravoso. O Tribunal Constitucional Federal estabelece de fato uma “proporção” entre a importância do propósito e a (permitida) intensidade do meio de intervenção.

No caso concreto, entendeu o Tribunal Constitucional Federal alemão que o legislador não poderia limitar a atividade lícita de um profissional devidamente



formado com o fundamento de proibir a concorrência entre farmácias visando evitar a venda de medicamentos proibidos ou sem prescrição médica.

Para o tribunal faltou proporcionalidade entre a medida (proibição da concessão de alvará de funcionamento a novas farmácias) e a liberdade do exercício da profissão, ou seja, os requisitos oneravam sobremaneira os farmacêuticos.

### **3.2 Natureza jurídica**

A natureza jurídica do princípio da proporcionalidade é um dos temas de maior dissonância na doutrina, seja ela brasileira ou estrangeira.

De forma sucinta, no capítulo anterior esposamos o entendimento de Humberto Ávila, ao qual recorreremos novamente agora. Para o ilustre autor, o princípio da proporcionalidade é, na verdade, um postulado normativo, ou metanorma, que trazem critérios para aplicação de outras normas.

Aliás, como vimos acima, Humberto Ávila tem uma visão mais aprofundada do tema. Para o doutrinador, a proporcionalidade tem natureza de “postulado estruturador”.

Dimoulis e Martins (2008, p.179), por sua vez, entendem que não se trata de princípio, dada a ampla possibilidade de aplicação, que desvirtuaria o instituto, segundo eles:

A atribuição de caráter aberto e principiológico à proporcionalidade por muitos doutrinadores explica em grande parte o interesse da doutrina e jurisprudência contemporânea em muitos países pela ideia. Em primeiro lugar, quando se indaga sobre as razões do “sucesso” acadêmico e forense da proporcionalidade, chega-se logo à sua caracterização como uma forma de resposta a problemas concretos e conflitos envolvendo direitos fundamentais que apresenta a vantagem de ser particularmente aberta a concretizações nacionais, sem deixar de ser racional. Além disso, o caráter principiológico permite a adaptabilidade a situações concretas, isto é, as mudanças nas formas de justificação e nos resultados, mesmo no interior do mesmo ordenamento jurídico.

Por essas razões a proporcionalidade é estudada com predileção e parece corresponder à atual postura de muitos integrantes do Poder Judiciário que consideram que o emprego de técnicas “abertas” de ponderação permite aumentar a intensidade de intervenção do Poder Judiciário no campo das

decisões legislativas sobre os direitos fundamentais, sem abdicar da necessidade de oferecer justificativas jurídicas.

E concluem, na mesma obra, Dimoulis e Martins (2008, p.197), o pensamento da seguinte forma:

O exame da proporcionalidade valoriza a harmonia entre os titulares das funções legislativas e jurisdicional, ao mesmo tempo em que se observa o princípio da democracia no quadro do Estado constitucional de direito contemporâneo. Nesse âmbito, a proporcionalidade deve ser entendida como regra ou critério decisório para problemas de concretização dos direitos fundamentais, principalmente colimando-se o seu efeito clássico de representar óbice à ação estatal.

Portanto, para os doutrinadores acima, a proporcionalidade seria uma regra e não princípio.

Na Alemanha, seguindo o posicionamento adotado pelo Tribunal Constitucional Federal no *leading case* acima citado, a doutrina entende que a proporcionalidade é um princípio. A título de exemplo, Grabitz (1973) *apud* Bonavides (2005, p.395):

Pertence o princípio da proporcionalidade àqueles princípios da Constituição que desempenham um notável e destacado papel na judicatura da Corte Constitucional. De início, o Tribunal o empregou apenas de forma hesitante e casual, sem consequência sistemática e evidente; desde o 'Apotheken-Urteil', porém, ele o tem utilizado de maneira cada vez mais reiterada e em campos sempre mais largos do Direito Constitucional como matéria de aferição da constitucionalidade dos atos do Estado. Sua principal função, o princípio da proporcionalidade, a exercita na esfera dos direitos fundamentais; aqui serve ele, antes de mais nada (e não somente para isto), à atualização e efetivação da proteção da liberdade aos direitos fundamentais.

Tais entendimentos são condensados por Luciano Feldens (2012, p.133):

Tão ou mais relevante que a discussão de nomenclatura em torno à sua natureza jurídica (se, efetivamente *norma-princípio*, *regra*, ou, como prefere a abalizada doutrina de Humberto Ávila, *postulado normativo aplicativo*), importa realmente fazer constar que a proporcionalidade situa-se no plano

das *metanormas*, ou seja, como norma que estrutura a aplicação de outras normas (princípios e regras).

Alçada ao patamar de norma-estruturante, a proporcionalidade permite verificar os casos em que há violação às normas (regras ou princípios jurídicos) cuja aplicabilidade ela, a proporcionalidade, define. Sob esse ângulo, um diagnóstico de desproporcionalidade revelará a violação da norma – princípio ou regra – que deixou de ser devidamente observada, e não da proporcionalidade em si.

A despeito dos posicionamentos doutrinários, conforme leciona Luciano Feldens, a discussão deve se dar quanto à forma de aplicação do princípio da proporcionalidade, qual seja, como uma metanorma, que regula a aplicação das outras normas jurídicas, sejam elas princípios ou regras, na divisão clássica feita pela doutrina.

### 3.3 Fundamento normativo no direito comparado

Inicialmente mencionamos que princípio da proporcionalidade teve origem em decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão em 1968. Contudo, ainda que haja o reconhecimento jurisprudencial, sobretudo da constitucionalidade do referido princípio, não há um dispositivo legal que o expresse. Desta forma, trata-se de um princípio constitucional implícito, que deriva de outra previsão. Luciano Feldens (2012, p.135) leciona:

No constitucionalismo alemão, portanto, a *sede materiae* do princípio da proporcionalidade encontra-se na cláusula do Estado de Direito, princípio constitucional fundamental que serve tanto a impor um exercício moderado de poder como a fundamentar o “princípio da reserva de lei proporcional” vinculando, no particular, o legislador.

Ainda segundo o doutrinador, na Espanha o princípio da proporcionalidade não encontra fundamento normativo próprio, mas é decorrente de interpretação pelo Poder Judiciário. Segundo Feldens (2012, p.135):

O Tribunal Constitucional da Espanha não foi ao ponto de afirmar o princípio da proporcionalidade como um cânone autônomo de constitucionalidade, ainda que nele tenha originariamente reconhecido um

“princípio geral de direito que, dada sua formulação como conceito jurídico indeterminado, admitiria uma margem de apreciação na ponderação de direitos fundamentais” [STC 62/1982, F.J. 5].

Em Portugal, por sua vez, há previsão expressa do princípio da proporcionalidade na Constituição nos artigos 18º e 19º:

#### Artigo 18.º - Força jurídica

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.
2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições **limitar-se ao necessário** para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.
3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

#### Artigo 19.º - Suspensão do exercício de direitos

[...]

4. A opção pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência, bem como as respectivas declaração e execução, devem respeitar o **princípio da proporcionalidade** e limitar-se, nomeadamente quanto à sua extensão e duração e aos meios utilizados, ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional.

No Brasil não houve, em nenhuma Constituição, previsão expressa do princípio da proporcionalidade. Feldens (2012, p.144) afirma que, embora não houvesse previsão na Constituição de 1934, o Supremo Tribunal Federal, de forma incidental em Recurso Extraordinário (RE 18.331/SP, Relator Orosimbo Nonato), entendeu inconstitucional a Lei Municipal nº 995/1948 de Santos/SP por aumentar os impostos de cabines de banho de forma *excessiva e desproporcionada*.

Luciano Feldens (2012, p.146) demonstra a aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal após a Constituição de 1988:

Sob a égide da Constituição de 1988, o STF decidiu, em carácter cautelar, pela inconstitucionalidade por “violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos”, da Lei Estadual nº 10.248/93 (Paraná), que determinava a pesagem de botijões de gás, entregues ou

recebidos para substituição, à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor.

Até então, o STF não promovia um enlace direto entre a proscricção do excesso ou a irrazoabilidade de uma medida – categorias eventualmente reconhecíveis sob o parâmetro de proporcionalidade - a algum específico dispositivo constitucional. Logo adiante, todavia, o Supremo Tribunal Federal viria a alicerçar a aplicação do princípio da proporcionalidade nos domínios da cláusula do devido processo legal, em sua perspectiva substancial.

Paulo Bonavides (2005, p.436) utiliza-se de outro dispositivo legal para fundamentar o princípio da proporcionalidade na Constituição Federal, ainda que de forma implícita;

O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como “norma jurídica global”, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o §2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.

Mendes, Coelho e Branco (2009, p.362) discorrem acerca da Ação Direta de Inconstitucionalidade 958/RJ apreciada pelo Supremo Tribunal Federal em 1994:

Portanto, o Supremo Tribunal Federal considerou que, ainda que fosse legítimo o estabelecimento de restrição ao direito dos partidos políticos de participar do processo eleitoral, a adoção de critério relacionado com fatos passados para limitar a atuação futura desses partidos parecia manifestamente inadequada e desnecessária e, por conseguinte, lesiva ao **princípio da proporcionalidade**.

Essa decisão parece consolidar o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade como postulado constitucional autônomo que teria a sua sede material na disposição constitucional sobre o devido processo legal (art. 5º, LIV).

Embora aparentemente redutora da fundamentação do princípio da proporcionalidade, essa posição aponta uma compreensão do princípio da proporcionalidade como princípio geral de direito. São muitas as manifestações que se colhem na jurisprudência sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade como princípio geral de direito.

Assinale-se que também entre nós tem-se utilizado o princípio da proporcionalidade na solução de conflitos federativos ou na superação de conflitos de atribuições entre órgãos constitucionais diversos. Nesse sentido, mencione-se a Intervenção Federal n. 2.915, na qual se assentou

que "a intervenção federal, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade".

Quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade, Luciano Feldens (2012, p.148) conclui afirmando que:

O princípio da proporcionalidade também foi invocado pelo STF para afastar excesso decorrente da "inexistência de adequação da manutenção de um procedimento criminal quando é evidente a inexistência de crime". Na hipótese, o Ministro Gilmar Mendes, invocando a doutrina de Alexy, faria coincidir a máxima da proporcionalidade com o chamado *núcleo essencial* dos direitos fundamentais.

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, a absoluta inidoneidade do meio sequer conseguiria ultrapassar o exame da adequação, o que bastaria para demonstrar a ausência de proporcionalidade na espécie.

Portanto, assim como em outros países, no Brasil não há previsão expressa do princípio da proporcionalidade, que é extraído de outras previsões constitucionais, porém, amplamente aplicado pelo Supremo Tribunal Federal.

### **3.4 Divergências doutrinárias**

#### **3.4.1 Duas vertentes: proibição do excesso (*übermassverbot*) e proibição da proteção deficiente (*untermassverbot*)**

A doutrina não é unânime quanto à existência das duas vertentes do princípio da proporcionalidade.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão atribui como elementos (ou vertentes) do princípio da proporcionalidade a proibição do excesso e da proteção deficiente. O Supremo Tribunal Federal, em sede de Habeas Corpus nº 104.410/RS, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes também adota este posicionamento:

Assim, na dogmática alemã, é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como

proibições de intervenção. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será adequado caso não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.

[...]

Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. A ideia é a de que a intervenção estatal por meio do Direito Penal, como *ultima ratio*, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade.

A reserva de lei penal configura-se como reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes): a proibição de excesso (Übermassverbot) funciona como limite máximo, e a proibição de proteção insuficiente, (Untermassverbot) como limite mínimo da intervenção legislativa penal.

Mendes, Coelho e Branco, na obra “Curso de Direito Constitucional” (2009, p.365) definem a proibição do excesso como:

A doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (Verhältnismässigkeitsprinzip; Übermassverbot), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins.

No direito constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade (Verhältnismässigkeit) ou ao princípio da proibição de excesso (Übermassverbot) qualidade de norma constitucional não escrita.

Na mesma obra, os ilustres doutrinadores Mendes, Coelho e Branco (2009, p.367) explanam a proibição da proteção deficiente;

Ao lado da ideia da proibição do excesso tem a Corte Constitucional alemã apontado a lesão ao princípio da proibição da proteção insuficiente. Schlink observa, porém, que se o Estado nada faz para atingir um dado objetivo para o qual deva envair esforços, não parece que esteja a ferir o princípio da proibição da insuficiência, mas sim um dever de atuação decorrente de dever de legislar ou de qualquer outro dever de proteção. Se se comparam, contudo, situações do âmbito das medidas protetivas, tendo em vista a análise de sua eventual insuficiência, tem-se uma operação diversa da verificada no âmbito da proibição do excesso, na qual se examinam as medidas igualmente eficazes e menos invasivas. Daí concluiu que "a conceituação de uma conduta estatal como insuficiente, porque 'ela não se

revela suficiente para uma proteção adequada e eficaz', nada mais é, do ponto de vista metodológico, do que considerar referida conduta como desproporcional em sentido estrito.

O jurista Ingo Sarlet foi um dos primeiros a escrever sobre a “dupla dimensão” do princípio da proporcionalidade no Brasil. Em seu artigo “Direitos Fundamentais e Direito Penal: breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: a necessária e permanente busca da superação dos “fundamentalismos” hermenêuticos”, assim dispõe sobre o tema:

Na seara do direito penal (e isto vale tanto para o direito penal material, quanto para o processo penal) resulta – como já referido - inequívoca a vinculação entre os deveres de proteção (isto é, a função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela) e a teoria da proteção dos bens jurídicos fundamentais, como elemento legitimador da intervenção do Estado nesta seara, assim como não mais se questiona seriamente, apenas para referir outro aspecto, a necessária e correlata aplicação do princípio da proporcionalidade e da interpretação conforme a Constituição. Com efeito, para a efetivação de seu dever de proteção, o Estado – por meio de um dos seus órgãos ou agentes - pode acabar por afetar de modo desproporcional um direito fundamental (inclusive o direito de quem esteja sendo acusado da violação de direitos fundamentais de terceiros). Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais que, nesta perspectiva, atuam como direitos de defesa, no sentido de proibições de intervenção (portanto, de direitos subjetivos em sentido negativo, se assim preferirmos).

O princípio da proporcionalidade atua, neste plano (o da **proibição de excesso**), como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais, o que também já é de todos conhecido e dispensa, neste contexto, maior elucidação.

