

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

CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO DAS
FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE
TOLEDO” DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP

**PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E MANDADO DE
CRIMINALIZAÇÃO NO TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS**

Ana Paula Pacagnelli Infante

Presidente Prudente/SP
2014

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

CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO DAS
FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE
TOLEDO” DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP

**PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E MANDADO DE
CRIMINALIZAÇÃO NO TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS**

Ana Paula Pacagnelli Infante

Monografia apresentada como
requisito parcial para Conclusão da
Especialização lato sensu em Direito
Penal e Processo Penal Civil e
Processo Civil, sob a orientação do
Professor Rodrigo Lemos Arteiro.

Presidente Prudente/SP
2014

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO NO TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do Grau de Especialista lato sensu em Direito Penal e Processo Penal.

Orientador: Rodrigo Lemos Arteiro

Nome do Examinador

Nome do Examinador

Presidente Prudente, 25 de Junho de 2014

O que me preocupa não é o grito dos maus. É
o silêncio dos bons. Martin Luther King.

Dedico este trabalho aos meus pais, fontes de
inspiração e merecedores de toda minha
admiração e aos meus irmãos por todo
companheirismo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus.

Agradeço aos meus pais pelo empenho despendido em minha formação moral e intelectual. Mais do que educação, mostraram o papel que deve ser desempenhado por um cidadão, ciente dos direitos, mas também das obrigações.

Sou grata ao meu orientador que contribuiu com seus valiosos pensamentos para elaboração da presente monografia.

Agradeço a todos meus amigos, especialmente à Ariane, Clarissa, Lívia e Milena quanto aos auxílios fornecidos para o desenvolvimento do presente trabalho.

Agradeço à equipe de trabalho da Promotoria de Justiça de Lucélia.

Por fim, utilizarei as palavras de Chico Xavier para tecer o derradeiro agradecimento: “Agradeço todas as dificuldades que enfrentei; não fosse por elas, eu não teria saído do lugar. As facilidades nos impedem de caminhar. Mesmo as críticas nos auxiliam muito”

RESUMO

O presente trabalho analisa o reflexo da aplicação do princípio da proporcionalidade no direito penal, notadamente da teoria dos mandados de criminalização. O tema da pesquisa está inserido no direito constitucional, penal e processo penal. A pesquisa busca salientar as diretrizes inseridas pelo pós-positivismo, principalmente a força normativa dos princípios, outrora aplicados de forma meramente subsidiária. Em seguida, elenca a função dos direitos fundamentais como limitadora da atuação legislativa. Posteriormente, salienta que o direito penal não pode recair sobre condutas meramente imorais, devendo encontrar seu fundamento de validade na Constituição Federal. Enaltece a importância dos princípios constitucionais na limitação do poder punitivo estatal. Como tema central da monografia, verifica o desdobramento da adoção do princípio da proporcionalidade no direito penal, bem como discute a previsão constitucional dos mandados de criminalização, enfatizando o delito de tráfico ilícito de drogas. Salienta que o Poder Judiciário, em algumas decisões, afasta o regramento mais rígido conferido pelo Poder Legislativo ao acusado por tráfico de drogas, o que acarreta, para parcela da doutrina, colisão com o princípio da proporcionalidade que veda a proteção deficiente do bem jurídico. Para tanto, é colecionado alguns julgados do Supremo Tribunal Federal para debate.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Bem jurídico penal. Princípio da Proporcionalidade. Mandado de criminalização.

ABSTRACT

This paper analyzes the reflection of the proportionality principle in criminal law, notably the theory of criminalization warrants. The theme of the research is embedded in constitutional law, criminal law and criminal procedural law. The research aims to stress the guidelines inserted by post-positivism, especially the normative force of the principles, formerly applied only secondarily. Then points the limiting function of the fundamental rights on the legislative action. Subsequently, stresses that criminal law can not relying on purely immoral conduct, and should find its foundation on the Federal Constitution. Emphasises the importance of constitutional principles limiting the punitive power of the state. As central theme of the monograph, verifies the outspread of the adoption of the proportionality principle in criminal law and discusses the constitutional prevision of criminalization warrants, emphasizing the illicit of drug trafficking. Stresses that the judiciary, in some decisions, diverges from the more rigid regulation conferred by the Legislature to the accused of drug trafficking, which leads, according to part of the doctrine, to a collision with the proportionality principle, that prohibits the poor protection of legal interests. For this purpose, it is collected some jurisprudence of the Supreme Court to debate.

Keywords: Fundamental Rights. Criminal Legal Interests. Proportionality Principle. Criminalization Warrants.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direita de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art. – Artigo

CF/88 - Constituição Federal de 1988

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

Inc. – Inciso

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 REGRAS, PRINCÍPIOS, POSTULADOS NORMATIVOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS	13
2.1 Digressão histórica: do jusnaturalismo ao pós-positivismo	13
2.2 Conceito e distinção entre regras, princípios e postulados normativos.....	18
2.3 Direito fundamentais.....	21
2.4 Âmbito de proteção, limites e limites ais limites dos direitos fundamentais.	24
2.5 Limites materiais ao poder de reforma.....	26
3 BENS JURÍDICOS PENAIS, GARANTISMO E PRINCÍPIOS LIMITATIVOS DO PODER PUNITIVO ESTATAL	28
3.1 Evolução do bem jurídico e Estado Democrático de Direito.....	28
3.2 Garantismo penal	32
3.3 Direito penal mínimo e direito penal máximo (pampenalismo)	35
3.4 Princípios limitativos do poder punitivo estatal	35
4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	39
4.1 Princípio da proporcionalidade na Alemanha	39
4.2 Subprincípios.....	40
4.3 Juízo de ponderação	42
4.4 Breves considerações sobre a proporcionalidade em sentido estrito e fórmula quociente ou peso	45
4.5 Exposições sobre o princípio da proporcionalidade	47
4.6 Devido processo legal substantivo	48
5 MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO E TRÁFICO DE DROGAS	51
5.1 Mandados de criminalização	51
5.2 Tráfico de drogas. Escorço histórico	55
5.3 Tráfico ilícito de drogas: classificação e questões correlatas	59
5.4 Aplicação do §4º, art. 33, Lei 11.343/06	62
6 CONCLUSÃO	65
BIBLIOGRAFIA	67

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordou os deslindes do princípio da proporcionalidade no direito penal, notadamente em relação ao mandado de criminalização expresso na Constituição Federal referente ao delito de tráfico.

A escolha do tema foi pautada por sua relevância social, uma vez que o direito penal é ramo do direito público, sendo o bem jurídico penal protegido pela lei de drogas difuso.

Para a devida compreensão do objeto de estudo, elaborou-se histórico desde o naturalismo até o pós positivismo. Observou-se que, no positivismo vigorava a aplicação subsidiária dos princípios e, com o pós-positivismo foi conferida força normativa aos princípios, tendência evidenciada na CF/88, inexistindo hierarquia em razão do princípio da unidade da Constituição.

Conforme Alexy, as normas jurídicas comportam duas espécies: (i) regras que consistem em mandamentos definitivos e, (ii) os princípios, mandatos de otimização - conflito entre estes solucionado mediante juízo de ponderação. Não se ignora, outrossim, que alguns doutrinadores elencam os postulados normativos como terceira espécie do gênero norma.

Esclareceu-se que os direitos fundamentais, apesar da falta de unanimidade na doutrina, podem ser conceituados como os direitos humanos protegidos no ordenamento interno de determinado Estado. É cediço que os direitos fundamentais não são absolutos, mas as restrições devem ser formal e materialmente constitucionais, sem afetar o núcleo essencial, atuando a proporcionalidade para preservação desse núcleo.

Quanto aos bens jurídicos penais, conforme as teorias constitucionalistas, afirmou-se que eles precisam encontrar amparo na Constituição, ou seja, a tutela penal somente deve recair nos bens jurídicos fundamentais, obedecendo-se a proporcionalidade.

Mostrou-se a importância dos princípios constitucionais da legalidade, culpabilidade, intervenção mínima, dignidade da pessoa, na atividade legiferante, atuando na preservação do núcleo dos direitos

fundamentais, sendo legítima a intervenção do Poder Judiciário quando houver desrespeito.

Analisou-se o princípio da proporcionalidade com escoro na doutrina alemã. Teceu-se comentários sobre: caso das farmácias, armazenamento de petróleo e revista Titanic. Seu estudo foi desdobrado em três níveis: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, recaindo os dois primeiros sobre as possibilidade fáticas e, o último sobre as jurídicas.

Filiou-se à tese segundo a qual a proporcionalidade em sentido estrito corresponde ao juízo de ponderação, sendo necessário que as intervenções do direito fundamental representem vantagem que justifiquem a adoção da medida. Após, esclareceu-se sobre as etapas da ponderação, a saber: (i) grau de não satisfação de um dos princípios; (ii) relevância do respeito ao princípio contrário e, (iii) se a satisfação do princípio justifica o dano no outro.