Por outro lado, o Estado - também na esfera penal - poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É neste sentido que – como contraponto da assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de **proibição de insuficiência** (no sentido de insuficiente promoção dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*). Neste sentido, o princípio da proibição de insuficiência atua como critério para aferição da violação de deveres estatais de proteção e dos correspondentes direitos à proteção.



Como se observa, o jurista adota a separação do que chama de dimensões do princípio da proporcionalidade, em consonância com o que adota o Tribunal Constitucional Federal alemão.

No mesmo sentido, Luciano Feldens (2012, p.150), entende a proporcionalidade como divisível em duas vertentes, antes de adentrar no teste de proporcionalidade, que será visto mais adiante:

Em relação a seus destinatários, o princípio da proporcionalidade vincula tanto o legislador (em abstrato) quanto o juiz (em concreto). Cuida-se, assim, e em regra, de um critério de *legitimação negativa* da intervenção punitiva, funcionando como uma navalha de Ockham, para excluir, por injustificados, a incidência da lei quando esta se revelar inadequada, desnecessária ou desproporcional em sentido estrito, analisemos algo mais, na ótica da proporcionalidade como *proibição do excesso*.

E conclui o posicionamento dicotômico da seguinte maneira (2008, p.164):

Uma vez reconhecido que pesa sobre o Estado o dever de proteção de um direito fundamental, logicamente que a eficácia da proteção constitucionalmente requerida integrará o próprio conteúdo desse dever, pois um dever de tomar medidas ineficazes não faria sentido. Nesse tom, a partir do momento em que compreendemos que a Constituição proíbe que se desça abaixo de um mínimo de proteção, a proporcionalidade joga, aqui, como proibição de proteção deficiente (ou proibição de insuficiência).

[...]

A proibição de proteção deficiente encerra, nesse contexto, uma aptidão operacional que permite ao intérprete determinar se um ato estatal – eventualmente retratado em uma omissão, total ou parcial – vulnera um direito fundamental.

Em que pese os abalizados posicionamentos, outros doutrinadores não comungam do mesmo entendimento, afirmando que a proibição do excesso e a proibição de insuficiência não são vertentes do princípio da proporcionalidade.

Humberto Ávila (2003, p.175) trata como postulado inespecífico a proibição do excesso:

A promoção das finalidades constitucionalmente postas possui, porém, um limite. Esse limite é fornecido pelo postulado da proibição de excesso.

Muitas vezes denominado pelo Supremo Tribunal Federal como uma das facetas do princípio da proporcionalidade, o postulado da proibição de excesso proíbe a restrição excessiva de qualquer direito fundamental.

E continua (2011, p.161):

Para compreender a distinção entre o postulado da proporcionalidade e o postulado da proibição de excesso é preciso verificar que o primeiro opera num âmbito *a partir do qual* o núcleo essencial do princípio fundamental restringido está preservado. Numa representação poderíamos imaginar um grande círculo representando os graus de intensidade da restrição de um princípio fundamental de liberdade, dentro do qual outros círculos concêntricos menores estão inseridos, até chegar ao círculo central menor cujo anel representa o núcleo inviolável. A finalidade pública poderia justificar uma restrição situada da coroa mais externa até aquela mais interna, dentro da qual é proibido adentrar. Pois bem. O postulado da proporcionalidade em sentido estrito opera entre o limite da coroa mais interna e o da coroa mais externa, e compara o grau de restrição da liberdade com o grau de promoção da finalidade pública, para permitir a declaração de invalidade uma medida que causa restrição *demais* para promoção *de menos*. Para efeitos didáticos, seria como afirmar que a promoção de uma finalidade pública equivalente ao grau 1 não justifica uma restrição a um princípio fundamental equivalente ao grau 4. A medida, nessa hipótese, seria desproporcional em sentido estrito. A proibição de excesso apenas indicaria, por suposição, que nenhuma restrição poderia equivaler ao grau 5, pois ele representaria o anel central não passível de invasão, independentemente da sua finalidade justificativa e do grau de intensidade da sua realização.

Portanto, como explica o ilustre doutrinador, a proibição do excesso aplica-se a todos os casos em que haja afronta a um direito fundamental, independentemente do juízo da proporcionalidade. Por outro lado, a proporcionalidade pode ser aplicada separadamente da proibição do excesso quando não afrontam direitos fundamentais.

Lenio Streck em seu artigo “A Dupla Face Do Princípio Da Proporcionalidade E O Cabimento De Mandado De Segurança Em Matéria Criminal: Superando O Ideário Liberal-Individualista-Clássico”, critica a posição do Superior Tribunal de Justiça pela não adoção da vertente da proibição da proteção insuficiente no princípio da proporcionalidade:

Por isto, a necessária crítica às posições do Superior Tribunal de Justiça e dos demais tribunais que negam o direito de o Ministério Público lançar mão do mandado de segurança para buscar efeito suspensivo em recursos em sentido estrito e agravos de execução.

Fundamentalmente, a posição do Superior Tribunal de Justiça – e os demais tribunais que o seguem - não leva em conta que o princípio da proporcionalidade (utilizado como fio condutor dos acórdãos), possui uma dupla face, isto é, um ato estatal pode violar o referido princípio por ser arbitrário (portanto, excessivo), como também pode violar o mesmo princípio quando houver uma deficiência na proteção estatal a determinado bem jurídico.

Ou seja, o Superior Tribunal de Justiça, na voz do acórdão paradigmático de Cernicchiaro, trabalha apenas com a hipótese – a-histórica e atemporal – do garantismo negativo, em que a violação da proporcionalidade se dá pela proibição de excesso (*Übermassverbot*), esquecendo a relevante circunstância de que o Estado – e lembremos aqui Alessandro Baratta - pode vir a violar o princípio da proporcionalidade na hipótese de não proteger suficientemente direitos fundamentais de terceiros (garantismo positivo), representado pela expressão alemã *Untermassverbot*.

A posição do Superior Tribunal de Justiça, que pode ser vislumbrada no Habeas Corpus 15.548/RS, julgado em 2003, permanece atual, como se observa no Habeas Corpus 194.732/SP, julgado em 2011:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PENAL. EFEITO SUSPENSIVO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. LIBERDADE PROVISÓRIA.

I - Incabível o mandado de segurança, conforme pacífica orientação desta Corte, para conferir efeito suspensivo a recurso em sentido estrito interposto contra decisão concessiva de liberdade provisória. Precedentes.

II - Ademais, o recorrente não demonstrou a ocorrência de quaisquer das hipóteses que justifiquem a prisão preventiva, não havendo como reconhecer-lhe direito líquido e certo à restauração da custódia dos acusados.

III - Eventual erro de procedimento cometido pelo MM. Juízo monocrático (deferimento de liberdade provisória sem ouvir o Parquet) será examinado e, se o caso, reparado na sede própria: o recurso em sentido estrito.

Recurso desprovido.

(RMS 15548/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/03/2003, DJ 28/04/2003, p. 217)

HABEAS CORPUS. LIMINAR DEFERIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA PARA CONFERIR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ.

PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM CONCEDIDA, NO ENTANTO.

1. É incabível a impetração de Mandado de Segurança pelo Ministério Público para fins de conferir efeito suspensivo a Recurso em Sentido Estrito interposto contra decisão que concedeu liberdade a paciente. Precedentes do STJ.

2. Ordem concedida para cassar a liminar deferida no Mandado de Segurança 0584248-0-0.2010.8.26.0000.

(HC 194732/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 12/05/2011)

Ainda que o tema seja controverso, nos parece mais plausível o posicionamento que entende pela “dupla face” (ou vertente) do princípio da proporcionalidade – proibição do excesso e proibição da proteção deficiente – não só aos casos de afronta aos direitos fundamentais, como leciona Humberto Ávila, mas sim a todos os casos em que é necessária a aplicação deste princípio.

### 3.5 Teste de proporcionalidade e suas parciais

O teste de proporcionalidade é tema unânime nas obras acerca do princípio da proporcionalidade. Trata-se de um processo eliminatório em que se analisa a cada fase um requisito, da mesma forma como é feita a famosa “escada ponteana” de Pontes de Miranda acerca dos planos do negócio jurídico.

Ingo Wolfgang Sarlet em seu artigo “Direitos Fundamentais e Direito Penal: breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: a necessária e permanente busca da superação dos ‘fundamentalismos’ hermenêuticos” apresenta de forma resumida cada uma dessas parciais:

[...] o princípio (critério, regra ou postulado, para quem assim preferir, visto que há mais de uma opção disponível na literatura) da proporcionalidade (na sua função precípua como proibição de excesso) desdobra-se em três elementos (no que parece existir elevado grau de consenso, ainda que subsistam controvérsias no tocante a aspectos pontuais), notadamente, a) as exigências (ou subprincípios constitutivos, como propõe Gomes Canotilho) da **adequação** ou conformidade, no sentido de um controle da viabilidade (isto é, da idoneidade técnica) de alcançar o fim almejado por aquele (s) determinado (s) meio (s); b) da **necessidade** ou, em outras palavras, a exigência da opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto da restrição, para alguns designada como critério da exigibilidade, tal como prefere Gomes Canotilho); e, c) a **proporcionalidade em sentido estrito** (que exige a manutenção de um equilíbrio (proporção e, portanto, de uma análise comparativa) entre os meios utilizados e os fins colimados, no sentido do que para muitos tem sido também chamado de razoabilidade (ou justa medida, de acordo novamente com a terminologia sugerida por Gomes Canotilho) da medida restritiva), já que mesmo uma medida adequada e necessária poderá ser desproporcional. (original não grifado)

Como vimos, a doutrina divide este teste em três parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Passemos agora ao estudo mais aprofundado de cada uma.

### 3.5.1 Adequação

Esta parcial apenas analisa se a medida é adequada, se pode atingir o objetivo pretendido pelo Poder Público. Canotilho (2002, p.269-270) discorre sobre este requisito:

O princípio da conformidade ou a adequação impõe que a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser *apropriada* à prossecução di fim ou fins a ele subjacentes. Consequentemente, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é *apto* para e *conforme* os fins justificativos da sua adopção (*Zielkonformität, Zwecktauglichkeit*). Trata-se, pois, de controlar a *relação de adequação medida-fim*. Este controle, há muito debatido relativamente ao poder discricionário e ao poder vinculado da administração, oferece maiores dificuldades quando se trata de um controle do *fim* das leis dada a liberdade de conformação do legislador.

É o primeiro estágio para aplicação do princípio da proporcionalidade, contudo, caso a medida não seja adequada, o ato do Poder Público não poderá ser mantido, vez que fere a proporcionalidade.

### 3.5.2 Necessidade

Mendes, Coelho e Branco (p.366-367), de forma brilhante, apresentam a segunda parcial do teste de proporcionalidade e a relacionam com a adequação:

O subprincípio da necessidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.

Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação.

Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado.

Pieroth e Schlink ressaltam que a prova da necessidade tem maior relevância do que o teste da adequação. Positivo o teste da necessidade, não há de ser negativo o teste da adequação. Por outro lado, se o teste quanto à necessidade revelar-se negativo, o resultado positivo do teste de adequação não mais poderá afetar o resultado definitivo ou final. De qualquer forma, um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade em sentido estrito).

É possível que a própria ordem constitucional forneça um indicador sobre os critérios de avaliação ou de ponderação que devem ser adotados. Pieroth e Schlink advertem, porém, que nem sempre a doutrina e a jurisprudência se contentam com essas indicações fornecidas pela Lei Fundamental, incorrendo no risco ou na tentação de substituir a decisão legislativa pela avaliação subjetiva do juiz.

De forma simples, Ávila (2011, p.195) resume a parcial da necessidade:

Um meio é necessário quando não houver meios alternativos que possam promover igualmente o fim sem restringir na mesma intensidade os direitos fundamentais afetados. O controle da necessidade deve limitar-se, em razão do princípio da separação dos Poderes, à anulação do meio escolhido quando há um meio alternativo que, em aspectos considerados fundamentais, promove igualmente o fim causando menores restrições.

Assim, caso o meio escolhido passe pelas duas trincheiras anteriores, parte-se para a proporcionalidade em sentido estrito.

### **3.5.3 Proporcionalidade em sentido estrito**

Luciano Feldens (2012, p.158-159) leciona sobre a derradeira parcial do teste de proporcionalidade:

Também entendido como princípio da justa medida, por meio do qual são pesadas as desvantagens dos meios em relação às vantagens dos fins, esse exame sugere que o meio utilizado não pode se demonstrar desproporcional (em concreto) em relação ao fim perseguido. A proporcionalidade *em sentido estrito*, pois, estaria a exigir um juízo concreto de ponderação, havendo de verificar-se a partir da constatação de que a gravidade da intervenção e suas razões justificadoras devem estar em

adequada proporção, a indicar que as vantagens da promoção do fim superam as desvantagens da intrusão no âmbito do direito fundamental restringido.

À diferença do que sucede com os juízos de adequação e necessidade, nos quais o fim figura tão somente como um ponto de referência na análise da ponderação a finalidade da intervenção constitui um elemento essencial da mesma, de sorte que a relevância do fim perseguido se faz ponderar com a intensidade da restrição causada à(s) liberdade(s) envolvida(s), razão pela qual torna-se fundamental *determinar a importância que a Constituição concede à consecução do referido fim.*

Vale aqui o alerta feito por vários doutrinadores de que a proporcionalidade em sentido estrito não se confunde com o princípio da proporcionalidade em sentido amplo. Aquela, como mencionado acima, trata-se de da última parcial do teste de proporcionalidade.

Ou seja, o sopesamento do fim pretendido e da medida tomada que restringe um direito deve ser feito apenas após a análise da proibição do excesso e da proibição da proteção deficiente. Posteriormente analisa-se a adequação e a necessidade antes do balanceamento feito na análise da parcial da proporcionalidade em sentido estrito.

Feldens (2012, p.129-130) faz o alerta sobre a invocação equivocada do princípio da proporcionalidade:

Sem embargo, talvez não seja exagero constatar que o apelo à proporcionalidade, no Brasil, tem se revelado mais estatístico do que técnico. Não raramente, brotam da jurisprudência invocações à proporcionalidade que retratam pouco ou nada mais que a concepção subjetiva do julgador. O resultado alcançado, muitas vezes, até pode ser adequado. Porém, em se tratando de um problema que afeta o âmbito da discricionariedade legislativa – trazendo, novamente, a relação de tensão entre justiça e democracia – o fundamento não pode faltar. O efeito é claro: um juízo de desproporcionalidade implica colocar limites à liberdade de configuração do legislador democrático.