Destacou-se que eventual discricionariedade causada pela aplicação do princípio da ponderação poderá ser amenizada com a possibilidade de participação da sociedade – *amicus curiae*- como ocorreu no julgamento envolvendo a utilização de células tronco de embriões excedentários, aborto de anencéfalo e união estável homoafetiva. No mesmo sentido, a publicidade conferida à fundamentação das decisões judiciais também aumenta a legitimidade da decisão.

No desenvolvimento do estudo, citou-se a lei da ponderação de Alexy, analisando-se a fórmula quociente ou peso. Salientou-se que a dupla faceta dos direitos fundamentais (atuação positiva e negativa), faz com que o princípio da proporcionalidade apresente duplo aspecto: (i) proibição do retrocesso e vedação da proteção insuficiente.

Explanou-se que o postulado de proteção decorrente dos direitos fundamentais é analisado em três vertentes: dever de proibição, dever de segurança e dever de evitar riscos, enfatizando que os mandados de criminalização consistem nos deveres de proteção dirigidos ao legislador, impondo a este a obrigatoriedade de regulamentação.

Aduziu-se que a técnica dos mandados de criminalização permite o controle da constitucionalidade da omissão e da ação do legislador ordinário.

Quanto ao tráfico de drogas, teceu-se breves considerações históricas acerca de sua criminalização, culminando com a elaboração da Lei 11.343/06 como forma de cumprir mandado de criminalização expresso no inciso XLIII, artigo 5º, Constituição Federal. Dentre as inovações da lei, eis as seguintes: (i) aumento da pena do delito de tráfico; (ii) previsão de causa de aumento de pena no § 4º, art. 33; (iii) regime jurídico mais gravoso consistente na inafiançabilidade, não cabimento de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão em pena restritiva de direitos.

Salientou-se que o Supremo Tribunal Federal descumpra mandados de criminalização ao proferir decisões que afastam o regime mais gravoso imposto pelo poder constituinte e observado pelo legislador infraconstitucional. Tal hipótese ocorre quando afasta-se a aplicação de regime inicial fechado para o cumprimento de pena, bem como concede-se liberdade provisória, normas ainda vigentes e eficazes, colidindo com o princípio da proporcionalidade.

Informou-se que, após julgamento exarado em sede de controle incidental de constitucionalidade (HC 97.256), o Senado Federal editou a Resolução n 5, conferindo efeitos erga omnes, o que acarretou na suspensão da eficácia da parte da redação do art. 44, Lei 11.343/06 que vedada a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Por fim, referente à causa de diminuição de pena ou, conforme denominação doutrinária, tráfico privilegiado, esclareceu-se que sua aplicação deverá ocorrer em hipóteses excepcionalíssimas, sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade na vertente proibição da proteção deficiente.

Para o desenvolvimento da pesquisa foi utilizado o método histórico, pesquisa bibliográfica, análise de jurisprudências e de legislação nacional e estrangeira.

2 REGRAS, PRINCÍPIOS, POSTULADOS NORMATIVOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Digressão histórica: do jusnaturalismo ao pós-positivismo

O comportamento é regulamentado por normas jurídicas, gênero que se divide em regras e princípios. Com o pós-positivismo, vertente de pensamento que ganhou apogeu após a Segunda Guerra Mundial, passou-se a reconhecer força normativa aos princípios, retirando a aplicação subsidiária em relação às normas, como outrora defendida pelo positivismo.

Para compreensão dos ensinamentos da corrente de pensamento acima exposta, necessária digressão histórica, relacionando-se o binômio: jusnaturalismo X positivismo.

O jusnaturalismo possui como antecedente lógico o estado da natureza, que pode ser analisado com respaldo nos ensinamentos de Hobbes e Locke. De acordo com o primeiro pensador, o contrato social tem o condão de acarretar a renúncia ao estado da natureza, sendo ilimitado. O segundo estabelece que o poder nasce limitado por outro poder preexistente.

Nesse sentido, esclarece Bobbio (2011, p. 56):

De acordo com o pensamento jusnaturalista, o poder civil originário forma-se a partir de um anterior estado de natureza por meio do procedimento característico do contrato social. Contudo, há dois modos de conceber esse contrato. Com uma primeira hipótese, que poderíamos dizer hobbesiana, aqueles que estipulam o contrato renunciam completamente a todos os direitos do estado de natureza e o poder civil nasce sem limites: cada futura limitação será uma auto-limitação. Com uma segunda hipótese, que poderíamos chamar lockiana, o poder civil funda-se no objetivo de assegurar um melhor gozo dos direitos naturais (...), e, logo, nasce originariamente limitado por um direito preexistente. Na primeira hipótese o direito natural desaparece completamente ao dar vida ao direito positivo; na segunda hipótese, o direito positivo não é senão um instrumento para a completa realização do preexistente direito natural (...) Na segunda teoria, ao contrário, a soberania já nasce limitada porque o direito natural originário não é completamente suplantado pelo novo direito positivo, senão que conserva parte da sua eficácia no interior mesmo do ordenamento positivo, como direito recebido.

Com efeito, segundo Ferraz (2009, p. 34/36), na Grécia antiga, a natureza era fundamento de validade do direito natural. Tal ensinamento foi incorporado na antiguidade clássica. Segue o autor narrando que, na Idade Média, com o apogeu da doutrina cristã, o direito natural não estava mais pautado na natureza e sim na razão divina. Já na era moderna, com a revolução copernicana e a conseqüente exaltação do homem, o direito natural encontrou fundamento na natureza humana, denominando-se direito natural racional. Essa linha de raciocínio foi utilizada para balizar a Revolução Francesa, determinando a positivação dos direitos de primeira geração, ou seja, liberdades individuais que impunham ao Estado a abstenção.

Pois bem, verifica-se que o direito natural foi utilizado para positivação de direitos. O primeiro é imbuído de viés moral, metafísico, enquanto que no segundo não subsistem tais características.

Nesse sentido, eis o pensamento de Ferraz (2009, p. 36/37):

Por mais paradoxal que possa parecer, o apogeu do Direito natural como fundamento teórico de codificação de direitos, representou, ao mesmo tempo, o seu declínio e superação, inclusive a propiciar o surgimento de nova base jusfilosófica: o positivismo. Com isso, exsurge uma nova leitura do papel desempenhado pelos princípios (...) Em resumo, a partir do momento em que o Direito natural é transposto para o código, não há mais como tolerar outro Direito que não aquele já codificado, ocorrendo, a partir daí, a redução de todo Direito ao Direito positivo, de sorte que qualquer elemento (v.g. Princípios) extrínsecos ao sistema não pode ser considerado Direito.

No Estado liberal, a atuação negativa imposta ao Poder Público irradiou reflexos no Poder Judiciário, limitando a atuação do julgador à realização de juízo de subsunção do fato à norma, sem maior liberdade, em regra.

Em consonância, preleciona Ferraz (2009, p. 39):

Cabe, então ao juiz, como agente estatal - entendido como funcionário público - um papel rigidamente delimitado pela teoria da separação de Poderes, qual seja, o de concretizador da ordem estabelecida e incorporada nos códigos pela vontade geral do povo, por meio de seus representantes. Não é dada a ele qualquer margem de ação fora dos contornos sintático-semânticos da lei ou da interpretação metódica.

Entretanto, verificou-se que essa atuação do juiz como mero aplicador do direito positivado não era capaz de eliminar hipóteses de anomia ou antinomia jurídica. Para tais situações, a comunidade jurídica da época

passou a admitir a utilização dos costumes, analogias e princípios gerais do direito.

Oportuno consignar que mesmo com o reconhecimento dos princípios, além de sua aplicação subsidiária, possuíam hierarquia inferior à conferida ao direito positivado, eliminando-se a hipótese de prevalência sobre a lei.

Eis o entendimento de Ferraz (2009, p. 40):

Ora, ante a constatação de que, mesmo com a utilização dos métodos de interpretação da lei ainda subsistiam quadros de anomia e antinomia jurídica, passou-se a admitir, com esteio nos glosadores medievais, em caráter subsidiário, secundário - simplesmente como forma de colmatar as "lacunas" deixadas pela lei - a utilização dos costumes, da analogia e dos PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO (...) Nesse contexto, os princípios não são considerados como algo que se sobrepusesse à lei, ou lhe fosse anterior (...), assumindo, assim, uma posição hierarquicamente inferior à lei, tal qual criador e criatura.

O cenário jurídico então vigente era pautado pela adoção do positivismo, limitando a atuação do magistrado ao mero juízo de subsunção do fato à norma, eliminando-se a incidência de outras ciências na aplicação do direito. Nessa fase, ganhou destaque o pensamento de Hans Kelsen.

Em apertada síntese, mencionado intelectual era adepto do positivismo puro, ortodoxo e pregava a análise do direito sem a incidência de outras ciências do pensamento. Estabelecia, igualmente, que a validade da norma não tinha relação com seu conteúdo e sim por ter sido elaborada por quem detinha a competência, conforme estabelecido em lei. Apregoava, outrossim, que o ordenamento jurídico era escalonado, encontrando fundamento de validade na norma hipotética fundamental.

O pensamento de Hans Kelsen é externado com propriedade pelos professores Benevides Filho e Alencar Filho (2004, p. 29/30):

A teoria Pura do Direito surge como uma tentativa do Mestre de Viena para resgatar o estado ou qualidade de puro, a limpidez, transparência, nitidez, puridade e o casticismo do direito, extirpando-lhe tudo o quanto não fosse jurídico. Vale dizer, eliminando elementos sociológicos, filosóficos, psicológicos, econômicos e outros (...) Hans Kelsen concebe, portanto, o ordenamento jurídico como um sistema escalonado e gradativo de normas que em cujo topo deveria figurar a chamada Norma Fundamental, Norma Ancestral ou Norma Hipotética Fundamental.

A obra do Mestre de Viena trouxe importantes reflexos para o direito constitucional, ainda aplicáveis. Ao prever o escalonamento do ordenamento jurídico, cuja fonte de validade da norma hierarquicamente inferior deve ser analisada pelos ditames da superior, criou base para o amadurecimento do estudo do controle abstrato de constitucionalidade das leis.

Entretanto, as bases do positivismo puro foram utilizadas para a sustentação de regimes totalitários (nazistas, fascistas, dentre outros) que culminaram em atroz violações de direitos humanos, possibilitando a legitimação nos ordenamentos jurídicos da segregação e do extermínio de determinado seguimento social, visto como indesejável por parcela da sociedade.

Impende esclarecer que, após o término da Segunda Guerra Mundial, houve a união da comunidade internacional na tentativa de responsabilização dos agentes pelos crimes cometidos. Formou-se o Tribunal de Nuremberg. Neste, o principal argumento dos algozes era o de que estavam cumprindo a lei vigente naquele momento, sendo, portanto, legítima a atuação, raciocínio válido para o positivismo puro.

Eis a explanação de Czovny e Martins (2005, p. 01):

A defesa dos nazistas alegou que quando os acusados praticaram as ações pelas quais eles estavam sendo julgados aquilo não era crime (...) Entre as estratégias da defesa, encontrava-se a alegação de que os acusados somente cumpriram ordens de seus superiores (...) A acusação, por seu lado, sustentava que qualquer que fosse o direito na época em que os nazistas cometeram suas atrocidades, aquelas ordens recebidas constituíam somente um meio para concluir atos cruéis.

Um Estado poderia prever em seu ordenamento jurídico violações dos direitos humanos? Existiriam limites à soberania estatal?

Eis o marco histórico da mudança de pensamento. A partir desse momento, o princípio da dignidade humana passou a ser adotado como forma de limitar a atuação estatal, chegando a ser classificado por alguns autores como super-princípio.

Ferraz (2009, p. 45) aduz que:

Assim, os princípios gerais de Direito transmudam-se em princípios constitucionais. Nesse contexto, o relevo dos princípios perpassa a importância das regras, até porque os conflitos mais "importantes", ou seja, aqueles que envolvem os chamados direitos fundamentais são

resolvidos na esfera principiológica: observe-se que agora os princípios situam-se em uma posição hierárquica superior à das regras.

Verifica-se que, o positivismo puro não mais atendia aos anseios sociais, mostrando-se necessária nova vertente de pensamento, capaz de conter abusos por parte dos detentores do poder. Surge o pós-positivismo e a força normativa dos princípios.

No Brasil, com a publicação da Constituição de 1988, visando a concretização dos direitos fundamentais, notadamente os que exigem atuação positiva do Poder Público, aliada à aplicação de princípios, a doutrina nacional, com respaldo em grandes nomes estrangeiros, busca o desenvolvimento do que passou a ser denominado pós-positivismo.

Nesse sentido, Streck leciona que (2009, p. 02/03):

Assim, de um direito meramente legitimador das relações de poder, passa-se a um direito com potencialidade de transformar a sociedade, como, aliás, consta do texto da Constituição do Brasil, bastando, para tanto, uma simples leitura de alguns dispositivos, em especial o art. 3º. Os direitos, nos quadros do Estado Democrático (e Social) de Direito, é sempre um instrumento de transformação, porque regula a intervenção do Estado na economia, estabelece a obrigação da realização de políticas públicas, além do imenso catálogo de direitos fundamentais-sociais. Em síntese, o fenômeno do (neo)constitucionalismo proporciona o surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados a partir de uma característica especial: a existência de uma Constituição "extremamente embebedora"(pervasiva), invasora, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário à ação dos agentes públicos e ainda influenciar diretamente nas relações sociais.

Surge novo problema.

A implementação dos direitos fundamentais, mormente os que demandam atuação do Poder Público, aliada à aplicação de princípios, acarreta invasão na esfera legislativa. Em razão disso, para evitar que um poder adentre nas esferas de atribuição de outro (excluindo dessa afirmação, as formas válidas de exercício atípico), a doutrina mostra ser necessário estabelecer limites para atuação dos magistrados.

Explica-se: para o positivismo quando o ordenamento jurídico não era capaz de solucionar o problema concreto, era delegado ao juiz a atividade discricionária para fazê-lo e, sabe-se que, poder sem limites acarreta abusos.

Ilustra-se o exposto, com o pensamento de Streck (2009, p. 05/06):

Dentre as teses centrais do positivismo, podemos elencar "que a validade de uma norma independe de sua "validade" moral (...). No fundo, operou-se uma cisão entre validade e legitimidade, sendo que as questões de validade seriam resolvidas através de uma análise lógico-semântica dos enunciados jurídicos, ao passo que os problemas de legitimidade - que incluem uma problemática moral - deveriam ficar sob os cuidados de uma teoria política que poucos resultados poderiam produzir, visto que esbarravam no problema do pluralismo de idéias presente num contexto democrático, o que levava inexoravelmente a um relativismo filosófico"; (...) que as normas jurídicas de um ordenamento não "cobrem" todas as hipóteses de aplicação; isto quer dizer que haverá "casos difíceis" que não serão solucionáveis pelas normas jurídicas existentes; daí o recurso à discricionariedade, poder "delegado" aos juizes.

Portanto, apesar de grande discordância na doutrina sobre o que seja o pós-positivismo, é fato que não mais "vivemos" sob o manto do positivismo puro. Muda-se o "modelo", surgem novos dilemas. O simples juízo de subsunção do fato à norma; a ausência de elementos não jurídicos no direito; a atividade discricionária do legislador, do aplicador ou do destinatário do direito em apenas seguir o que está escrito em determinado ordenamento, não se coadunam com o Estado Democrático e Social de Direito.

2.2 Conceito e distinção entre regras, princípios e postulados normativos

Nossa Constituição Federal é composta por regras e princípios. A existência de regras garante a segurança jurídica, enquanto que os princípios permitem a consideração dos valores existentes na sociedade, uma vez que o preâmbulo da Constituição Federal estabelece que a sociedade é pluralista.

Com propriedade estatui Novellino (2013, p. 117/118):

A Constituição é um "sistema normativo aberto de princípios e regras" que, assim como os demais estatutos jurídicos, necessita das duas espécies normativas para exteriorizar os seus comandos. Isso porque um sistema baseado apenas em princípios poderia conduzir a um sistema falho em segurança jurídica. Por seu turno, um sistema constituído exclusivamente por regras exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa (legalismo, "sistema de segurança"), não permitindo a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses de uma sociedade plural e aberta.

Existem inúmeros critérios que buscam estabelecer a distinção entre princípios e regras. De acordo com Novellino (2013, p. 120/121), pelo

critério da abstratividade, os princípios possuem alto grau de abstração, as regras, baixo. A seu turno, há o raciocínio da determinabilidade dos casos de aplicação que preleciona que as regras são aplicadas de forma direta e imediata, ao passo que os princípios são mandamentos.

As classificações, alcances e distinções estabelecidas pelos autores não são uníssonas.

Conforme Alexy (2011, p. 131), as regras são mandamentos definitivos que serão cumpridos ou não. A seu turno, princípios são mandamentos de otimização e “ordenam que algo será realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas” (Alexy, 2011, p.131).

Elaborou-se as teses quantitativas e qualitativa.

A primeira afirma que as regras possuem grau de concretude, sendo aplicadas pelo intérprete mediante juízo de subsunção, ou seja, premissa maior (norma), premissa menor (caso concreto), chegando-se à conclusão. A seu turno, os princípios gozam de abstração.

Por sua vez, a segunda tese busca diferenciar os princípios e regras de acordo com o critério utilizado para solução dos conflitos. Nesse sentido, quando duas regras estiverem em conflito, somente uma deverá prevalecer. Agora, a colisão entre princípios é solucionada utilizando juízo de ponderação. Ocorre que, essa diferenciação também está sendo revista pela doutrina, uma vez que o juízo de ponderação também poderá ser aplicado no conflito de regras.