Daí por que a proporcionalidade não é – e não pode se tornar – um *curinga* argumentativo. Ela não substitui o argumento. Ao contrário: o refina. E este é o propósito: obrigar o jurista a se expor, definindo, com maior grau de precisão, as razões que o levam, em tal ou qual situação, a justificar ou afastar a incidência de uma determinada medida (em nosso caso, de uma medida restritiva de liberdade), sabido que a problemática do *Direito Constitucional Penal* está diretamente associada à justificação do poder estatal.

Concluída a análise das duas vertentes (proibição do excesso e proibição da proteção deficiente) e das parciais, chega-se à definição da proporcionalidade ou não da medida adotada pelo Estado.

### 3.6 Aplicação do princípio da proporcionalidade ao legislador

Apontado pela doutrina como o primeiro jurista a tratar do princípio da proporcionalidade, o alemão Peter Lerche entende pela aplicação do princípio da proporcionalidade ao legislador. Dimoulis e Martins (2008, p.181-182) comentam a obra de Lerche:

A ideia da proporcionalidade da intervenção já existia em antigo estudo de Peter Lerche, publicado no início da década de 60, e cujo subtítulo se refere ao *Vínculo do legislador aos princípios da proporcionalidade e necessidade (Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit)*

Lerche define a proporcionalidade como princípio constitucional ao lado do princípio da necessidade. Objetivo de ambos é impedir o excesso das medidas legislativas que interfiram na liberdade individual. Poupa-se a liberdade individual quando se proíbe o excesso da medida interventiva estatal. Este foi o pensamento, simples e lógico, do autor que construiu a figura dogmática do *Übermassverbot* (proibição do excesso ou exagero). A proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeit*) e a necessidade (*Erforderlichkeit*) seriam seus elementos constitutivos.

[...]

A visão de Lerche, segundo a qual o vínculo do legislador significa que ele não pode exagerar na intensidade de intervenção na liberdade individual, contribuiu para o desenvolvimento da dogmática da proporcionalidade e dos direitos fundamentais, que em certo momento (o da justificação da limitação constitucional) praticamente se confundem.

Luciano Feldens (2012, p.166-167) também aborda o tema:

Em essência, mediante o recurso à proibição da proteção deficiente pretende-se identificar um *padrão mínimo* das medidas estatais com vistas a deveres existentes de tutela. Padrão este que também poderia ser exigido do legislador e, no limite, do legislador penal. Por esse viés, reconhece-se na proibição de infraproteção um *limite inferior da liberdade de configuração do legislador*, da qual decorre a necessidade de estabelecer-se um grau suficientemente adequado de proteção – em nosso caso, temos em mente a proteção normativa – ao direito fundamental, de modo a permitir a seu titular o seu desenvolvimento em maior escala.

A sentença do TCFA antes mencionada oportuniza um raciocínio segundo o qual o espaço de atuação do legislador estaria estreitado por dois limites:



pela *proibição da proteção excessiva* em prol do indivíduo restringido na sua liberdade, bem como pela *proibição da proteção deficiente* em prol do titular do direito a ser tutelado. Sendo assim, devemos extrair da proibição do excesso a medida máxima, e da proibição da proteção deficiente a *medida mínima* da atuação legislativa, centrando-se a zona de discricionariedade do Poder Legislativo entre a medida máxima e a medida mínima.

Portanto, conforme mencionado, o legislador deve respeitar os parâmetros impostos pelo princípio da proporcionalidade na elaboração das leis, sobretudo nas vertentes da proibição do excesso e proibição da proteção deficiente.

Caso não o faça, a doutrina entende que incorre em inconstitucionalidade, tendo em vista o caráter constitucional (ainda que implícito) do princípio da proporcionalidade. Dimoulis e Martins (2008, p.191-192) comentam:

Generalizar o critério, transformando-o em um “dever estatal de proporcionalidade” *lato sensu* significa desistir da limitação de competência de um tribunal constitucional em face da matéria constitucional específica. Ainda que o Supremo Tribunal Federal não seja um tribunal constitucional *stricto sensu* tal qual o Tribunal Constitucional Federal alemão, mas também uma corte de super-revisão, ao limitar a aplicação do critério da proporcionalidade aos casos que envolvem a função legiferante do Estado, daria um contorno dogmático cofuncional à proporcionalidade.

[...]

Dito de outra forma, a proporcionalidade não é analisada aqui nem deveria ser entendida no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais como uma regra de prudência, de “ponderação”, de reciprocidade, de moderação, de “bom senso” ou de equilíbrio, mas tão somente como instrumento juridicamente configurado e delimitado para analisar problemas de constitucionalidade de atos infraconstitucionais.

E Feldens (2012, p.170) conclui o tema da seguinte forma:

A despeito das lições doutrinárias e jurisprudenciais acima expostas, é preciso registrar a maneira indiscriminada como vem sendo invocada, entre nós, essa vertente da proporcionalidade (proibição de insuficiência), seja em alguns escritos, seja no discurso judicial. Essa circunstância leva-nos a renovar duas advertências: (i) a existência de um limiar mínimo de tutela não importa, desde logo, que essa tutela deva se realizar por meio de normas penais; (ii) aos juízes não compete, substituindo-se ao legislador, decidir sobre a melhor opção política; compete-lhes, tão somente, afastar a decisão política incompatível com a Constituição. Agir diferentemente seria subverter o sistema de garantias, o princípio da legalidade e, com isso, o regime democrático.

Assim, de maneira irrefutável, o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado ao legislador, que, no projeto de lei, deve questionar se:

- a) Há restrição muito intensa dos direitos fundamentais dos particulares? (proibição do excesso);
- b) A lei realmente assegurará, de forma aceitável, o direito tutelado por ela? (proibição da proteção deficiente);
- c) A lei traz a medida idônea para tutelar a situação que se pretende? (adequação);
- d) A lei é o meio menos danoso ao particular de se tutelar o direito? (necessidade);
- e) As desvantagens trazidas pela lei são menores do que as vantagens ao direito tutelado? (proporcionalidade em sentido estrito).

## 4 PROCESSO LEGISLATIVO

### 4.1 Princípio da representação popular

Primeiramente, cumpre ressaltar que o Brasil adota, por disposição da Constituição Federal de 1988, e como um avanço às Constituições anteriores, o regime democrático, assim definido por José Afonso da Silva (2005, p.125):

O regime brasileiro da Constituição de 1988 funda-se no princípio democrático. O preâmbulo e o artigo 1º o enunciam de maneira insofismável. Só por aí se vê que a Constituição institui um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, livre, justa e solidária e sem preconceitos (art. 3º, II e IV), com fundamento na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político. Trata-se assim de um regime democrático fundado no princípio da soberania popular, segundo o qual todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes, ou diretamente (parágrafo único do art. 1º).

Um modo de expressão do regime democrático de direito, como leciona o doutrinador supracitado, é a soberania popular, ou seja, participação do povo no Estado, seja por meio de representantes escolhidos, seja diretamente.

O princípio da representação popular é reconhecido há muitos anos como uma das garantias de participação popular no Estado, de forma indireta. Canotilho (2002, p.293) assim define:

O princípio da representação, como componente do princípio democrático, assenta nos seguintes postulados: (1) exercício jurídico, constitucionalmente autorizado, de “funções de domínio”, feito em nome do povo, por órgãos de soberania do Estado; (2) derivação directa ou indirecta da legitimação de domínio do princípio da soberania popular; (3) exercício do poder com vista a prosseguir os fins ou interesses do povo. Nisto se resumia a tradicional ideia de Lincoln: “governo do povo, pelo povo, para o povo”.

[...]

A representação democrática significa, em primeiro lugar, a autorização dada pelo povo a um órgão soberano, institucionalmente legitimado pela Constituição (criado pelo poder constituinte e inscrito na lei fundamental), para agir autonomamente em nome do povo e para o povo. A representação (em geral parlamentar) assenta, assim, na soberania popular.

Na Constituição Federal de 1988, este princípio está estampado no artigo 45:

Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.

§ 1º - O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados.

§ 2º - Cada Território elegerá quatro Deputados.

Esta participação popular no Estado, democracia, subdivide-se em três espécies, assim definidas por José Afonso da Silva (2005, p.136):

*Democracia direta* é aquela em que o povo exerce, por si, os poderes governamentais, fazendo leis, administrando e julgando; constitui reminiscência histórica.

*Democracia indireta*, chamada *democracia representativa*, é aquela na qual o povo, fonte primária do poder, não podendo dirigir os negócios do Estado diretamente, em face da extensão territorial, da densidade demográfica e da complexidade dos problemas sociais, outorga funções de governo aos seus representantes, que elege periodicamente.

*Democracia semidireta* é, na verdade, democracia representativa como alguns institutos de participação direta do povo nas funções de governo, institutos que, entre outros, integram a *democracia participativa*.

Assim, além da previsão do artigo 45, em que consolidamos a participação popular na outorga de atribuições a um órgão, qual seja o Poder Legislativo, por meio da eleição de Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores, o Brasil possui mecanismos de democracia participativa, motivo pelo qual, a doutrina é uníssona ao afirmar que vivemos em democracia semidireta.

O referendo, o plebiscito e a iniciativa popular são meios de participação direta nas decisões do Estado, previstos no artigo 14 da Constituição Federal, bem como a ação popular (artigo 5º, LXXIII).

Mendes, Coelho e Branco (2005, p.800-802) comentam cada instituto:

A diferença entre plebiscito e referendo concentra-se no momento de sua realização. Enquanto o plebiscito configura consulta realizada aos cidadãos sobre matéria a ser posteriormente discutida no âmbito do Congresso Nacional, o referendo é uma consulta posterior sobre determinado ato ou decisão governamental, seja para atribuir-lhe eficácia que ainda não foi reconhecida (*condição suspensiva*), seja para retirar a eficácia que lhe foi provisoriamente conferida (*condição resolutiva*).

[...]

A iniciativa popular está prevista no art. 61, § 2º, da Constituição, e poderá ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, 1% do eleitorado nacional, distribuído em pelo menos cinco Estados, com não menos de 3/10 por cento em cada um deles.

Passemos ao estudo da elaboração de leis, que é uma das atribuições conferidas ao Poder Legislativo, por meio da democracia indireta, na qual representam a vontade popular.

## 4.2 Elaboração de leis

Primeiramente, este capítulo não tem o objetivo de esgotar o tema do processo legislativo, tampouco adentrar às discussões doutrinárias que existem em torno deste, mas apenas demonstrar, em breve síntese, o funcionamento deste processo.

O artigo 59 da Constituição Federal de 1988 dispõe:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I - emendas à Constituição;
- II - leis complementares;
- III - leis ordinárias;
- IV - leis delegadas;
- V - medidas provisórias;

VI - decretos legislativos;

VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

E acerca deste dispositivo da lei fundamental comenta José Afonso da Silva (2005, p.524):

Por *processo legislativo* entende-se o conjunto de atos (iniciativa, emenda, votação, sanção, veto) realizados pelos órgãos legislativos visando a formação das leis constitucionais, complementares e ordinárias, resoluções e decretos legislativos. Tem, pois, por objeto, nos termos do art. 59, a elaboração de emendas à Constituição, lei complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

As medidas provisórias não constavam da enumeração do art. 59, como objeto do processo legislativo, e não tinham mesmo que constar, porque sua formação não se dá por processo legislativo. São simplesmente editadas pelo Presidente da República. A redação final da Constituição não as trazia nessa enumeração. Um gênio qualquer, de mau gosto, ignorante e abusado, introduziu-as aí, indevidamente, entre a aprovação do texto final (portanto depois do dia 22.9.88) e a promulgação-publicação da Constituição no dia 5.10.88.

Também sem o objetivo de esgotar o tema e analisar as minúcias, analisaremos as fases do processo legislativo, ainda que haja divergência entre os doutrinadores.

A **iniciativa** é a primeira fase do processo legislativo. José Afonso da Silva (2005, p.525) a descreve da seguinte forma:

*Iniciativa legislativa.* É, em termos simples, a faculdade que se atribui a alguém ou a algum órgão para apresentar projetos de lei ao Legislativo. Em rigor, não é ato de processo legislativo. É conferida *concorrentemente* a mais de uma pessoa ou órgão, mas, em casos expressos, é outorgada com *exclusividade* a um deles apenas. Assim é que a iniciativa de emendas à Constituição cabe concorrentemente a um terço dos membros da Câmara dos Deputados, a um terço dos membros Senado, ao Presidente da República e a mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação (art. 60); a iniciativa das leis complementares e ordinárias compete a qualquer membro ou comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República e aos cidadãos (art. 61). Esclareça-se que esse dispositivo inclui o Supremo Tribunal Federal, os Tribunais Superiores e o Procurador-Geral da República como detentores também do poder de iniciativa legislativa, não, contudo, de iniciativa concorrente, porquanto não podem eles iniciar qualquer lei, mas tão-só as que lhes são indicadas com exclusividade, salvo

o Procurador-Geral da República que concorre com o Presidente da República na iniciativa da lei orgânica do Ministério Público (arts. 61, §1º, II, b, e 128, §5º).

Aqui, vale ressaltar novamente, a *iniciativa popular*, que é uma espécie de participação direta do cidadão nos atos de governo. O artigo 61, §2º da Magna Carta brasileira assim dispõe:

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

[...]

§ 2º - A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

O segundo momento do processo legislativo é a **discussão**. Mendes, Coelho e Branco (2008, p.918) lecionam:

Depois de apresentado, o projeto é debatido nas comissões e nos plenários das Casas Legislativas. Podem ser formuladas emendas (proposições alternativas) aos projetos. A emenda cabe ao parlamentar e, em alguns casos, sofre restrições.

Não se admite a proposta de emenda que importe aumento de despesa prevista nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República e nos projetos sobre organização dos serviços administrativos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, dos Tribunais Federais e do Ministério Público (CF, art. 63 e incisos). Assim, não se impede a emenda em casos de iniciativa reservada, mas a emenda estará vedada se importar incremento de dispêndio.

Em que pese não separe a **votação** e fase anterior, José Afonso da Silva (2005, p. 527) trata de demonstrar que não se confundem:

*Votação*. A *votação* da matéria legislativa constitui ato coletivo das Casas do Congresso. É geralmente precedida de estudos e pareceres de comissões técnicas (permanentes ou especiais) e de debates em plenário. É o ato de decisão (arts. 65 e 66), que se toma por maioria de votos: *maioria simples* (ou *relativa*), isto é, maioria dos membros presentes (art. 47), para a

aprovação de projetos de lei ordinária; *maioria absoluta* dos membros da Câmaras, para aprovação dos projetos de lei complementar (art. 69), e *maioria de três quintos* dos membros das Casas do Congresso, para aprovação de emendas constitucionais (art. 60, §2º).