Eis a doutrina de Barroso e Barcellos (s/d, p.10/11):

A dogmática moderna avalia o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras. Antes de uma elaboração mais sofisticada da teoria dos princípios, a distinção entre eles fundava-se, sobretudo, no critério da generalidade. Normalmente, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações. Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição. Isto não impede que princípios e regras desempenhem funções distintas dentro do ordenamento (...)distinção qualitativa ou estrutural entre regra e princípio (...)Regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da subsunção: enquadram-se os fatos na

previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade tudo ou nada: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese do conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer. Princípios, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípios freqüentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante ponderação (...) Princípios – e, com crescente adesão na doutrina, também as regras – são ponderados, à vista do caso concreto.

Com efeito, para Alexy os princípios referem-se tanto aos direitos individuais quanto aos coletivos, enquanto que para Dworkin os princípios são utilizados para os direitos individuais.

Nesse sentido, explana Novellino (2013, p. 122/123):

A definição do conceito de princípio em Dworkin é mais restrita que a dada por Alexy. Enquanto para este “princípios podem se referir tanto a direitos individuais quanto a interesses coletivos”, para Dworkin os princípios são apenas as normas que podem ser utilizadas como razões para direitos individuais, uma vez que as normas referentes a interesses coletivos são denominadas de “policies”.

Para Ávila, as normas jurídicas comportam terceiro gênero que não pode ser enquadrado em regras ou princípios. Com efeito, mencionado doutrinador afirma que tal espécie normativa são os postulados normativos que consistem nas condições essenciais sem as quais o objeto não pode ser apreendido. Divide-os em postulados hermenêuticos – compreensão do Direito – e postulados aplicativos – destinam-se a estabelecer os critérios de aplicação de outras normas, denominando-os de metanormas, normas de segundo grau, sobreprincípios.

Esclarece o autor que os postulados diferem dos princípios e regras por não se encontrarem no mesmo nível e por não terem os mesmos destinatários. Os primeiros dirigem-se ao Poder Público e aos cidadãos, enquanto que os segundo, por estarem em nível superior às regras e princípios, orientam a aplicação destes.

Nesse sentido, Ávila (2012, p. 142/143):

A interpretação de qualquer objeto cultural submete-se a algumas condições essenciais, sem as quais o objeto não pode ser sequer apreendido. A essas condições essenciais dá-se o nome de postulados. Há os postulados meramente hermenêuticos, destinados a compreensão em geral do Direito e os postulados aplicativos, cuja função é estruturar a sua aplicação concreta.

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 funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas.

Desta feita, parcela da doutrina afirma existir três espécies do gênero norma jurídica. Os postulados normativos, dentre eles pode-se elencar o princípio da proporcionalidade, consistem em mecanismos utilizados pelo aplicador do direito quando houver colisão entre as demais normas jurídicas.

2.3 Direitos fundamentais

É cediço que não existe uniformidade quanto à denominação dos direitos fundamentais. Com efeito, recebem várias nomenclatura, dentre elas, direitos humanos, direitos dos homens, direitos individuais, liberdades fundamentais, liberdades públicas, dentre outras.

A proteção aos direitos fundamentais não está restrita ao aspecto formal, mas também ao material. Este admite a incidência de direitos fundamentais não contidos expressamente no Texto Maior.

As normas serão materialmente constitucionais quando o conteúdo for referente à estrutura básica do Estado. O antecedente lógico para sua admissão é proveniente do texto positivo (art. 5º, § 2º, CF).

Nesse sentido, explana Sarlet (2012, p. 74/75):

A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos (...) a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, de tal sorte que – neste sentido – se cuida de direitos de natureza supralegal; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF) (...) c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, § 2, da CF) que a noção da fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto

O objeto do presente estudo não é tecer amiúde acerca dos direitos fundamentais, mas tão somente estabelecer ligação com a técnica da ponderação, abordada em capítulo subsequente. Mas, devido à pertinência, dentre as nomenclaturas acima expostas, oportuna a distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos. Resumidamente, pode-se afirmar que os direitos fundamentais correspondem aos direitos humanos internalizados em determinado Estado, enquanto que os direitos humanos relacionam-se com os documentos internacionais, não sendo limitado à dada ordem constitucional.

Essa distinção é estabelecida com maestria por Sarlet (2012, p. 29):

Em que pesem sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”), comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é a de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

As Constituições modernas apresentam dois tipos de normas. As primeiras dizem respeito à organização do Estado, regulando o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário. As segundas, correspondem às normas

limitativas do Poder Público, enquadrando-se, notadamente, os direitos fundamentais.

Alexy estabelece que o desenvolvimento do estudo dos direitos fundamentais apresenta-se sob duas correntes: construção de regras e de princípios.

Sob o enfoque das regras, verifica-se que as normas de direitos fundamentais estão no mesmo nível das demais normas constitucionais, possuindo o mesmo critério de aplicação. Sua peculiaridade reside no fato de que protegem os cidadãos contra o Estado.

Veja-se o exposto por Alexy (2011, p. 106):

Segundo a construção estreita e rigorosa, normas que concedem direitos fundamentais não se distinguem, essencialmente, das outras normas do sistema jurídico. Elas têm, naturalmente, como normas constitucionais, seu lugar no grau extremo do sistema jurídico e seus objetos são direitos, extremamente abstratos de maior importância, mas tudo isso – segundo a construção de regras – não é fundamento para alguma diferença fundamental de tipo estrutural. Elas são normas jurídicas e, como tais, elas são aplicáveis do mesmo modo como todas as outras normas jurídicas. Sua particularidade consiste somente nisto, que elas protegem determinadas posições do cidadão, descritas abstratamente, contra o estado.

Agora, sob a ótica dos princípios, observa-se que os direitos fundamentais não se limitam aos que são exercidos em face do Estado, sendo aplicados em todos os âmbitos do direito, irradiação dos direitos fundamentais. Ademais, observa-se que os princípios frequentemente podem colidir, sendo necessário o uso da ponderação.

O acima exposto foi delineado pelo Tribunal Constitucional Alemão, em 1958, no julgamento do caso Lüth. Este convocou boicote ao filme de Veit Harlan, sob o fundamento deste ser nazista.

Nesse sentido:

A sentença-Lüth une três ideias, que enformaram fundamentalmente o direito constitucional alemão. A primeira dela é que a garantia jurídico-constitucional de direitos individuais não se esgota em uma garantia de direitos de defesa do cidadão clássicos contra o estado. Os direitos fundamentais personificam, como diz o tribunal constitucional federal, “também um ordenamento de valores objetivo”. Foi discutido sobre isso, o que o tribunal entendeu sob um “ordenamento de valores objetivo”. Depois, o tribunal fala simplesmente dos “princípios (...) que se expressam nos direitos fundamentais. Pode referir-se à isso e dizer que a primeira ideia fundamental da sentença-Lüth consiste nisto, que os direitos fundamentais têm não só o caráter de regras, mas também de

princípios. A segunda ideia, estreitamente unida com a primeira, é que os valores ou princípios jurídico-fundamentais valem não somente para a relação ente o estado e o cidadão, mas, muito mais além, “para todos os âmbitos do direito”. Com isso, produz-se um “efeito de irradiação” dos direitos fundamentais sobre o sistema jurídico todo (...) Valores como princípios são propensos a colidir. Uma colisão de princípios somente por ponderação pode ser solucionada.

Desta feita, os direitos fundamentais não devem ser aplicados apenas nas relações entre particulares e Estado e, por possuir, também caráter de princípio, está sujeito à colisão, solucionável mediante juízo de ponderação, subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

2.4 Âmbito de proteção, limites e limites aos limites dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais possuem âmbito de proteção e, *a priori*, estão sujeitos a intervenções neste aspecto (Sarlet, 2012, p. 395).

Âmbito de proteção de determinado direito fundamental consiste no objeto tutelado, sendo que não há direito fundamental absoluto. Ocorre que, a restrição desses direitos não poderá atingir o núcleo essencial.

Quanto à restringibilidade dos direitos e os limites desta, existem duas teorias.

A primeira apregoa que os limites são inerentes ao direito – limites imanentes - excluindo-se fatores de origem externa, por exemplo, as restrições oriundas do conflito entre princípios.

Estatui Sarlet (2012, p. 397) que pela:

Teoria interna um direito fundamental existe desde sempre com seu conteúdo determinado, afirmando-se mesmo que o direito já “nasce” com os seus limites. Nesse sentido, fala-se na existência de “limites imanentes, que consistem em fronteiras implícitas, de natureza apriorística (...) o processo de definição dos limites do direito é algo interno a ele (...) para a teoria interna, os direitos e seus limites formam uma unidade, visto que os limites são imanentes ao direito, que fatores de origem externa, como é o caso de restrições decorrentes da colisão entre princípios, são sempre excluídos.

Pela teoria externa, o objeto dos direitos fundamentais é decomposto em dois: o direito e as restrições. Inicialmente, o direito é ilimitado, passando a sofrer limitações diante da imposição de restrições.

Esclarece Sarlet (2012, p. 398):

Ao contrário da interna, que pressupõe a existência de apenas um objeto, o direito e seus limites (imanescentes), a teoria externa divide este objeto em dois: há, em primeiro lugar, o direito em si, e, destacado dele, as suas restrições. Assim, de acordo com a teoria externa, existe inicialmente um direito em si, ilimitado, que, mediante a imposição de eventuais restrições, se converte em um direito limitado (...). Essa distinção, contudo, não afasta a possibilidade de direitos sem restrições, visto não haver uma relação necessária entre o conceito de direito e o de restrição (...) a teoria externa acaba sendo a mais apta a propiciar a reconstrução argumentativa das colisões de direitos fundamentais (...). As limitações impostas a estes direitos deverão observar, por sua vez, outros limites, que têm sido designados de limites dos limites.

Pois bem, conforme estabelecido pelo mencionado autor, a teoria externa é a mais indicada para a análise da restringibilidade dos direitos fundamentais, pois reconhece a existência de direitos sem restrições, possibilitando o estudo da colisão entre esses direitos.

A seu turno, Novais (2003) apud Sarlet (2012, p. 400), define os limites aos direitos fundamentais como:

Ações ou omissões dos poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) ou de particulares que dificultem, reduzam ou eliminem o acesso ao bem jurídico protegido, afetando o seu exercício (aspecto subjetivo) e/ou diminuindo deveres estatais de garantia e proteção (aspecto objetivo) que resultem dos direitos fundamentais.

Com efeito, as limitações aos direitos fundamentais operadas pelo legislador infraconstitucional devem decorrer direta ou indiretamente da Constituição Federal, por exemplo, a edição da lei que regula as interceptações telefônicas (Lei n° 9.296/96) traçou as hipóteses em que a quebra do sigilo é válida, regulamentado o inciso XII, art. 5°, CF.

Salienta-se que a atuação do legislador ordinário não é plenamente livre, devendo observar as limitações formais e materiais do Texto Maior.

Ademais, afirma Sarlet (2012, p. 402):

Não é possível ao Constituinte – tampouco ao legislador ordinário – prever e regular todas as hipóteses de colisão de direitos fundamentais. Tendo em vista a caracterização dos direitos

fundamentais como posições jurídicas prima facie, não raro encontram-se eles sujeitos a ponderação em face de situações concretas de colisão, nas quais a realização de um direito se dá “às custas” do outro (...) Muito embora as situações de conflito tenham em sua ampla maioria, sido regulamentadas pela legislação ordinária, há casos em que a ausência de regulação esbarra na necessidade de resolver o conflito decorrente da simultânea tutela constitucional de valores ou bens que se apresentam em contradição concreta (...) a solução amplamente preconizada afirma a necessidade de se respeitar a proteção constitucional dos diferentes direitos no quadro da unidade da Constituição, buscando harmonizar preceitos que apontam para resultados diferentes, muitas vezes contraditórios.

As restrições aos direitos fundamentais devem obedecer a Constituição, formal e materialmente. Dentro da compatibilidade formal, verifica-se a competência e o procedimento para elaboração da norma. Na material, o respeito ao núcleo dos direitos fundamentais e a proporcionalidade, esta com seus desdobramentos abordados em tópico apartado na presente monografia.

Veja-se o exposto por Sarlet (2012, p. 404):

O controle de constitucionalidade formal e material dos limites aos direitos fundamentais implica, no plano formal, a investigação da competência, do procedimento e da forma adotados pela autoridade estatal. Já o controle material diz essencialmente com a observância da proteção do núcleo (ou conteúdo) essencial destes direitos, bem como com o atendimento das exigências da proporcionalidade e da razoabilidade, mas também do que se tem convencionado designar de proibição do retrocesso, categorias que, neste sentido, assumem a função de limites aos limites dos direitos fundamentais.

Desta forma, os limites aos limites impõe limitação às restrições efetuadas nos direitos fundamentais, operando a proporcionalidade como forma de garantir o núcleo do direito fundamental.

2.5 Limites materiais ao poder de reforma

Parte-se da premissa de que o poder de reforma é limitado materialmente, resguardando o conteúdo essencial dos direitos, visando a preservação do estabelecido pelo Poder Constituinte Originário.

Sarlet (2012, p. 422) explana que:

No fundo, o reconhecimento delimitações de cunho material significa que o conteúdo da Constituição não se encontra à disposição plena do legislador constitucional e de uma maioria qualificada, sendo

necessário, por um lado, que se impeça uma vinculação inexorável e definitiva das futuras gerações às concepções do Constituinte, ao mesmo tempo em que garanta às Constituições a realização de seus fins.

O fundamento segundo o qual a imutabilidade de determinadas normas da Constituição Federal possa fazer com que o texto não mais corresponda aos anseios da sociedade, não tem o condão de enfraquecer a tese da existência de limites materiais a reforma. Com efeito, caso ocorra total descompasso entre o texto escrito e a realidade social, instaurar-se-á ambiente propício para convocação de nova constituinte.

Oportuno consignar que, além dos limites expressos, a doutrina reconhece limites implícitos para reforma.

Em consonância, aduz Sarlet (2012, p. 424/425):

Dentre os limites implícitos que harmonizem com o direito constitucional pátrio há que se destacar, em primeiro plano, a impossibilidade de se proceder-se a uma reforma total ou, pelo menos, que tenha por objeto os princípios fundamentais de nossa ordem constitucional, já que resultaria na sua destruição (...) as normas sobre o Poder Constituinte e sobre a reforma da constituição costumam ser enquadradas na categoria dos limites implícitos.

Sendo assim, a Constituição Federal estabelece limites expressos que, a título de exemplo pode-se citar o §4º, art. 60, CF, e os implícitos que decorrem do próprio sistema, a saber, a impossibilidade de revogação das normas que impõe limites expressos ao poder de reforma.

3 BENS JURÍDICOS PENAIS

É cediço que o Estado possui dever de proteger os indivíduos contra lesões decorrentes de atos ilícitos. Para tanto, além do garantismo negativo, proibição do excesso, deverá ser observado o garantismo positivo, consubstanciado na proibição da proteção deficiente, impondo o dever da defesa de direitos fundamentais, o que limita a atividade legiferante.

A definição do bem jurídico e seus contornos atende ao princípio da dignidade da pessoa (CF, art. 1º, III), um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ao princípio da legalidade, de suma importância, posto que o Brasil é Estado Democrático de Direito, aos princípios da subsidiariedade, fragmentariedade, dentre outros.

Em que pese a grande divergência e falta de consenso doutrinário, cita-se o conceito de bem jurídico elaborado por Souza (2006, p. 33):

Em razão de seu conceito dinâmico que não pode ser estabelecido com precisa segurança, este pode ser conceituado como: conjunto de determinados valores éticos-sociais protegidos pelo direito, com a finalidade de assegurar a paz social, evitando que esses valores sejam expostos a lesão ou perigo. Nunca perspectiva objetivista, o bem jurídico pode ser definido como: bem essencial da comunidade ou do indivíduo, que em razão da importância social deve receber proteção jurídica.

No presente capítulo será analisado o conceito e evolução dos bens jurídicos penais, conforme abaixo exposto.

3.1 Evolução do bem jurídico e o Estado Democrático de Direito

Em tempos remotos, a noção de direito era vinculada com a de religião. Prado (2009, p. 24) afirma que: “o delito é antes de tudo e sobretudo um pecado – desobediência à vontade divina”.

Com o iluminismo, o indivíduo passa a ser o centro da discussão das ciências do conhecimento, difundindo a razão na busca ao saber.

Prado aduz que (2009, p. 24):

Na filosofia penal iluminista, o problema punitivo estava completamente desvinculado das preocupações éticas e religiosas; o delito encontrava sua razão de ser no contrato social violado e a pena era concebida somente como medida preventiva.

Passa-se a evitar os abusos dos detentores do poder, utilizando-se o direito penal com nítido caráter individualista.

Após o iluminismo, o conceito de bem jurídico penal passou por uma série de alterações. A cronologia, com as principais características, é elencada por Prado (2009, p. 24/41), a seguir declinada.

O delito era violação a um direito subjetivo dos indivíduos ou do Estado, ideia externada por Feuerbach – teoria contratualista, fundada no liberalismo. Para ele, o Estado criava os bens jurídicos ao efetuar a positivação.

Gonzalez (s/d) apud Prado (2009, p. 26):

A doutrina do bem jurídico, erigida no século XIX, dentro de um prisma liberal e com o nítido objetivo de limitar o legislador penal, vai, passo a passo, se impondo como um dos pilares da teoria do delito. Surge ela, pois, “como evolução e ampliação da tese original garantista do delito como lesão de um direito subjetivo e com o propósito de continuar a função limitativa do legislador, circunscrevendo a busca dos fatos merecedores de sanção penal àqueles efetivamente danosos à coexistência social, mas lesivos de entidades reais – empírico-naturais – do mundo exterior”.

Biernbaum afirmava que caberia ao Estado a proteção dos bens, não sendo sua função a criação, uma vez que esta antecedia ao próprio direito.

Com clareza, descreve Ponte (s/d, p. 147):

Referida concepção de bem jurídico foi afastada por Biernbaum, para quem o Estado não pode criar bens jurídicos, apenas garanti-los. Sustentava o apontado autor que um direito não poderia ser diminuído ou subtraído, o que poderia ocorrer apenas com o objeto do direito, posto que os bens jurídicos estariam além do Direito e do Estado.