A fase seguinte pode ser subdividida em duas situações: sanção e veto. Mendes, Coelho e Branco (2008, p.920-921) explicam:

O Presidente da República participa do processo legislativo tanto quando toma a iniciativa de provocar o Congresso Nacional a deliberar como também ao ser chamado para, terminada a votação, sancionar ou vetar o projeto.

A sanção, que consiste na anuência do Presidente da República ao projeto, pode ser expressa ou tácita (se o projeto não é vetado no prazo constitucional).

[...]

Se o Presidente da República discorda do projeto, cabe vetá-lo.

O veto, que é irretratável, deve ser exposto e fundamentado na inconstitucionalidade do projeto (veto jurídico) ou na contrariedade ao interesse público (veto político). O Presidente da República dispõe de quinze dias úteis para apor o veto, comunicando em quarenta e oito horas ao Presidente do Senado os motivos que o levaram a essa deliberação.

O veto pode ser total, quando abarca todo o projeto, ou parcial, se atinge apenas partes do projeto. O veto parcial não pode recair apenas sobre palavras ou conjunto de palavras de uma unidade normativa. O veto parcial não pode deixar de incidir sobre o texto integral de artigo, parágrafo, inciso ou alínea. Busca-se prevenir, assim, a desfiguração do teor da norma, que poderia acontecer pela supressão de apenas algum de seus termos.

O artigo 66, §4º da Constituição Federal prevê a possibilidade de afastamento do veto presidencial:

§ 4º - O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto.

Por fim, a **promulgação e publicação** da lei fecham o processo legislativo. *Promulgação* “não passa de mera comunicação, aos destinatários da lei, de que esta foi criada com determinado conteúdo” (SILVA 2005, p.528) e *publicação* “torna de conhecimento geral a existência do novo ato normativo, sendo relevante



para fixar o momento da vigência da lei” (MENDES, COELHO E BRANCO 2008, p.922).

Assim, sem entrar em qualquer outra discussão ou aprofundamento, o presente capítulo apenas demonstra em breve síntese, o processo legislativo brasileiro.

Cabe, ao capítulo seguinte demonstrar a correlação entre o princípio da proporcionalidade aplicado ao legislador e o processo legislativo, como visto, em regra, de democracia indireta.

## 5 TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO DE HABERMAS NO DIREITO PENAL

### 5.1 Definição

A teoria do agir comunicativo foi desenvolvida pelo filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas em 1981, na obra que leva o mesmo nome da teoria. Posteriormente o filósofo aprimorou os conceitos e a aplicação prática da teoria do agir comunicativo, como podemos ver nas obras “Direito e Democracia entre Facticidade e Validade” e “O Discurso Filosófico da Modernidade”.

Basicamente a ideia da teoria é a modificação de paradigmas, deixando a antiga da racionalidade prática para a racionalidade comunicativa. Assim discorre Habermas (2003, p. 20):

A razão comunicativa, ao contrário da figura clássica da razão prática, não é uma fonte de normas do agir. Ela possui um conteúdo normativo, porém somente na medida em que o que age comunicativamente é obrigado a apoiar-se em pressupostos pragmáticos de tipo contrafactual. Ou seja, ele é obrigado a empreender idealizações, por exemplo, a atribuir significados idênticos a enunciados, a levantar uma pretensão de validade em relação aos proferimentos e a considerar os destinatários imputáveis, isto é, autônomos e verazes consigo mesmos e com os outros.

A racionalidade comunicativa pressupõe a participação popular nas tomadas de decisões, em que pese as chamadas “esferas públicas”, onde na prática o agir comunicativo é realizado, originam-se dos antigos cafés filosóficos da burguesia. Visavam realizar um diálogo entre o Poder Público e a sociedade, por meio de alguns membros escolhidos.

Atualmente as “esferas públicas” não podem ser restritas aos bancos das academias ou à determinada classe social, mas acessível a toda população. Por este motivo, o próprio Habermas reviu o conceito de esfera pública, no artigo “O Espaço Público 30 anos depois” (1992, p.16):

A infraestrutura da esfera pública se transformou com as formas de organização, de distribuição e de consumo de uma produção de livros que cresceu, se profissionalizou e se adaptou às novas categorias de leitores e pela publicação de jornais e revistas que mudaram igualmente seus conteúdos. Ela de novo se transformou com o desenvolvimento dos meios eletrônicos de massa, com a importância recente da publicidade, a assimilação crescente da informação, a centralização reforçadas em todos os domínios, o declínio da vida associativa liberal, dos espaços públicos locais. [...] Disso resultou uma nova categoria de influência, o poder midiático, que, utilizado de maneira manipuladora, roubou a inocência do princípio de publicidade. O espaço público, que é, ao mesmo tempo, pré-estruturado e dominado pelos mídia de massa, tornou-se uma verdadeira arena vassalada pelo poder, no seio da qual se luta por temas, por contribuições, não somente para a influência, como também para um controle dos fluxos de comunicação eficazes

E, posteriormente, na obra “Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade, Volume II”, Jürgen Habermas conceitua “esfera pública” (1997, p. 92):

Esfera ou espaço público é um fenômeno social elementar, do mesmo modo que a ação, o ator, o grupo ou a coletividade; porém, ele não é arrolado entre os conceitos tradicionais elaborados para descrever a ordem social. A esfera pública não pode ser entendida como uma instituição, nem como uma organização, pois, ela não constitui uma estrutura normativa capaz de diferenciar entre competências e papéis, nem regula o modo de pertença a uma organização, etc. Tampouco ela constitui um sistema, pois, mesmo que seja possível delinear seus limites internos, exteriormente ela se caracteriza através de horizontes abertos, permeáveis e deslocáveis. A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomada de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos.

Na obra “Fundamentação do Direito em Habermas”, Luiz Moreira leciona (2004, p. 126):

[...] com as exigências pós-metafísicas que exorcizaram as bases sacrorreligiosas, que durante séculos ofereceram uma base factual ao Direito, e com a crescente fragilidade de ordenamentos jurídicos incapazes de legitimar racionalmente suas pretensões de validade, o Direito só poderá conservar sua função de integração social se, e somente se, puder eliminar as fronteiras que colocam os sujeitos de Direito como meros espectadores da jornada jurídico-política.

Assim, podemos perceber que o pensamento de Habermas é que os destinatários (ou seja, todos os cidadãos) possam participar da formação do Direito,

seja por meio da elaboração de leis, seja por meio de provocação ao Judiciário, garantindo a todos o acesso à justiça, como uma forma de legitimar e validar esse Direito a ser aplicado, não sendo a lei uma carta que não revele a necessidade e as intenções da população.

No mesmo sentido Leonardo de Araújo Ferraz (2009, p. 20):

Assim, por meio do uso público da razão, a soberania popular será exercida para que os cidadãos busquem um consenso sobre quais os direitos e deveres deverão regular a convivência social. Nesse modelo, os conceitos de autonomia pública – entendida como participação nos discursos institucionalizados, ou liberdades comunicativas e autonomia privada, vista como possibilidade do exercício das liberdades individuais, pressupõem-se mutuamente, estabelecendo uma relação simbiótica de codependência e co-originariedade. Não há, pois, como perpetuar a postura de um total distanciamento entre a sociedade e o Estado, tal qual se afigurava na perspectiva liberal ou que essa mesma sociedade e apresente-se como um todo amorfo, passivo e submisso para com a *potestade* estatal como se verifica no modelo (ou na leitura) de Estado Social, em que o “interesse público” na sua afeição estatal sempre prevalece sobre o particular.

Habermas demonstra a necessidade do agir comunicativo na legitimação do direito (2003, p. 68):

O Direito não somente exige aceitação: não apenas solicita dos seus endereçados reconhecimento de fato, mas também pleiteia merecer reconhecimento. Para a legitimidade de um ordenamento estatal, constituído na forma da lei, requerem-se, por isso, todas as fundamentações e construções públicas que resgatarão esse pleito como digno de ser reconhecido.

E FERRAZ (2009, p. 22) conclui:

Tem-se, pois, que não basta mais acatar o Direito com base apenas no argumento da força e da autoridade como fruto da legalidade estrita, oriundo da (reta) razão liberal ancorada pela máxima “*dura lex sed lex*”. Exsurge um componente adicional, pois, agora, o Direito também se nutre do pleito da legitimidade. O Direito também precisa *merecer* reconhecimento,

Podemos extrair de todo exposto que as esferas públicas evoluíram juntamente com a sociedade, até por que a informação não é mais restrita aos

acadêmicos ou financeiramente abastados, mas está ao alcance de todos, por meio da *internet* e outros meios de comunicação.

Interessante notar que Jürgen Habermas alterou seu entendimento sobre as esferas públicas em 1992, como demonstra o excerto citado mais acima, onde sequer poderia imaginar a velocidade dos meios de comunicação utilizados atualmente.

Somente a título de ilustração, os manifestos realizados no Brasil no último mês de junho de 2013, em sua maioria organizados pelas redes sociais, despertaram em grande parte da população, sobretudo os mais jovens, o interesse em questões políticas, que outrora sequer eram lembradas ou debatidas.

Uma grande demonstração da modificação das esferas públicas e sua influência no Estado Democrático de Direito.

## **5.2 Poder Legislativo e participação popular à luz do agir comunicativo**

O agir comunicativo, no que Habermas chamou de “mundo da vida” (*lebenswelt*), depende da vivência experimentada pelas pessoas que fazem parte da esfera pública. Não somente um mundo teórico, mas deve haver aproximação entre o “mundo ideal” que pretende o Estado e o “mundo da vida”, que reflete as necessidades, dificuldades e reais preocupações da população.

O Estado é incapaz de atender todas as necessidades da população, ainda que para isto, conte com representantes do povo no Poder Legislativo.

No capítulo anterior apresentamos, de forma resumida e sem qualquer pretensão de esgotar o tema e adentrar nas diversas polêmicas que o permeiam, o processo legislativo brasileiro. Como vimos, a democracia, ou o Estado Democrático de Direito, proclamado logo no artigo 1º da Constituição Federal de 1988 é exercida de forma direta (plebiscito, referendo, iniciativa popular) e de forma indireta (escolha de representantes para compor a Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas e Câmara dos Vereadores).

O sistema da democracia direta visa levar os anseios e necessidades da população à discussão pelo Poder Legislativo, tanto é que os Deputados

Federais são os “representantes do povo”, ao passo que os senadores são os “representantes dos Estados”. A ideia é que o cidadão vote em determinado candidato que apresente ideias que o beneficie e represente, que lute por sua classe social, profissional ou regional.

Portanto, sem sombra de dúvidas, podemos dizer que os partidos políticos são esferas públicas muito próximas das originais, pois ouvem a sociedade e promovem o agir comunicativo, nos debates, trazendo as experiências vividas pelos cidadãos, e os membros do Poder Legislativo apresentam as propostas ao Estado.

No capítulo anterior abordamos também a fase da discussão no processo legislativo. Nela o projeto de lei elaborado é discutido em comissões técnicas, sejam permanentes ou especiais, que são outro tipo de esfera pública.

As esferas públicas das comissões técnicas aproximam ainda mais a sociedade do Estado. São compostas pelos próprios Deputados, que podem analisar de forma mais profunda em temas determinados. O artigo 58 da Constituição Federal assim as define:

Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

§ 1º - Na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa.

§ 2º - às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe:

I - discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa;

II - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil;

III - convocar Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições;

IV - receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas;

V - solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão;

VI - apreciar programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emitir parecer.

A realização de audiências públicas, prevista no artigo 58, §2º, inciso II da Constituição é uma clara demonstração do agir comunicativo no processo legislativo. Sociedades civis organizadas e afinadas com as necessidades da sociedade, bem como assistidas por profissionais especialistas na área de que trata o projeto de lei.

Segundo Habermas, é esta integração e participação das esferas públicas que legitima o Direito. Não basta que as leis emanem de uma vontade unilateral do Estado e os cidadãos sejam obrigados a cumpri-las, mas que a participação da população realmente produza o Estado Democrático de Direito.

Por outro lado o Poder Legislativo não pode ser controlado diretamente pela sociedade. São vários os exemplos no Brasil em que, de maneira especial na legislação penal, os meios de comunicação manipulam os cidadãos para a aprovação ou não de determinada lei.

Um exemplo recente é a lei 12.550/2011 que insere os artigos 311-A no Código Penal. O crime é denominado “fraudes em certames de interesse público”. O tipo penal pune a fraude cometida contra concursos públicos, vestibulares, processos seletivos, entre outros.

O projeto de lei 7738/2010 deu origem a esta lei, que fora aprovada em menos de um ano. A aceleração do processo legislativo ocorreu como resposta para os casos noticiados à época, sobretudo os problemas ocorridos na prova do ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio), Exame da Ordem dos Advogados do Brasil e do concurso para agente da Polícia Rodoviária Federal.

O agir comunicativo deve gerar também um equilíbrio entre as experiências e vontades da população e as possibilidades e tradições jurídicas. Habermas, em “Direito e Democracia entre Facticidade e Validade”, volume I (1997, p.112) sintetiza:

Em termos da teoria do agir comunicativo, o sistema de ação “direito”, enquanto ordem legítima que se tornou reflexiva, faz parte do componente social do mundo da vida. Ora, como este só se reproduz junto com a cultura e as estruturas da personalidade, através da corrente do agir comunicativo, as ações jurídicas formam o *médium* através do qual as instituições do direito se reproduzem junto com as tradições jurídicas compartilhadas intersubjetivamente e junto com as capacidades subjetivas da interpretação de regras do direito. Por fazerem parte do componente da sociedade, estas

regras do direito formam ordens legítimas de um nível superior; ao mesmo tempo, porém, enquanto simbolismo jurídico e enquanto competências jurídicas socializatórias adquiridas, elas estão representadas nos outros dois componentes do mundo da vida. Os três componentes participam originariamente na produção de ações jurídicas. Do direito participam todas as comunicações que se orientam por ele, sendo que as regras do direito referem-se reflexivamente à integração social realizada no fenômeno da institucionalização.