Franz von Liszt traz à tona o conteúdo material para o conceito do bem jurídico. A norma penal regulamenta os interesses preexistentes ao próprio ordenamento. Prado (2009, p. 30) esclarece que: “o bem jurídico vem a ser, portanto, uma criação da experiência e como tal é um interesse vital do indivíduo ou da comunidade”.

A seu turno, o neokantismo entendia o bem jurídico como valor cultural. Com a escola de Kiel (1935), na Alemanha, o crime passou a ser

analisado como violação ao dever de obediência do Estado. Veja-se o que aduz Ponte (s/d, p. 149): “defendiam os adeptos da Escola de Kiel que realidade e valor não poderiam ser separados”.

Posteriormente, surgiram as teorias sociológicas e, dentre seus adeptos, cita-se Jakobs, para quem a principal função do direito penal é assegurar a vigência da norma.

Quanto às escolas sociológicas, Prado afirma que (2009, p. 36):

Em verdade, nenhuma teoria sociológica conseguiu formular um conceito material de bem jurídico capaz de expressar não só o que é que lesiona uma conduta delitativa, como também responder, de modo convincente, por que uma certa sociedade criminaliza determinados comportamentos e não outros.

Oportuno consignar que ao direito penal não cabe a tutela de condutas meramente imorais. Com propriedade, explana Roxin (1998) apud Pelarin (2012, p. 101): “evitar condutas meramente imorais não constitui tarefa do direito penal. O Estado tem de salvaguardar a ordem externa, mas não possui legitimidade para tutelar moralmente o particular”.

As teorias constitucionalistas buscam elencar os critérios ao legislador para a escolha dos bens jurídicos que merecem proteção penal.

Roxin (1972) apud Prado (2009, p. 53) apregoa que caberá ao direito penal a “proteção dos bens jurídicos constitutivos da sociedade e a garantia das prestações públicas necessárias para a existência que possibilitam ao cidadão o livre desenvolvimento de sua personalidade”.

A discricionariedade desarrazoada do legislador é retirada pelas teorias constitucionalistas. Com efeito, somente receberão proteção penal aqueles bens jurídicos previamente separados pelo Poder Constituinte.

Para conferir a legitimação à análise do bem jurídico a ser alvo de proteção penal, deverão ser considerados os princípios penais, explícita ou implicitamente previstos na Constituição Federal. Prado afirma que (2009, 55): “esses princípios, que se encontram em sua maioria albergados, de forma explícita ou implícita no texto constitucional, formam por assim dizer o núcleo gravitacional, o ser constitutivo do Direito Penal”.

Ilustrativamente pode-se citar o princípio da legalidade – englobando em uma de suas vertentes, a reserva legal -, culpabilidade e intervenção mínima.

Sendo assim, a proteção penal deverá recair sobre os bens jurídicos que o constituinte elencou como fundamental para a proteção do Estado Constitucional, respeitando-se a proporcionalidade.

Em consonância, aduz Prado (2009, p. 60):

A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. É imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção penal.

Pois bem, como acima esclarecido, o Brasil constitui Estado Democrático de Direito, ou seja, o ordenamento além de regular a estrutura do Estado, confere aos cidadãos direitos e liberdades fundamentais.

Bobbio (1994) apud Prado (2009, p. 61) esclarece que:

Por Estado de direito entende-se geralmente um Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais (as leis fundamentais e constitucionais) e devem ser exercidos no âmbito das leis que os regulam, salvo o direito dos cidadãos de recorrer a um juiz independente para fazer com que seja reconhecido ou refutado o abuso ou excesso de poder.

Desta feita, o Estado de Direito é pautado pelo resguardo dos direitos e liberdades individuais; pluralidade de Poderes, independentes e harmônicos entre si – âmbito para aplicação da teoria dos pesos e contrapesos no combate aos excessos -, previsão de órgãos para controlar a constitucionalidade das leis e atos normativos.

O Estado legal de Direito agora é visto como Estado Constitucional de Direito. Essa evolução esclarecida, com propriedade, por Prado (2009, p. 63):

A passagem da noção de Estado de Direito à de Estado constitucional é reflexo de uma tríplice mudança operada nos ordenamentos jurídicos: da primazia da lei primazia da Constituição e do controle jurisdicional da legalidade ao controle jurisdicional da Constituição. De modo enfático, afirma-se: “A lei, ao mesmo tempo medida de todas as coisas no campo do direito, cede assim passagem à Constituição e converte a si mesma em objeto de medida. É destronada em favor de umainstância mais alta.

Entretanto, nosso Estado não se restringe ao Direito. Com efeito, o Brasil é Estado Democrático de Direito, garantindo a participação da população na vida política, notadamente mediante sufrágio, voto, plebiscito, referendo, iniciativa popular (arts. 14 e seguintes da CF).

Prado (2009, p. 68) leciona que:

A adição do conceito democrático à ideia de Estado significa a exigência de respeito aos princípios fundamentais do Estado de Direito, como o do império da lei, da divisão de funções, da legalidade da Administração, da lei como expressão da vontade geral, e, finalmente, do respeito, garantia e realização material dos direitos e liberdades fundamentais.

Observa-se que, comparado com os estudos dos demais elementos do direito penal, a análise do bem jurídico é recente e ainda, com grande controvérsia doutrinária em seu conteúdo e limitação. Certo é que, sob o manto do Estado Democrático de Direito, deve-se evitar concepções puramente legalistas para a conceituação, sob pena de ocasionar excessos do positivismo. Exemplo desses exageros foi verificado no ordenamento Alemão no período da Segunda Guerra Mundial, pois encontrava-se tipificada a conduta de atentado contra o sentimento sadio do povo alemão, englobando qualquer ato que não correspondesse com os anseios dos detentores do poder ou que lhes fossem conveniente reprimir.

3.2 Garantismo penal

Assim como ocorreu na Europa após o período da Segunda Grande Guerra, no Brasil o período pós ditadura militar trouxe intenso debate sobre a proteção dos direitos dos indivíduos frente ao Estado. Não se ignora que o Ato Institucional nº 5 foi supressor de inúmeros direitos e garantias fundamentais, aprofundando a violação aos direitos e que o poder era exercido sem qualquer legitimidade.

Zeidan (2002, p. 44/45) destaca o período de hiato constitucional existente no governo militar:

No período ditatorial ocorrido no Brasil passamos vinte e um anos com o exercício de um poder sem qualquer legitimidade. Na Constituição escrita por ter sido proveniente da usurpação do poder constituinte que mediante Atos Institucionais sofria fortes interferências motivadas pelo casuísmo e arbítrio, alargando dessa forma um grande hiato entre a Sociedade e o Estado.

Carvalho sintetiza o “âmbito jurídico” pós ditadura nos seguintes termos (2006, p. XVI):

No Brasil, os anos de 1987 e 1988 foram férteis na proliferação do debate jurídico-político sobre o sentido e finalidade da Constituição, fundamentalmente de qual o seu papel na consolidação do Estado Democrático de direito.

Promulgada a Constituição, o confronto entre suas normas e princípios com a legislação ordinária pretérita foi inevitável. Inevitável, também, naquele momento, o surgimento de um movimento prático-teórico que assumisse a Constituição como *locus* interpretativo privilegiado.

O grande mentor do garantismo foi Luigi Ferrajoli. É claro que sua doutrina deve ser aplicada com parcimônia no Brasil, diante da modernidade tardia dessa nação.

Em apertada síntese, o garantismo (minimalismo penal) pode ser conceituado como a técnica que busca otimizar os direitos frente à atuação das instâncias formais de controle, contrapondo-se ao pampenalismo.

Nesse sentido, eis a lição de Carvalho (2002, p. 19):

A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, propõe-se a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a defesa social acima dos direitos e garantias individuais (...) os direitos fundamentais – direitos humanos constitucionalizados – adquirem, portanto, a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas.

Carvalho afirma que o garantismo pode ser analisado em duas vertentes, como programa político-criminal e como programa dogmático-crítico das esferas de controle, veja-se (2006, p. XVIII):

Concebo o garantismo desde duas perspectivas: a) como um programa político-criminal, instrumentalizado por um discurso minimalista cuja estratégia é reduzir o impacto penal na sociedade através da diminuição do volume de pessoas no cárcere com a restrição do *input* do sistema penal (processos de descriminalização e despenalização); e, b) com um programa dogmático-crítico de atuação no interior das esferas de controle, a partir da (re) interpretação dos textos e utilização das falhas do sistema (lacuna e antinomias) para, desde dentro, contrariar o poder.

Para atingir a finalidade de resguardo dos direitos fundamentais, o garantismo apregoa importância singular ao princípio da legalidade, estabelecendo a necessidade de previsão constitucional. Ademais, apregoa que tal princípio não pode ser analisado sob o aspecto puramente formal – de acordo com a autorização para determinado ente produzir a norma (norma

vigente) -, mas também sob o âmbito material (conteúdo, norma válida), separando os conceitos de vigência e validade das normas.

Em consonância, eis a lição de Carvalho (2002, p. 22/23):

A tese positiva da presunção de regularidade dos atos de poder é desmistificada. Não basta a sintonia da norma com os parâmetros formais preestabelecidos para sua validação, mas é fundamental sua harmonia com os direitos e garantias que expressam a sua racionalidade material e substantiva do estatuto fundamental.

Veja-se que houve grande ruptura com o entendimento externado pelos positivistas que analisavam a norma jurídica tão somente quanto à competência para sua elaboração, emanção do poder soberano de determinado ente. Corroborando com o exposto, Bobbio afirmava que, poder soberano e ordenamento jurídico são conceitos que se confundem.

Se é verdade que um ordenamento jurídico é definido por meio da soberania, é também verdade que a soberania em uma determinada sociedade se define por meio do ordenamento jurídico. Poder soberano e ordenamento jurídico são dois conceitos que se referem um ao outro. E, portanto, quando o direito é definido por meio do conceito de soberania, o que vem em primeiro plano não é a norma isolada, mas o ordenamento; dizer que a norma jurídica é a emanada do poder soberano equivale a dizer que a norma jurídica é aquela que faz parte de um determinado ordenamento. A soberania caracteriza não uma norma, mas um ordenamento; caracteriza a norma apenas enquanto ela é considerada como parte deste (2011, p. 41).

A adoção do Estado Democrático de Direito conduz indubitavelmente ao garantismo, no sentido de que caberá ao intérprete analisar o conteúdo material das normas. Entretanto, não se pode combater a criminalidade tão somente com medidas despenalizadoras sob a alegação de ser ineficiente a punição imposta pelo Estado, posto que combate-se o efeito e não as causas da criminalidade. Desta feita, defende-se a aplicação do direito penal mínimo considerando-se as peculiaridades da modernidade tardia.

Certo é que, o princípio da secularização, que impede a punição de condutas meramente imorais, a gama de princípios penais e processuais penais inscritos na Constituição, o princípio da unidade da Constituição, a interpretação conforme, dentre outras medidas, conferem a certeza de tendências do direito penal mínimo incorporadas no ordenamento jurídico brasileiro.

3.3 Direito penal mínimo e direito penal máximo (pampenalismo)

Ferrajoli (2002, p. 29) estabeleceu as bases do garantismo penal, amparando-o nos princípios da legalidade estrita, materialidade, lesividade dos delitos, responsabilidade pessoal, contraditório, presunção de inocência. Afirma, também que, o convencionalismo penal consiste no princípio da legalidade. O cognitivismo processual refere-se ao princípio da estrita jurisdicionabilidade, atinente na verificação ou refutabilidade das teses acusatórias, decididas na motivação da sentença.

Referido autor impõe tópicos a serem seguidos pelo legislador e demais intérpretes da norma.

Carvalho elenca os passos (2002, p. 25):

Segundo esse modelo, não é legítima qualquer irrogação de pena sem que ocorra um fato exterior, danoso para terceiro, produzido por sujeito imputável, previsto anteriormente pela lei como delito, sendo necessária sua proibição e punição. Por outro lado, aliam-se aos requisitos materiais os processuais, a dizer, a necessidade de que sejam produzidas provas por uma acusação pública, em processo contraditório e regular, julgado por juiz imparcial.

O critério distintivo entre o direito penal máximo e o direito penal mínimo reside na previsão de limitação ao poder punitivo. Com efeito, o primeiro possui como característica a imprevisão e incerteza das condenações e o segundo busca à certeza. Oportuno mencionar que a limitação material pode ser traduzida como devido processo substantivo, abordada em tópico apropriado da monografia.

3.4 Princípios limitativos do poder punitivo estatal

Conforme acima esclarecido, o Estado não mais detém discricionariedade absoluta na descrição das condutas típicas. Inicialmente, deverá observar que, nem todos os bens jurídicos poderão ser tutelados pelo direito penal, ou seja somente parcela das ilicitudes serão reguladas por esse ramo do direito. Após, deve obediência à espécie normativa apta, em regra lei

ordinária ou complementar e, por fim, respeitar os direitos e garantias estatuídas na Constituição Federal.

Zeidan (2012, p. 46) estabelece que o sistema que condiciona o exercício do poder punitivo é embasado pelo princípio da dignidade da pessoa:

A Constituição da República Federativa do Brasil preceitua suportes constantes em face dos direitos e garantias fundamentais, controlando todas as atividades de exercício do poder punitivo, começando desde as atividades preventivas da criminalidade até o caso extremado de execução das sanções criminais. Cabe dizer que todo esse sistema é norteado pelo princípio fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, estabelecido no art. 1º, inciso III, da Carta Constitucional.

Os princípios limitadores do poder punitivo constituem em garantias do cidadão frente ao poder do Estado, concretizando o direito penal da culpabilidade.

Princípio da legalidade constitui cláusula pétrea. Sob o aspecto político confere segurança jurídica e, no aspecto jurídico garante a não incriminação quando não ocorrer a correta subsunção do fato à norma.

Bitencourt (2013, p. 50) esclarece que:

O princípio da legalidade é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado (...) a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei (...) a lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida.

Seu estudo engloba a anterioridade, reserva legal, “lege certa” ou taxatividade e irretroatividade. Luisi (2003, p. 17) afirma que:

O princípio da legalidade, segundo a doutrina mais contemporânea, se desdobra em três postulados. Um quanto as fontes das normas penais incriminadoras. Outro concernente a enunciação dessas normas. E um terceiro relativo a validade das disposições penais no tempo. O primeiro dos postulados é o da reserva legal. O segundo é o da determinação taxativa. E o último é o da irretroatividade.

Na anterioridade, o fato deverá estar descrito previamente em relação à conduta. Pela reserva legal, somente determinadas espécies normativas serão aptas para veicular normas penais incriminadoras, entretanto, nada obsta a utilização, por exemplo, dos costumes para criação de normas penais permissivas. Segundo o princípio da taxatividade, os tipos penais deverão ser descritos de forma que exista juízo de certeza na subsunção da

conduta ao tipo penal, evitando-se a utilização de expressões vagas. Por fim, o princípio da irretroatividade afirma que a lei penal mais gravosa não retroagirá para atingir fatos praticados antes de sua vigência.

Roxin (1997) apud Bitencourt (2013, p. 51):

Uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso mesmo, pouco clara não protege o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do *ius puniendi* estatal, ao qual se possa recorrer. Ademais, contraria o princípio da divisão dos poderes, porque permite ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo, dessa forma, a esfera do legislativo.

O princípio da intervenção mínima apregoa que o direito penal dever incidir apenas em último caso, englobando seu caráter fragmentário, uma vez que não deverá ser utilizado em toda ilicitude.

Bitencourt esclarece que (2013, p. 55)

Nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. O Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí seu caráter fragmentário, uma vez que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica.

O desrespeito à intervenção mínima gera crescimento patológico da norma penal em detrimento de sua qualidade.

Tal princípio não está expressamente previsto no texto constitucional, mas dele decorre implicitamente da interpretação do inc. III, art. 1º e *caput* do art. 5º, ambos da CF.

Veja-se o deduzido por Luisi (2003, p. 40):

A Constituição vigente no Brasil diz serem invioláveis os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e a propriedade (artigo 5º *caput*), e põe como fundamento do nosso Estado democrático de direito, no artigo 1º do inciso III, a dignidade da pessoa humana. Decorrem, sem dúvidas desses princípios constitucionais, como enfatizado pela doutrina italiana e alemã, que a restrição ou privação desses direitos invioláveis somente se legitima se estritamente necessária a sanção penal para a tutela de bens fundamentais do homem, e mesmo de bens instrumentais indispensáveis a sua realização social. Destarte, embora não explícito no texto constitucional, o princípio da intervenção mínima se deduz de normas expressas da nossa *Grundnorm*, tratando-se de um postulado nela inequivocamente implícito.

A incidência do princípio da dignidade da pessoa (princípio de humanidade) no aspecto penal acarreta dois aspectos, a saber: a) proibição de

incriminação de condutas socialmente inofensivas e, b) vedação de tratamento degradante, cruel ou de caráter vexatório.

A seu turno, o princípio da culpabilidade impede a responsabilidade penal objetiva, impõe dever do legislador em observar as modalidades de erro como excludente e gradua a pena conforme o nível de censurabilidade do fato.

Quanto aos reflexos da aplicação do princípio da culpabilidade, Bitencourt (2013, p. 64) ressalta que:

Da adoção do princípio de culpabilidade em suas três dimensões derivam importantes consequências materiais: a) inadmissibilidade da responsabilidade objetiva pelo simples resultado; b) somente cabe atribuir responsabilidade penal pela prática de um fato típico e antijurídico, sobre o qual recai o juízo de culpabilidade, de modo que a responsabilidade é pelo fato e não pelo autor; c) a culpabilidade é a medida da pena.