E no volume II da mesma obra supra, o sociólogo continua o raciocínio (1997, p. 93-94):

É certo que os processos de formação da opinião, uma vez que se trata de questões práticas, sempre acompanharam a mudança de preferências e de enfoques dos participantes – mas podem ser dissociados da tradução dessas disposições em ações. Nesta medida, as estruturas comunicacionais da esfera pública *aliviam* o público da tarefa de tomar *decisões*; as decisões proteladas continuam reservadas a instituições que tomam resoluções. Na esfera pública, as manifestações são escolhidas de acordo com temas e tomadas de posição, pró ou contra; as informações e argumentos são elaborados na forma de opiniões focalizadas. Tais opiniões enfeixadas são transformadas em opinião pública através do modo como surgem e através do amplo assentimento de que “gozam”.

Assim, podemos perceber que, embora seja necessária a participação popular, o agir comunicativo não se exaure em fazer a vontade do povo para legitimar o direito. O legislador não pode ser um mero fantoche na mão da sociedade, não pode ser impelido por ela a legislar de forma a responder a uma situação concreta.

Eis a redação do artigo 311-A do Código Penal, inserido pela lei 12.550/11:

Art. 311-A. Utilizar ou divulgar, indevidamente, com o fim de beneficiar a si ou a outrem, ou de comprometer a credibilidade do certame, conteúdo sigiloso de:

I - concurso público;

II - avaliação ou exame públicos;

III - processo seletivo para ingresso no ensino superior; ou

IV - exame ou processo seletivo previstos em lei;

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.



§ 1º Nas mesmas penas incorre quem permite ou facilita, por qualquer meio, o acesso de pessoas não autorizadas às informações mencionadas no caput.

§ 2º Se da ação ou omissão resulta dano à administração pública:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 3º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o fato é cometido por funcionário público.

Estes são apenas exemplos para demonstrar a problemática do “direito penal de emergência”, conforme denominam alguns doutrinadores, a resposta dada pelos legisladores à população, frente a um fato notório e de comoção social.

Talvez o caso mais emblemático da utilização do agir comunicativo como instrumento do “direito penal de emergência” seja a inclusão do crime de homicídio qualificado (artigo 121, § 2º, I, II, III, IV e V do Código Penal) no rol dos crimes hediondos, lei 8.072/90, em face da morte da atriz Daniela Perez, filha da autora de telenovelas Glória Perez.

Daniela foi morta pelo colega de trabalho Guilherme de Pádua em 1992, enquanto faziam parte de uma telenovela. Glória Perez então, aproveitando da comoção social, organizou um manifesto pedindo que o crime de homicídio qualificado fosse alçado à categoria de crimes hediondos. Por meio da lei 8.930/94 o Legislativo inseriu no rol dos crimes hediondos o homicídio qualificado.

## 6 NOVOS TIPOS PENAIS E MEDIDAS DESPENALIZADORAS

### 6.1 Levantamento dos tipos penais

Antes de adentrarmos propriamente no levantamento dos tipos penais, cabe uma simples explanação de alguns conceitos necessários para o bom entendimento.

Para Welzel, “tipo penal é descrição concreta da conduta proibida”. Esta definição simples sintetiza todo o necessário para o entendimento do presente trabalho. Tipo penal, portanto, é a aquilo que a lei define como infração penal, seja ela contravenção ou crime, e a qual é cominada uma pena.

Tal posicionamento é retratado de forma clara no artigo 1º do Código Penal:

Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Ademais, em que pese não seja objetivo deste trabalho, cumpre ressaltar o conceito de crime para a doutrina, isto porque o Código Penal não trata de conceituá-lo.

A doutrina costuma apontar três tipos de conceito de crime: formal, material e analítico. Os dois primeiros são ultrapassados e incapazes de definir com precisão o que seria crime. Por esta razão, BETTIOL (1971) *apud* GRECO (2011, p.140):

[...] duas concepções opostas se embatem entre si com a finalidade de conceituar o crime: uma de caráter formal, outra de caráter substancial. A primeira atém-se ao crime *sub specie iuris*, no sentido de considerar o crime “todo o fato humano, proibido pela lei penal”. A segunda, por sua vez, supera este formalismo considerando o crime “todo o fato humano lesivo de um interesse capaz de comprometer as condições de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade”

E o próprio GRECO (2011, p. 140) complementa as razões para a insuficiência dos conceitos formal e material de crime:

Na verdade, os conceitos formal e material não traduzem com precisão o que seja crime. Se há uma lei penal editada pelo Estado, proibindo determinada conduta, e o agente a viola, se ausente qualquer causa de exclusão da ilicitude ou dirimente da culpabilidade, haverá crime. Já o conceito material sobreleva a importância do princípio da intervenção mínima quando aduz que somente haverá crime quando a conduta do agente atentar contra os bens mais importantes. Contudo, mesmo sendo importante e necessário o bem para a manutenção e a subsistência da sociedade, se não houver uma lei penal protegendo-o, por mais relevante que seja, não haverá crime se o agente vier a atacá-lo, em face do princípio da legalidade.

Por fim, resta-nos estudarmos o conceito analítico de crime. Este, sem dúvidas, é o mais controverso conceito de crime. MIRABETE (2007, p. 83) aponta as discussões:

Por essas razões, passou-se a conceituar o crime como a “ação típica, antijurídica e culpável”. Essa definição vem consignada tanto pelos autores que seguem a teoria causalista (naturalista, clássica, tradicional), como pelos adeptos da teoria finalista da ação (ou da ação finalista). Entretanto, a palavra *culpabilidade*, como se verá, para os primeiros consiste num vínculo subjetivo que liga a ação ao resultado, ou seja, no *dolo* (querer o resultado ou assumir o risco de produzi-lo) ou na culpa em sentido estrito (dar causa ao resultado) por imprudência, negligência ou imperícia. Verificando-se a existência de um fato típico (composto de ação, resultado, nexos causal e tipicidade) e antijurídico, examina-se o elemento subjetivo (*dolo* ou culpa em sentido estrito) e, assim, a culpabilidade. Com a enunciação da teoria da ação finalista proposta por Hans Welzel, porém, passou-se a entender que a ação (ou conduta) é uma atividade que sempre tem uma finalidade. Admitindo-se sempre que o delito é uma conduta humana voluntária, é evidente que tem ela, necessariamente, uma finalidade. Por isso, no conceito analítico de crime, a conduta abrange o *dolo* (querer ou assumir o risco de produzir o resultado) e a *culpa em sentido estrito*. Se a conduta é um dos componentes do fato típico, deve-se definir o crime como “fato típico e antijurídico”. O crime existe em si mesmo, por ser um fato típico e antijurídico, e a culpabilidade não contém o *dolo* ou a culpa em sentido estrito, mas significa apenas a reprovabilidade ou censurabilidade de conduta.

É possível perceber que Mirabete é adepto da chamada “teoria bipartite” do conceito analítico de crime, na qual basta que o fato seja típico e antijurídico, pois a culpabilidade seria apenas um pressuposto de aplicação da pena.

Este é o ponto mais controverso do conceito, pois outros doutrinadores, a exemplo de Luiz Régis Prado, adotam a “teoria tripartite” do conceito analítico de crime, dividindo-o em fato típico, antijurídico e culpável. Neste diapasão, GRECO (2011, p. 142):

A função do conceito analítico é a de analisar todos os elementos ou características que integram o conceito de infração penal sem que com isso se queira fragmentá-lo. O crime é, certamente, um todo unitário e indivisível. Ou o agente comete o delito (fato típico, ilícito e culpável), ou o fato por ele praticado será considerado um indiferente penal. O estudo estratificado ou analítico permite-nos, com clareza, verificar a existência ou não da infração penal; daí sua importância.

Novamente, recordamos que o presente trabalho não tem o intuito de esgotar as discussões doutrinárias travadas acerca deste tema, mas apenas, em linhas gerais, contextualizar a ideia com o levantamento dos tipos penais existentes no país.

Interessante levantamento dos tipos penais existentes no Direito brasileiro fora realizado por Jônatas Kosmann (2012, p.27):

A pesquisa mapeou 1050 (mil e cinquenta) intervalos de pena propostos pelo legislador. Desse universo, 532 (quinhentos e trinta e dois), ou 50,67%, comportam o benefício da transação penal; 253 (duzentos e cinquenta e três), ou 24,10%, admitem o benefício da suspensão condicional do processo; 35 (trinta e cinco), ou 3,42%, admitem a substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito; 13 (treze), ou 1,23%, não admitem substituição por pena restritiva de direito, sem, no entanto, garantir regime inicial de cumprimento fechado; 28 (vinte e oito), ou 2,67%, obrigam o magistrado a determinar regime inicial de cumprimento fechado, e 189 (cento e oitenta e nove), ou 17,91%, são de resultado incerto, podendo comportar desde a substituição até o regime inicial fechado.

O pesquisador realizou o levantamento de todos os tipos penais vigentes no Direito brasileiro, em trabalho de fundamental importância. Apenas a título de atualização, desde o período da pesquisa realizada e este trabalho, mais dois novos tipos penais surgiram: artigos 154-A *caput* e §3º do Código Penal, que foram inseridos pela lei 12.737/2012.

E o pesquisador conclui no mesmo trabalho (2012, p.33):

Abraçar o pressuposto kantiano da retribuição moral é inviável: em um ordenamento onde 78,20% dos tipos permitem algum tipo de benefício que afasta a privação da liberdade, difícil falar-se em mal da pena recompensando o mal praticado. Do mesmo modo, o paradigma hegeliano se mostra alheio ao quadro descoberto: se a pena é dirigida a modificar a realidade pelo mal imposto ao apenado, a ampla possibilidade de afastamento de sua aplicação em decorrência dos institutos despenalizadores é incompatível com a premissa relativista, posto que a realidade pouco seria modificada em decorrência de uma condenação criminal.

Vale ressaltar que tais crimes serão objeto de análise mais adiante neste trabalho, inclusive utilizados como paradigma para demonstração da tese pretendida.

## 6.2 Das penas

Primeiramente devemos analisar o conceito de pena, trazido por Fernando Capez (2012, p.384-385):

**Conceito de pena:** sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade.

O conceito trazido por Fernando Capez já expressa a finalidade da pena, porém o tema também é um tanto quanto tortuoso. Surgem então as escolas penais para apresentar as teorias da pena: absolutas, relativas e mistas.

A teoria absoluta prega que a pena tem um caráter de retribuição, ou seja, é uma contrapartida ao crime cometido pelo agente, traduzido pelo brocardo latino *punitur quia peccatum est* (pune-se porque é uma falta). Greco (2011, p.473) conclui:

A sociedade, em geral, contenta-se com esta finalidade, porque tende a se satisfazer com essa espécie de "pagamento" ou compensação feita pelo condenado, desde que, obviamente, a pena seja privativa de liberdade. Se

ao condenado for aplicada uma pena restritiva de direitos ou mesmo a de multa, a sensação, para a sociedade, é de impunidade, pois o homem, infelizmente, ainda se regozija com o sofrimento causado pelo aprisionamento do infrator.

Por óbvio a teoria recebeu críticas por não se preocupar com a pessoa do condenado.

A teoria relativa (ou utilitária), por sua vez, tem por objetivo prevenção de novos delitos, e é dividida em duas vertentes. CAPEZ (2012, p.385) leciona:

**Teoria relativa, finalista, utilitária ou da prevenção:** a pena tem um fim prático e imediato de prevenção geral ou especial do crime (*punitur ne peccetur*). A prevenção é especial porque a pena objetiva a readaptação e a segregação sociais do criminoso como meios de impedi-lo de voltar a delinquir. A prevenção geral é representada pela intimidação dirigida ao ambiente social (as pessoas não delinquem porque têm medo de receber a punição). (original não grifado)

Por fim, a teoria mista (ou eclética) une as duas ideias, como nos ensina MIRABETE (2007, p.245):

Já para as teorias *mistas* (ecléticas) fundiram-se duas correntes. Passou-se a entender que a pena, por sua natureza, é retributiva, tem seu aspecto moral, mas sua finalidade é não só a prevenção, mas também um misto de educação e correção. Para Pellegrino Rossi, Guizot e Cousein, a pena deve objetivar simultaneamente, retribuir e prevenir a infração: *punitur quia peccatum ut ne peccetur*. Segundo tal orientação, a pena deve conservar seu caráter tradicional, tendo em vista a periculosidade de uns e a inimputabilidade de outros. Seriam essas as denominadas medidas de segurança.

Observando a redação do artigo 59 do Código Penal, podemos concluir que fora adotada a teoria mista no Direito Penal brasileiro:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para **reprovação e prevenção** do crime: (original não grifado)

Grande parte da doutrina penalista entende que é a tendência mundial a adoção da teoria eclética, a exemplo do que é feito no Brasil. GRECO (2011, p.475) pontua:

Santiago Mir Puig aduz que a luta entre as teorias acima mencionadas, que teve lugar na Alemanha em princípios do século XX, acabou tomando uma direção eclética, iniciada por Merkel. Tal como a posição assumida por nossa legislação penal, Santiago Mir Puig entende que "a retribuição, a prevenção geral e a especial são distintos aspectos de um fenômeno complexo da pena".

A posição adotada pela doutrina e, sobremaneira, pelo legislador brasileiro tem grande influência para o presente trabalho. Por ora, basta sabermos que o Brasil adota a teoria mista, ou seja, a pena tem a finalidade de retribuir o crime cometido, bem como prevenir novos crimes, corrigir e educar o agente criminoso.

### **6.3 Medidas despenalizadoras**

O Direito Penal brasileiro há tempos enfrenta muita dificuldade na aplicação das sanções penais. A falta de investimentos do Poder Público na construção de novas unidades prisionais, o aumento no número de condenados e o alto custo de manutenção destes no sistema prisional são apontados como motivos que levam o sistema prisional quase à falência.

Em contrapartida às penas, o legislador brasileiro, sobretudo com a lei 9.099/95 que introduziu o Juizado Especial Criminal, trouxe o que a doutrina chama de medidas despenalizadoras. No direito pátrio, são elas: composição civil dos danos; transação penal; suspensão condicional do processo; substituição por penas restritivas de direitos e suspensão condicional da pena. Analisemos, pormenorizadamente cada uma.

A composição civil dos danos está prevista na lei 9.099/95, em seus artigos 72 a 74. Na audiência preliminar realizada no Juizado Especial Criminal o juiz informa às partes sobre a possibilidade da composição civil dos danos e a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

É cabível para os crimes cuja pena máxima em abstrato não seja superior a 2 (dois) anos (artigo 61) e o crime seja de ação penal privada ou pública condicionada à representação, pois para estes é possível a renúncia ao direito de queixa ou representação (artigo 74, parágrafo único), e é uma hipótese de extinção da punibilidade do agente.

Posteriormente, caso não haja a composição civil dos danos, sendo o crime de ação penal pública incondicionada ou condicionada à representação, o artigo 76 da lei 9.099/95 dispõe:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

É a chamada transação penal, que tem previsão constitucional no artigo 98, inciso I, cujos requisitos são pena máxima em abstrato não superior a 2 (dois) anos (artigo 61) e os presentes no §2º do artigo 76:

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

Fernando Capez (2012, p.613) discorre sobre esta benesse:

O Ministério Público não tem discricionariedade absoluta, mas limitada, uma vez que a proposta de pena alternativa somente poderá ser formulada se satisfeitas as exigências legais. Por essa razão, tal faculdade do órgão ministerial é denominada “discricionariedade regrada ou limitada”.



Este é o motivo pelo qual a transação penal não fere o princípio da indisponibilidade da ação penal, pois a própria lei prevê as situações em que são cabíveis e a submete à apreciação do magistrado em cada caso concreto.

Portanto, antes de oferecer a denúncia, o membro do Ministério Público pode fazer a proposta de transação penal.

Outro instituto que a lei 9.099/95 trouxe é a chamada suspensão condicional do processo, ou *sursis processual*, conforme dispõe o artigo 89:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena

Os requisitos a que se refere o dispositivo estão no artigo 77 do Código Penal, quais sejam, que o condenado não seja reincidente em crime doloso e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício.

Sendo cabível, como se pode extrair do dispositivo, o processo será suspenso por um período de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e, caso não seja revogado o benefício, ao final do prazo, o juiz decretará a extinção da punibilidade do agente, conforme dispõe o artigo 89, §5º.

A suspensão do processo depende do cumprimento de algumas condições, previstas nos §§ 1º e 2º do mesmo artigo:

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de frequentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

Como podemos perceber, o legislador utilizou de boa técnica ao inserir o §2º no dispositivo, permitindo ao juiz que imponha outras condições, caso entenda que as condições anteriores não surtirão efeito ao agente.

A substituição da *pena privativa de liberdade* por *pena restritiva de direitos* está prevista no próprio Código Penal desde a reforma de 1984. Trata-se de um benefício ao condenado, previstos nos artigos 43 e 44 do Código Penal.

São elas:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

I – prestação pecuniária;

II – perda de bens e valores;

III – (VETADO)

IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;

V – interdição temporária de direitos;

VI – limitação de fim de semana.

É possível ao juiz, na sentença, aplicar a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, escolhendo uma das hipóteses acima quando o agente for condenado a uma pena não superior a 4 (quatro) anos e o crime tenha sido cometido sem violência ou grave ameaça.

Como requisitos subjetivos, o Código Penal exige que o agente não seja reincidente em crime doloso e a culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade indiquem a suficiência da substituição.

Apesar da vedação expressa à substituição no caso de condenado reincidente, o juiz pode aplicá-la se a reincidência não se der pela prática do mesmo crime e a medida seja socialmente recomendável (art. 44, § 3º, do Código Penal).

Por fim, a suspensão condicional da pena (*sursis*), prevista no artigo 77 do Código Penal, é uma benesse conferida aos condenados à pena privativa de liberdade não superior a 2 (dois) anos. O período de prova será de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o condenado não seja reincidente em crime doloso, a culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade autorizem o benefício e não seja possível a substituição por penas restritivas de direitos.

O último requisito praticamente inutiliza o benefício em questão, porém Fernando Capez (2012, p. 508) lista as possibilidades de aplicação:

Ora, como cabe substituição por pena alternativa, quando a privativa de liberdade imposta não exceder quatro anos, e sursis, quando tal pena for igual ou inferior a dois, teoricamente, sempre que couber este último, cabe a primeira opção, sendo inaplicável referido instituto. Restam, no entanto, ainda três possibilidades: a) crimes dolosos cometidos mediante violência ou grave ameaça, em que a pena imposta seja igual ou inferior a dois anos, ou, no caso dos sursis etário ou humanitário, igual ou inferior a quatro anos (não cabe substituição por pena restritiva, em face do disposto no art. 44, I, segunda parte, do CP, mas cabe sursis, pois não existe vedação legal no que tange aos crimes com violência ou grave ameaça); b) condenado reincidente em crime doloso, cuja pena anterior tenha sido a pena de multa: pode obter sursis, pois a lei faz uma ressalva expressa para essa hipótese (CP, art. 77, § 1º), mas não substituição por restritiva (CP, art. 44, II); c) condenado reincidente específico em crime culposos (homicídio culposo e homicídio culposo, por exemplo): entendemos que não pode obter substituição por pena alternativa, ante expressa proibição legal (CP, art. 44, § 3º, parte final), mas nada impede a suspensão condicional da pena. Em suma, o sursis ainda existe, mas respira graças a três tubos de oxigênio.

A listagem destes benefícios legais concedidos aos praticantes de crimes será confrontada com a escola penal adotada pelo Brasil no artigo 59 do Código Penal, quanto à finalidade da pena, bem como, com os tipos penais listados no subtítulo acima.

## 7 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: EXPANSÃO DO DIREITO PENAL X MEDIDAS DESPENALIZADORAS

### 7.1 A expansão do Direito Penal

A expressão “a expansão do Direito Penal” é utilizada pelo doutrinador espanhol Jesús-Maria Silva Sánchez em obra homônima. A título de apresentação do tema, podemos citar o pensamento de VON BAR (1882) *apud* SÁNCHEZ (2002, p.19):

Ali onde chovem leis penais continuamente, onde por qualquer motivo surge entre o público um clamor geral de que as coisas se resolvam com novas leis penais ou agravando as existentes, aí não se vivem os melhores tempos para a liberdade – pois toda lei penal é uma sensível intromissão na liberdade, cujas consequências serão perceptíveis também para os que a exigiram de forma mais ruidosa -, ali se pode pensar na frase de Tácito: *pessima respublica, plurimae leges*.

Como podemos perceber, o pensamento do alemão Carl Ludwig von Bar remonta de 1882, porém apresenta os mesmos problemas encontrados atualmente pelo Direito Penal. O surgimento de novas leis penais ante o clamor popular.

Desnecessário tecer maiores comentários acerca da definição de “expansão do Direito Penal” dada por Silva Sánchez, cabe-nos apenas citar outra passagem de sua obra (2002, p.21):

Pois bem, ante tais posturas doutrinárias, realmente não é nada difícil constatar a existência de uma tendência claramente dominante em todas as legislações no sentido da introdução de novos tipos penais, assim como um agravamento dos já existentes, que se pode encaixar no marco geral da restrição, ou a “reinterpretação” das garantias clássicas do Direito Penal substantivo e do Direito Processual Penal. Criação de novos “bens jurídico-penais”, ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia, não seriam mais do que aspectos dessa tendência geral, à qual cabe referir-se com o termo “expansão”.

E na mesma obra, SÁNCHEZ (2002, p.23) conclui:

Não é infrequente que a expansão do Direito Penal se apresente como produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal, que buscaria no permanente recurso à legislação penal uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico (isto é, ao da declaração de princípios, que tranquiliza a opinião pública) o que deveria resolver-se no nível da instrumentalidade (da proteção efetiva).

No Brasil este fenômeno ocorre de forma muito acentuada, como demonstrado acima no levantamento dos tipos penais existentes, sobretudo de forma desorganizada, já que muitas infrações penais encontram-se em legislação especial.

Ainda tomando como base a obra de Jesús-Maria Silva Sánchez, a expansão do Direito Penal tem alguns fatores que a impulsionam. Começando pelos “novos interesses”, como os crimes cometidos contra o meio ambiente, os interesses difusos e coletivos e os crimes econômicos, sobretudo a “lavagem” de capitais.

Outro fator importante é o surgimento de novos riscos. Utilizando-se do conceito cunhado por Ulrich Beck na obra “Sociedade do Risco”, os avanços tecnológicos, crimes cometidos por meio da internet, utilização de energia nuclear, são exemplos de motivos para a expansão do Direito Penal.

Institucionalização da insegurança, terceiro fator, é posto como a dificuldade em levantar todos os riscos que a sociedade moderna enfrenta e como o Direito tratará deles. “Daí o recurso cada vez mais frequente aos tipos de perigo, assim como sua configuração cada vez mais abstrata ou formalista (em termos de perigo presumido)” (SÁNCHEZ 2002, p.31).

A sensação social de insegurança é o quarto fator, e assim definida por SÁNCHEZ (2002, p.33-34):

Com efeito, um dos traços mais significativos das sociedades da era pós-industrial é a sensação geral de insegurança, isto é, o aparecimento de uma forma especialmente aguda de viver os riscos. [...]

Três aspectos concretos, a título puramente exemplificativo, podem ilustrar essa ideia. Por um lado, é inegável que a população experimenta uma crescente dificuldade de adaptação a sociedades em contínua aceleração. Desse modo, depois da revolução dos transportes, a atual revolução das

comunicações dá lugar a uma perplexidade derivada da falta – sentida e possivelmente real – de domínio do curso dos acontecimentos, que não pode traduzir-se senão em termos de insegurança. Por outro lado, as pessoas se acham ante a dificuldade de obter uma autêntica informação fidedigna em uma sociedade – a da economia do conhecimento – caracterizada pela avalanche de informações. Estas, que de modo não infrequente se mostram contraditórias, fazem em todo caso extremamente difícil sua integração em um contexto significativo que proporcione alguma certeza. Em terceiro lugar, deve ser ressaltado que a aceleração não é somente uma questão da técnica, mas, precisamente, também da vida. A lógica do mercado reclama indivíduos sozinhos e disponíveis, pois estes se encontram em melhores condições para a competição mercadológica ou laborativa. De modo que, nessa linha, as novas realidades econômicas, às que se somaram importantes alterações ético-sociais, vêm dando lugar a uma instabilidade emocional-familiar que produz uma perplexidade adicional no âmbito das relações humanas.

Podemos dizer que hoje, tendo em vista a velocidade dos meios de comunicação, somos transportados quase que imediatamente para dentro dos fatos em qualquer lugar do mundo. Há mais de uma década assistíamos pela televisão os ataques às torres gêmeas do *World Trade Center* em Nova Iorque, Estados Unidos, em tempo real e, ainda que no Brasil a possibilidade de um atentado semelhante seja quase nula, nos sentimos desprotegidos e inseguros.

Qualquer fato criminoso é explorado pela mídia por vários dias, fazendo com que a população, por exemplo, tenha receio de um crime que pouco acontece em sua região, mas que vê diariamente nos meios de comunicação.

Este é um dos entraves à aplicação da teoria do agir comunicativo de Habermas no processo legislativo, qual seja, a massificação de informações sobre a população e a pressão social por novas leis penais, muitas delas, feitas às pressas, sem observar o ordenamento jurídico-penal como um todo.

O quinto fator é chamado de configuração de uma sociedade de sujeitos passivos. De forma resumida, cada vez mais diminui o número de indivíduos ativos, que são os empreendedores, que possuem mais condições financeiras e, portanto, controlam empresas e até classes sociais. Por outro lado, cresce o número de assalariados, de consumidores, de aposentados, etc., que não têm a mesma força na tomada de decisões, por isso são vistos como sujeitos passivos. A influência disso na expansão do Direito Penal é que, como são hipossuficientes, os sujeitos passivos demandam maior proteção do Estado.

A identificação da maioria com a vítima do delito também tem uma importância grande para a expansão do Direito Penal, segundo SÁNCHEZ (2002, p.50):

A expansão do sistema do Direito Penal, assentada nos aspectos já comentados, responde ainda a um fenômeno geral de identificação social com a vítima (sujeito passivo) do delito, mais do que com o autor (sujeito ativo). Dito fenômeno se vê favorecido pela conjuntura, analisada no item anterior, da configuração de uma sociedade majoritariamente de classes passivas: pensionistas, desempregados, consumidores, aposentados. Trata-se, como já realçado com a expressão a meu modo de ver afortunada, dos “sujeitos do bem-estar”.

Ainda conforme o autor, todos esses fatores não seriam suficientes para a expansão do Direito Penal. Medidas administrativas ou jurídicas, porém de outros ramos do Direito, poderiam ser editadas e evitariam o surgimento de novos tipos penais. Entretanto, o autor destaca o descrédito de outras instâncias de proteção. As punições administrativas e medidas do Direito Civil não geram na sociedade a sensação de justiça que o Direito Penal traz.

O Direito Civil apresenta um modelo indenizatório, no qual o autor de um ilícito deve pagar, em pecúnia, pelos danos causados, sejam eles de ordem patrimonial ou moral. Isso, porém, não basta para reprimir as condutas ilícitas.

O Direito Administrativo também não seria apto para tanto, SÁNCHEZ (2002, p.61) explica:

[...] no que se refere ao Direito Administrativo, o recurso ao princípio de oportunidade, ao que se vem somando a incontrolável burocratização e, sobretudo, a corrupção, se perde em meio a um crescente descrédito em relação aos instrumentos de proteção específicos desse setor (sejam preventivos, sejam punitivos). Desconfia-se – com maior ou menor razão, de acordo com as situações – das Administrações Públicas nas quais se verifica uma tendência a buscar, mais do que meios de proteção, cúmplices de delitos socioeconômicos de várias espécies.

O oitavo fator apontado por Jesús-Maria Silva Sánchez são os gestores “atípicos” da moral, ou seja, de forma breve, a participação de novos gestores na moral coletiva, que antes era exercida de forma quase absoluta pelos burgueses-conservadores. Atualmente, podemos ver grupos, associações e organizações não

governamentais com participação forte na moral da população. Desta forma, seus pleitos e interesses, nem sempre colidentes com a vontade da burguesia-conservadora, são colocados em pauta para tutela pelo Direito Penal.

Por fim, o doutrinador aponta a atitude da esquerda política: política criminal social-democrata na Europa. Em que pese este tema não tenha tanta importância ao Direito brasileiro, o pensamento do autor é pertinente. SÁNCHEZ (2002, p.65):

Com efeito, o típico do modelo preexistente (isto é, do debate em torno da ideologia de *lei e ordem*) era que os partidos e grupos vulgarmente qualificados como “de direita” assumissem as teses do incremento da segurança por meio de uma maior pressão punitiva, enquanto os partidos e organizações “das esquerdas” defendessem aparentemente a postura contrária: a da diminuição da pressão punitiva. Assim, a mudança fundamental se produz quando a social-democracia europeia passa a assumir, em sua totalidade, o discurso da segurança. [...] A ideia fundamental da proposta se mostra bastante coerente com o que foi aludido anteriormente: deve ser realçada a segurança por meio do Direito Penal, pois ela favorece sobretudo os mais débeis; certamente – se manifesta –, enquanto os ricos habitam em bairros tranquilos com segurança privada, a delinquência das ruas ameaça principalmente as pessoas mais humildes que vivem nos bairros mais perigosos.

Assim, conclui Jesús-Maria Silva Sánchez os fatores para o que chamou de “expansão do Direito Penal”.

## **7.2 Princípio da proporcionalidade: expansão do Direito Penal x medidas despenalizadoras**

Por fim, visando concluir tudo o que fora exposto no presente trabalho, traçaremos um paralelo entre a expansão do Direito Penal e o número crescente de medidas despenalizadoras.

Como bem demonstrado anteriormente, a Europa e o Brasil sofrem do fenômeno chamado pelo doutrinador espanhol Jesús-Maria Silva Sánchez de “expansão do Direito Penal”. Os fatores que contribuem para este fenômeno são: os novos interesses, o efetivo aparecimento de novos riscos, a institucionalização da insegurança, a configuração de uma sociedade de “sujeitos passivos”, a



identificação da maioria com a vítima do delito, o descrédito de outras instâncias de proteção, os gestores “atípicos” da moral e a atitude da esquerda política na Europa.

Todos esses fatores, se somados, resultam no crescente número de tipos penais que, conforme também demonstrado neste capítulo, aumentaram vertiginosamente nos últimos anos.

A lei 12.737/2012 que insere os artigos 154-A e 154-B no Código Penal é apelidada “Lei Carolina Dieckmann” em referência à atriz da Rede Globo que teve seu computador invadido por *hackers* que subtraíram suas fotos íntimas e arquivos pessoais em maio de 2012, com o objetivo de receber valores para não divulgarem os arquivos.

Em pouco tempo, com grande exposição na mídia, o projeto de lei 2397/2011 que já tratava do tema foi colocado em pauta, discutido e aprovado, sendo transformado em lei ordinária em 03 de dezembro de 2012. Trata-se de situação em que, ante o clamor popular, um projeto de lei que há tempos estava em trâmite, fora aprovado em tempo recorde.

Analisando o caso concreto acima, podemos relacioná-lo com os fatores da expansão do Direito Penal segundo a doutrina de Jesús-Maria Silva Sánchez.

Primeiramente, o caso envolveu a invasão de um computador de uso pessoal, por *hackers*, que copiaram fotos em que a atriz aparece nua, que teriam sido enviadas ao seu marido. Pois bem, a internet e as relações que dela derivam atendem ao fator dos novos interesses, que devem ser tutelados pelo Direito Penal. Podemos dizer também que está diretamente relacionado com o segundo fator, qual seja, efetivo aparecimento de novos riscos.

Como a vítima é atriz famosa de telenovelas, o caso foi amplamente divulgado na mídia, com várias reportagens sobre a possibilidade de invasão em computadores e cópia de dados pessoais. Assim, a institucionalização da insegurança e a sensação social de insegurança estão preenchidas. Aqueles que recebem as notícias, mesmo que de um crime distante, são trazidos para perto dele, e dele sentem-se parte.

Como a internet é utilizada por muitas pessoas em todo o país, de diversas regiões, o fator da configuração de uma sociedade de “sujeitos passivos” é

facilmente preenchido, podendo ser observado juntamente com a identificação da maioria com a vítima, pois aqueles que acompanharam o caso pelos meios de comunicação passaram a se preocupar com a possibilidade de terem seus computadores invadidos e seus arquivos pessoais apropriados.

Sabemos que a internet no Brasil é muito atrasada em relação a outros países, bem como as medidas e mecanismos de que dispõe a agência reguladora de internet (ANATEL) são ultrapassados e insuficientes para evitar que novos fatos criminosos como este ocorram. Ainda que haja a associação civil de direito privado chamada “Safernet”, que conta com o apoio da Polícia Federal, Ministério Público Federal e Secretaria de Direitos Humanos do Governo Federal, a internet ainda é um terreno muito fértil para a prática de ilícitos de todas as naturezas.

Assim, podemos dizer que o descrédito de outras instâncias de proteção deriva disto, além da pouca efetividade de indenizações no âmbito cível, pois, no caso concreto, as fotos da atriz continuarão por muito tempo circulando na internet.

Como mencionado anteriormente, os gestores “atípicos” da moral são definidos por Silva Sánchez como as organizações não governamentais, as associações, os grupos que são grandes formadores de opinião, inclusive conseguem chegar ao Poder Legislativo. Ante este fato, podemos afirmar que o olhar lançado sobre as situações mudou. O Poder Legislativo é composto de forma mais eclética do que outrora, e cada grupo ali representado tem seus anseios e necessidades, inclusive de tutela penal.

Pois bem, cabe a nós agora analisarmos o caso concreto sob a ótica do agir comunicativo de Jürgen Habermas. O agir comunicativo deve gerar também um equilíbrio entre as experiências e vontades da população e as possibilidades e tradições jurídicas. Habermas, em “Direito e Democracia entre Facticidade e Validade”, volume I (1997, p.112) sintetiza:

Em termos da teoria do agir comunicativo, o sistema de ação “direito”, enquanto ordem legítima que se tornou reflexiva, faz parte do componente social do mundo da vida. Ora, como este só se reproduz junto com a cultura e as estruturas da personalidade, através da corrente do agir comunicativo, as ações jurídicas formam o *médium* através do qual as instituições do direito se reproduzem junto com as tradições jurídicas compartilhadas intersubjetivamente e junto com as capacidades subjetivas da interpretação

de regras do direito. Por fazerem parte do componente da sociedade, estas regras do direito formam ordens legítimas de um nível superior; ao mesmo tempo, porém, enquanto simbolismo jurídico e enquanto competências jurídicas socializatórias adquiridas, elas estão representadas nos outros dois componentes do mundo da vida. Os três componentes participam originariamente na produção de ações jurídicas. Do direito participam todas as comunicações que se orientam por ele, sendo que as regras do direito referem-se reflexivamente à integração social realizada no fenômeno da institucionalização.

E no volume II da mesma obra supra, o sociólogo continua o raciocínio (1997, p. 93-94):

É certo que os processos de formação da opinião, uma vez que se trata de questões práticas, sempre acompanham a mudança de preferências e de enfoques dos participantes – mas podem ser dissociados da tradução dessas disposições em ações. Nesta medida, as estruturas comunicacionais da esfera pública *aliviam* o público da tarefa de tomar *decisões*; as decisões proteladas continuam reservadas a instituições que tomam resoluções. Na esfera pública, as manifestações são escolhidas de acordo com temas e tomadas de posição, pró ou contra; as informações e argumentos são elaborados na forma de opiniões focalizadas. Tais opiniões enfeixadas são transformadas em opinião pública através do modo como surgem e através do amplo assentimento de que “gozam”.

O legislador não pode ser um realizador de vontades da sociedade, não pode ser impelido por ela a criminalizar condutas para uma situação concreta, como no caso mencionado acima, na chamada “Lei Carolina Dieckmann”, aprovada às pressas para responder à exposição de fotos íntimas da atriz, desvirtuando o que se entende por agir comunicativo.

Eis a redação dos artigos 154-A e 154-B do Código Penal, inseridos pela lei 12.737/12:

Art. 154-A – Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1o Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput.

§ 2o Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.

§ 3o Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

§ 4o Na hipótese do § 3o, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos.

§ 5o Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra:

I - Presidente da República, governadores e prefeitos;

II - Presidente do Supremo Tribunal Federal;

III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou

IV - dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.

Art. 154-B – Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos.

Tomando ainda este caso como paradigma, a lei 12.737/12 sofre críticas por parte da doutrina brasileira, fruto de um acelerado processo legislativo, que não analisou de forma adequada o então projeto de lei.

A primeira delas é quanto à utilização do termo “dispositivo informático”. Para alguns doutrinadores, seria apenas o computador, mas para outros, “qualquer aparelho (instrumento eletrônico) com capacidade de armazenar e processar automaticamente informações/programas (notebook, netbook, tablet, iPad, iPhone, smartphone, pendrive, etc)” (CUNHA 2013, p.262).

Outra crítica é que a ausência de um mecanismo de segurança (antivírus, por exemplo) no dispositivo invadido afasta o crime. Cezar Roberto Bitencourt, no artigo “Invasão de dispositivo informático” discorre:

Assim, o tipo penal é aberto e exige um juízo de valor para complementar a análise da tipicidade. Aliás, é um tipo semiaberto, ou seja, nem aberto nem fechado, pois ao mesmo tempo que abre com a locução “mediante violação indevida”, fecha com a complementação. “de mecanismo de segurança”, limitando, portanto, o âmbito da violação. Em outros termos, qualquer outra violação que não se refira a “mecanismo de segurança”, não tipificará a conduta descrita no caput que ora examinamos. Ou, dito de outra forma,

ainda que haja a violação ou invasão “de dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores”, se não houver “mecanismo de segurança” (ou caso haja, não estando acionado) que seja violado, a conduta não se adequará a esta descrição típica. Poderá, eventualmente, adequar-se a outro dispositivo penal, mas não a este, sob pena de violar-se a tipicidade estrita.

Como sabemos a internet no Brasil não é tão avançada como em outros países, e seus usuários nem sempre possuem o conhecimento técnico necessário para utilizar mecanismos de segurança. Além disso, os antivírus, que são os mais conhecidos meios de segurança, são programas que devem ser adquiridos separadamente, gerando um custo maior ao usuário, que nem sempre está disposto ou tem condição de comprá-lo. Desta forma, grande parte da população nacional não está protegida por esta lei, justamente pelo fato de não utilizar dos “mecanismos de segurança”, elementar do tipo penal.

Outra incoerência apontada pela doutrina está no §1º do artigo 154-A. Rogério Sanches Cunha (2013, p.264) aponta;

Nucci, não sem razão, alerta que esta modalidade de conduta não possui nenhum sujeito passivo determinado. Afinal, consiste a preparação do delito do *caput*. Diante disso o interesse punitivo estatal, nesta hipótese, volta-se à proteção da sociedade, em nítido crime vago. Ora, se o sujeito passivo, na realidade, é a sociedade, este delito poderá não ser autonomamente punido, pois o art. 154-B seja a ação penal pública condicionada à representação da vítima, salvo se o crime é cometido contra a administração direta ou indireta.

O mencionado dispositivo dispõe que “Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no *caput*”. Desta forma não há sujeito passivo e a representação não pode ser realizada, faltando a condição de procedibilidade da ação penal, exceto caso o agente tenha como objetivo invadir dispositivo eletrônico da administração pública (direta ou indireta), pois o próprio artigo 154-B dispõe sobre a desnecessidade de representação.

Analisando ainda o tipo penal em debate, confrontaremos o cabimento, em tese, das medidas despenalizadoras para os casos do *caput* (pena de três meses a um ano) e do §3º (pena de 6 meses a 2 anos).

A composição civil dos danos é cabível ao crime tanto na forma simples quanto qualificada, pois a pena máxima em abstrato não é superior a dois anos, atendendo ao requisito do artigo 61 da lei 9.099/95, e são crimes de ação penal pública condicionada (artigo 154-B), permitindo a renúncia ao direito de representação do artigo 74, parágrafo único, também da lei dos Juizados Criminais.

A transação penal também é, em tese, cabível ao caso, já que o requisito objetivo é a pena máxima em abstrato não superior a dois anos, do mesmo dispositivo, e os requisitos subjetivos devem ser analisados no caso concreto.

A suspensão condicional do processo exige que a pena mínima em abstrato seja igual ou inferior a um ano, o que é atendido pelo crime em tela, seja na forma simples ou qualificada. Vale ressaltar que no caso concreto devem ser analisados os requisitos subjetivos do artigo 77 do Código Penal, mas, em tese, também é possível esta benesse.

Como o crime não é cometido mediante violência ou grave ameaça e é muito improvável que pena aplicada seja superior a quatro anos (tendo em vista que é, em abstrato, de um ano para a figura simples e dois para a qualificada), pode haver a substituição por pena restritiva de direitos dos artigos 43 e 44 do Código Penal. Obviamente os requisitos subjetivos devem ser observados, mas, novamente em tese, é possível.

Por fim, existe a possibilidade da concessão da suspensão condicional da pena, nos termos do artigo 77 do Código Penal. O requisito objetivo é a pena aplicada não ser superior a dois anos, limite observado pelas figuras analisadas. Mais uma vez faz-se a ressalva da observância aos requisitos subjetivos, mas o benefício pode ser aplicado, em tese.

A crítica que se faz neste trabalho é a utilização da legislação penal como instrumento de atenção às vontades e pressões sociais, desvirtuando a utilização da teoria do agir comunicativo de Habermas. A expansão do Direito Penal é resultado dos fatores analisados, dentre eles a pressão social.

Com a simples análise do artigo 154-A do Código Penal brasileiro, vimos que a resposta dada à sociedade, criminalizando uma conduta, nem sempre responde aos anseios da mesma sociedade quanto às finalidades da pena, quais

sejam, de retribuir o crime cometido, bem como prevenir novos crimes, corrigir e educar o agente criminoso.

É praticamente nula a possibilidade de o agente cumprir pena privativa de liberdade pelo cometimento do crime de invasão de dispositivo informático (artigo 154-A do CP). Como vimos, todas as espécies de medidas despenalizadoras são em tese aplicáveis ao crime, seja ele na forma simples ou qualificada do §3º.

Portanto, devemos questionar a proporcionalidade da medida estatal. É razoável o grande número de tipos penais se praticamente 80% dos 1052 (mil e cinquenta e dois) tipos penais permitem a aplicação de alguma medida despenalizadora?

Por óbvio devemos concluir que há uma má utilização do Direito Penal no Brasil.

Lembrando-nos do princípio da proporcionalidade apresentado em capítulo anterior, a expansão do Direito Penal, tal como ocorre no país, não respeita as vertentes deste princípio: proibição da proteção deficiente e proibição do excesso.

Em que pese haja discussões doutrinárias quanto à autonomia ou não dessas vertentes, parece-nos mais acertada a posição de Humberto Ávila e Luciano Feldens, que entendem a proibição da proteção deficiente e proibição do excesso como vertentes do princípio da proporcionalidade.

Cumpre ressaltar também que entendemos pela aplicação do princípio da proporcionalidade ao legislador, tal como exposto em capítulo anterior. Valendo-se das ideias de Peter Lerche, alemão apontado como um dos precursores do tema, utilizaremos este princípio como limitação ao legislador.

Tomando novamente nosso paradigma, o artigo 154-A do Código Penal, a nosso ver, a face do princípio da proporcionalidade chamada de proibição da proteção deficiente não é atendida. Primeiramente, como vimos, em virtude da pressa em aprovar o projeto de lei, dando uma resposta à sociedade, algumas falhas ocorreram.

Agora, com base no artigo analisado, podemos responder as questões levantadas no capítulo 3 acerca da proporcionalidade.

- a) Há restrição muito intensa dos direitos fundamentais dos particulares? (proibição do excesso);

O excesso pode ser notado na possibilidade de aplicação de todas as medidas despenalizadoras presentes no Direito Penal. Assim, se há um tipo penal que permite todas as medidas despenalizadoras, há um excesso na tutela do Estado, uma interferência exagerada na liberdade dos indivíduos pela utilização do Direito Penal, que deve tratar de situações extremas.

No caso concreto, o dano causado pelo crime é pequeno, tanto é que ele pode ser classificado como infração de menor potencial ofensivo, nos termos do artigo 61 da lei 9.099/95, há um excesso na utilização do Direito Penal.

- b) A lei realmente assegurará, de forma aceitável, o direito tutelado por ela? (proibição da proteção deficiente);

A necessidade de utilização de mecanismos de segurança é uma dessas falhas. Portanto, como elementar do tipo penal, deve estar presente no dispositivo informático da vítima para configurar o crime. Como vimos, a utilização desses mecanismos de segurança depende de um conhecimento técnico do usuário do dispositivo, que não é a realidade brasileira. Ademais, como a maioria desses mecanismos de segurança são programas pagos, muitos usuários preferem ou não têm condições de utilizá-los. Assim, a proteção trazida por este artigo é claramente insuficiente, pois não protege grande parte dos usuários da Internet.

- c) A lei traz a medida idônea para tutelar a situação que se pretende? (adequação);

Parece-nos claro que a medida não é idônea para proteger a situação pretendida. Primeiramente pelo motivo já citado da necessidade da utilização de *mecanismos de segurança*.

Outra discussão também já tratada é quanto à abrangência do termo *dispositivo informático*, se somente computadores ou qualquer outro dispositivo capaz de armazenar dados e arquivos podem dar ensejo ao delito.



d) A lei é o meio menos danoso ao particular de se tutelar o direito? (necessidade);

O teste de proporcionalidade, como vimos, funciona de forma escalonada. Portanto, se uma situação não preenche o requisito da adequação, não é proporcional, terminando o teste.

Contudo, para demonstrar de forma mais acentuada a violação a este princípio, vamos analisar o crime de “invasão de dispositivo informático” nas três parciais da proporcionalidade.

Como visto, o crime em tela tem pena de três meses a um ano na forma simples e de seis meses a dois anos na forma qualificada, o que dá ensejo a todas as medidas despenalizadoras.

Podemos dizer que, na prática, o processo se encerrará com a composição civil dos danos ou com a transação penal. Desta feita, seria menos danoso ao particular que o tema fosse tratado pelo Direito Administrativo ou Direito Civil, resolvendo-se em indenização e sanções administrativas.

Sabemos que o descrédito das outras instâncias de proteção é um dos fatores para a expansão do Direito Penal, como preconiza Silva Sánchez, mas cabe ao Poder Público modificar este panorama, organizando de forma mais adequada as instituições aplicando as sanções de forma efetiva.

Mais investimentos devem ser feitos na área da informação, sobretudo da Internet, com mecanismos que permitam maior segurança ao usuário, maior fiscalização e prevenção de atos ilícitos.

Portanto, não basta a criminalização da conduta se a pena não é capaz de cumprir suas funções de retribuição, prevenção e reeducação do criminoso,

e) As desvantagens trazidas pela lei são menores do que as vantagens ao direito tutelado? (proporcionalidade em sentido estrito);

Vimos que o crime de “invasão de dispositivo informático” não preenche as parciais da adequação e da necessidade. Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, não merece melhor sorte.

Este crime é a mais recente expressão da expansão do Direito Penal. É uma infração de menor potencial ofensivo, porém, que movimenta a máquina

Estatual desde a Polícia Civil, que deve realizar o termo circunstanciado, passando pelo Poder Judiciário que fará a audiência preliminar da lei 9.099/95, até o Ministério Público que, estará presente nesta audiência para, se necessário propor a transação penal.

Ademais, caso ocorra a composição civil dos danos ou a transação penal, o que vislumbramos ser o destino de praticamente todos os casos concretos, não restará nenhum efeito de condenação ou secundário da pena. Não importa em reincidência, apenas obsta a concessão do benefício nos próximos cinco anos, e não gera maus antecedentes ou efeitos no cível, conforme dispõe o artigo 76, §§4º e 6º da lei 9.099/95.

Assim, podemos concluir que a política penal brasileira é contraditória. Com o abuso do agir comunicativo de Habermas, permite que ocorra a expansão do Direito Penal e o surgimento do chamado “Direito Penal de emergência”. Curvando-se à pressão social o legislador não analisa o ordenamento jurídico como um todo, e apenas cria novas leis penais para responder a fatos pontuais.

Com isso, surgem novos tipos penais espalhados por legislações esparsas, que dificultam a aplicação e causam grandes transtornos, sobretudo desequilíbrio entre as penas de alguns crimes.

Um caso claro e já de antiga discussão é o artigo 74 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 74. Deixar de entregar ao consumidor o termo de garantia adequadamente preenchido e com especificação clara de seu conteúdo;

Pena Detenção de um a seis meses ou multa.

Trata-se de um dispositivo que, assim como o artigo 154-A do Código Penal analisado neste trabalho, também não atende ao princípio da proporcionalidade, vez que é desnecessário invocar o Direito Penal nesse caso. Sanções administrativas ou civis seriam mais eficazes nestes casos, sobretudo em sede de tutela coletiva.

Entretanto, ao passo que aumenta o número de tipos penais, como vimos, quase 80% não levam à pena privativa de liberdade. E ainda assim, o

legislador utiliza das medidas despenalizadoras para, como medida de política criminal, afastar os autores de crimes das penitenciárias.

É uma balança que trabalha totalmente desregulada. O Direito Penal não pode ser objeto de resposta à sociedade por fatos concretos, nem se presta a tutelar todo e qualquer bem jurídico. Até porque isto gera um efeito contrário: como a expansão do Direito Penal traz novos crimes, mas a eles são aplicadas as medidas despenalizadoras, o próprio Direito Penal cai em descrédito com a população, que vê autores de crimes beneficiados por composição civil e transação penal, que nem ao menos implicam em condenação.

## 8 CONCLUSÃO

O trabalho primeiramente adentrou à discussão e conceituação de princípios e regras, sob a ótica de Ronald Dworkin, Robert Alexy e Humberto Ávila. Quais as diferenças e semelhanças nos conceitos trazidos pelos doutrinadores e onde se enquadraria o princípio da proporcionalidade.

Em que pese a discussão doutrinária, entendemos por bem seguir o posicionamento de Luciano Feldens, que entende o princípio da proporcionalidade como metanorma, ou seja, a ser aplicado sobre qualquer norma jurídica, sejam regras ou princípios.

Abordamos também as duas vertentes do princípio da proporcionalidade: proibição do excesso e proibição da proteção deficiente. Delas extraímos que a atuação estatal não pode ser tão grave que retire direitos fundamentais do cidadão de forma excessiva, mas, por outro lado, não pode ser tão branda, a ponto de ser ineficiente.

O chamado teste de proporcionalidade também foi demonstrado, bem como as suas parciais: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Demonstramos que, apesar de alguns doutrinadores não concordarem, o princípio da proporcionalidade, entendido como metanorma jurídica, deve ser aplicado ao legislador, como fora inicialmente idealizado pelo alemão Peter Lerche e aplicado, ainda no Direito Administrativo, pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no denominado “Caso das Farmácias”.

Posteriormente, uma breve explanação acerca do processo legislativo brasileiro, bem como da participação popular neste processo. No capítulo seguinte, a relação entre a teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas e o processo legislativo. Como o legislador brasileiro é legitimado pela participação popular na criação de leis, e como é por ela influenciado, sobretudo em matéria penal.

Vimos que esta aplicação da teoria do agir comunicativo tem sido utilizada de forma inadequada no processo legislativo brasileiro e espanhol, como

relata Jesús-Maria Silva Sánchez no que chamou de “expansão do Direito Penal” em obra homônima.

A pressão social, muitas vezes toma como base uma situação concreta e valendo-se dos fatores da expansão do Direito Penal, acaba por levar o legislador a atender as vontades da população, ainda que de forma desordenada.

Como vimos, a sociedade, principalmente com a evolução dos meios de comunicação e da facilidade no acesso das informações, se sente mais próxima dos crimes, como potencial vítima, o que aumenta a sensação de insegurança. Aliado a isto, novos interesses e necessidades da sociedade surgem, passando a sensação de que o Direito Penal não pode protegê-las com os tipos penais que existem, forçando o legislador a criar novos tipos penais.

O descrédito nas outras áreas de proteção, outros ramos do Direito ou mesmo no poder público, também influencia para que ocorra a expansão do Direito Penal.

Silva Sánchez ainda aponta a participação de novos gestores da moral, ou seja, participação das mais diversas classes sociais, econômicas e com diferentes interesses na política, economia e formação de opinião.

Assim, o legislador se vê cercado pela vontade popular. E, como vimos, ante um caso isolado que é noticiado por longo período na mídia, é obrigado a legislar em caráter de emergência para responder à sociedade. O problema é que essas leis criadas como respostas a casos concretos nem sempre são discutidas e aprovadas da maneira correta, podendo ser aprovadas com erros que impossibilitam sua aplicação plena.

Ademais, com a análise do princípio da proporcionalidade, a atuação do legislador brasileiro é totalmente contraditória. De um lado aumenta o número de tipos penais, muitas vezes por pressão da sociedade, mas de outro, esses crimes geralmente têm penas baixas, que permitem aos autores a concessão de benefícios, chamados de medidas despenalizadoras.

Portanto, de nada vale o legislador promover a “expansão do Direito Penal”, criminalizando novas condutas, se, efetivamente poucas levam à pena privativa de liberdade. Conforme o levantamento apresentado, 1052 (mil quinhentos

e cinquenta e dois) tipos penais estão em vigência no país atualmente, mas praticamente 80% (oitenta por cento) deles não levam, em tese, à pena de prisão.

Isto gera uma falsa sensação de proteção na população, em primeiro momento, mas posteriormente transforma-se em descrédito também do Direito Penal, pois a sociedade espera que o condenado por um crime cumpra sua pena de prisão, mas não é o que ocorre.

Critica-se também a falta de técnica legislativa empregada, fruto da “expansão do Direito Penal” e do aceleração do processo legislativo. A falta de análise do sistema penal como um todo e o grande número de tipos penais em leis especiais, geram discrepância nas penas e criminalização de condutas que não deveriam ser tuteladas pelo Direito Penal.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed., rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed., rev. São Paulo: Malheiros, 2011.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de Insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Invasão de dispositivo informático**, Disponível em <<http://atualidadesdodireito.com.br/cezarbitencourt/2012/12/17/invasao-de-dispositivo-informatico/>>, acesso em 10 jul. 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. 1506 p.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 890 p.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial (arts. 121º ao 361)**. 5.ed. rev., ampl. e atual. Salvador, BA: JusPODIVM, 2013. 540 p.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 334 p. ISBN 85-203-2984-5

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e direito penal – A constituição penal.** 2ª edição Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Da teoria à crítica: princípio da proporcionalidade: uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas.** Belo Horizonte: Dictum, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal – 13ª edição.** Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

HABERMAS, J. **Sobre a legitimação pelos direitos humanos.** In: MERLE, J. & MOREIRA, L. Direito e Legitimidade. São Paulo: Landy, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito e moral.** Lisboa: Instituto Piaget, c1992. 121 p

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia: entre facticidade e validade. Volume I;** tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia: entre facticidade e validade. Volume II;** tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. **“O espaço público” 30 anos depois.** Tradução Vera Lúcia C. Westin. Caderno de Filosofia e Ciências Humanas – UNICENTRO, nº12, 1999;

KOSMANN, Jônatas. **O caráter polifuncional da pena e os institutos despenalizadores: em busca da política criminal do legislador brasileiro.** 2012. 149f. Monografia (Bacharelado em Direito) – FAAT – Faculdades Atibaia, 2012.



MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. **Manual de direito penal**. 25. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007-2011. v. 1.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. 381 p.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2. ed., rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 239 p.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 154 p. (As ciências criminais no século XXI)

\_\_\_\_\_. **Eficiência do direito penal**. 1. ed. Barueri, SP: Manole, 2004. 72 p. (Coleção Estudos de direito penal ; 11).

SARLET, Ingo Wolfgang. **CONSTITUIÇÃO E PROPORCIONALIDADE: O DIREITO PENAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE PROIBIÇÃO DE EXCESSO E DE INSUFICIÊNCIA**. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br>>, acesso em 15 mar. 2013;

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **A DUPLA FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O CABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA EM MATÉRIA CRIMINAL:**

**SUPERANDO O IDEÁRIO LIBERAL-INDIVIDUALISTA-CLÁSSICO.** Disponível em < <http://www.leniostreck.com.br/site/biblioteca-do-portal/>>, acesso em 15 mar. 2013;

STRECK, Lenio Luiz. **BEM JURÍDICO E CONSTITUIÇÃO: DA PROIBIÇÃO DE EXCESSO (ÜBERMASSVERBOT) À PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE (UNTERMASSVERBOT) OU DE COMO NÃO HÁ BLINDAGEM CONTRA NORMAS PENAS INCONSTITUCIONAIS.** Disponível em < <http://www.leniostreck.com.br/site/biblioteca-do-portal/>>, acesso em 15 mar. 2013;

STRECK, Lenio Luiz. **O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE (UNTERMASSVERBOT) E O CABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA EM MATÉRIA CRIMINAL: SUPERANDO O IDEÁRIO LIBERAL-INDIVIDUALISTA-CLÁSSICO.** Disponível em < <http://www.leniostreck.com.br/site/biblioteca-do-portal/>>, acesso em 15 mar. 2013;

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal:** uma introdução à doutrina da ação finalista. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 160 p.