Princípio da insignificância (bagatela), a conduta praticada pelo agente além do preenchimento da tipicidade formal, com o devido juízo de subsunção do fato à norma, deverá estar revestida de tipicidade material, consistente na produção de lesões que não são insignificantes. Constitui causa suprallegal de exclusão da tipicidade material.

Bitencourt (2013, p. 61):

A insignificância da ofensa afasta a tipicidade. Mas essa insignificância só pode ser valorada através da consideração global da ordem jurídica. Como afirma Zaffaroni, a “insignificância só pode surgir à luz da função geral que dá sentido à ordem normativa e, conseqüentemente, a norma em particular, e que nos indica que esses pressupostos estão excluídos de seu âmbito de proibição, o que resulta impossível de se estabelecer à simples luz de sua consideração isolada”.

No desenvolvimento do estudo do mencionado princípio, o Supremo Tribunal Federal elenca quatro vetores para a sua aplicação: a) a mínima ofensividade da conduta; b) a ausência de periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

4.1 Princípio da proporcionalidade na Alemanha

O desenvolvimento inicial ocorreu em sede de direito administrativo, “incidindo como mecanismo de controle dos excessos dos poderes estatais” (Ferraz, 2009, p. 83). Posteriormente, passou a ser utilizado em outras áreas do direito, ganhando relevância, para o presente trabalho, o direito constitucional e penal.

As diretrizes para aferição do princípio da proporcionalidade foram elencadas pela Corte Alemã no julgamento do “caso das farmácias”. Em apertada síntese, o contexto fático do caso concreto envolvia decisão do governo local que, baseada em lei infraconstitucional, impediu que determinado cidadão instalasse uma farmácia em área delimitada, sob o fundamento de que haveria contrariedade ao interesse público e particular, notadamente por existirem na área outras farmácias. O particular alegou que o referido ato normativo violaria a liberdade de exercício profissional, direito assegurado pela Constituição alemã, decidindo o Tribunal que a restrição não atendia ao interesse público.

Com propriedade, explana Ferraz (2009, 83/84):

O primeiro caso que se tem notícia naquele Tribunal, envolvendo a sistemática de tutela dos direitos fundamentais com a utilização do princípio da proporcionalidade, foi a sentença prolatada pelo Tribunal Constitucional Alemão, em 1958, no famoso caso das FARMÁCIAS (Apotheknurteil). No referido caso, um farmacêutico impugnou mediante recurso de amparo, uma decisão baseada em lei do Estado da Baviera de 1952 (em seu artigo 3.1), que versava sobre o estabelecimento de uma série de exigências relacionadas ao exercício da atividade farmacêutica e abertura de novos estabelecimentos em determinada comunidade. De acordo com o recorrente, essa lei estaria a restringir sua liberdade de exercício da atividade profissional garantida pela Lei Fundamental (em seu artigo 12), questionando a medida do governo local que considerou a criação de uma nova farmácia no local intentado pelo recorrente não preservaria o interesse público, mas, pelo contrário, estaria a restringir os benefícios econômicos das farmácias circunvizinhas na ordem de 40%, por causa de um excesso de produtos farmacêuticos. Por essa razão, a instalação da nova farmácia não se afigurava viável e, além disso, acarretaria risco para aquelas já assentadas na mesma

região. A fim de resolver a questão, tratou o Tribunal Constitucional Alemão de aferir a constitucionalidade do referido artigo da lei hostilizada (...) Assim, no caso em tela, entendeu-se que a restrição imposta pela lei deveria ser absolutamente necessária à preservação do interesse público, o que não fora observado quando se restringiu a liberdade de escolha da profissão com base em argumentos meramente de ordem econômico-comercial.

Após, houve a sedimentação do conceito. Atualmente, o princípio da proporcionalidade é analisado em três níveis: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Essa formulação também foi decorrente de julgado da Corte Alemã, em 1971, envolvendo a análise sobre armazenamento de petróleo (BVerfGE 30:292).

Veja-se a lição de Ferraz (2009, p. 85).

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental.

Impende mencionar que o termo proporcionalidade em sentido estrito foi “criado” pelo alemão RupprechtKrauss, em 1953. Tal circunstância é explanada por Branco (2009, p. 178):

O autor se referia ao subprincípio como procedimento de “relacionar duas ou mais quantidades que podem ser medidas segundo um parâmetro comum”. Distinguiu a proporcionalidade em sentido estrito do teste da necessidade, apontando que “se uma medida precisa ser necessária, então um interesse público de importância negligenciável pode levar a uma severa interferência sobre um direito (fundamental), sem ser por isso inválida.

Dessa forma, conclui-se que a construção do princípio da proporcionalidade e seu desenvolvimento, com a divisão em subprincípios, foi fruto de julgamentos exarados pelo Tribunal Alemão, com viés voltado à análise do controle de constitucionalidade dos atos normativos.

4.2 Subprincípios

O princípio da proporcionalidade é estudado em níveis, degraus ou subprincípios. Com efeito, para aferir no caso concreto se houve o respeito ao mencionado princípio, o intérprete deverá verificar, sucessivamente, a presença da adequação ou idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O subprincípio da adequação tem relação com a legitimidade do fim e idoneidade da medida. Ferraz (2009, p. 88) afirma que: “será legítimo quando persegue a realização de um direito individual de um bem coletivo ou de um bem jurídico nos contornos dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais”.

Ainda na análise do subprincípio da adequação, oportuna a lição de Ávila (2004, p. 117) ao estabelecer os aspectos ou níveis quantitativos, qualitativos e probabilísticos:

Em termos quantitativos, um meio pode promover menos, igualmente ou mais o fim do que o outro meio. Em termos qualitativos, um meio pode promover pior, igualmente ou melhor o fim do que o outro meio. E, em termos probabilísticos, um meio pode promover com menos, igual ou mais certeza o fim do que outro meio. Isso significa que a comparação entre os meios que o legislador ou administrador terá de escolher nem sempre se mantém em um mesmo nível (quantitativo, qualitativo ou probabilístico), como ocorre na comparação entre um meio mais fraco e outro mais forte, entre um meio pior e outro melhor ou entre um meio menos certo e outro mais certo para a promoção do fim.

A seu turno, após analisar que foi preenchida a adequação, deve-se passar ao estudo do subprincípio da necessidade. Para tanto, os doutrinadores entendem que o meio necessário é aquele que acarreta a satisfação de um direito de forma menos prejudicial.

Nesse sentido, Ferraz (2009, p. 90):

O exame da necessidade pressupõe a comparação da medida adotada com outros meios alternativos, de forma que, dentre as medidas já consideradas idôneas para promover a finalidade pretendida, seja escolhida aquela que restrinja de forma menos gravosa ou prejudicial, os direitos em colisão. Assim, uma determinada restrição é necessária se não é possível escolher outra igualmente efetiva que limite menos o (s) direito (s) fundamental (is) em questão.

Conforme Ferraz (2009, p. 92), a adequação e necessidade são mandamentos de otimização, recaindo sobre as possibilidades fáticas,

enquanto que a proporcionalidade em sentido estrito incide sobre as possibilidades jurídicas.

Utilizando-se a proporcionalidade em sentido estrito, o aplicador do direito faz comparação entre os meios a serem utilizados e os fins desejados. Aqui, proíbe-se o excesso (garantismo negativo), bem como a insuficiência de proteção (garantismo positivo).

Segue o entendimento de Branco (2009, p. 177):

O limite de satisfação do princípio referente às possibilidades jurídicas é o objeto do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Quando dois princípios válidos colidem, há duas ordens de otimização inconciliáveis entre si. A satisfação de um princípio depende da desestimação do outro. A realização de um se faz às custas do outro. Torna-se imprescindível apurar qual dos dois princípios tem maior peso para a solução do problema. Está determinada, então, a ponderação. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito é o mandamento da ponderação

Há autores que não são filiados à ligação entre o princípio da proporcionalidade em sentido estrito e a ponderação, alguns afirmando que está é gênero e aquela espécie (Ferraz, p. 93). Em que pese a falta de uniformidade na doutrina, no presente será adotada a linha de pensamento segundo a qual a proporcionalidade em sentido estrito é o juízo de ponderação.

4.3 Juízo de ponderação

Como exposto acima, a análise do princípio da proporcionalidade envolve três etapas, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação).

Pulido (2005) apud Ferraz (2009, p. 93), estabelece que a ponderação corresponde à proporcionalidade em sentido estrito, veja-se:

A ponderação deve ser entendida como uma parte do princípio da proporcionalidade, seu terceiro subprincípio, exigindo que as intervenções no direito fundamental representam vantagens ao direito ou bem constitucional que favorecem, de forma que sejam capazes de justificar as desvantagens que a intervenção origina ao titular do direito afetado

Pois bem, o estudo da ponderação também envolve três níveis, sendo oportuno consignar que não existem critérios absolutos para solução inequívoca.

No primeiro, busca-se o grau de não satisfação de um dos princípios (peso). Este deve ser considerado em duas dimensões, abstrata e concreta. Na abstrata é analisada a importância do princípio na ordem constitucional, enquanto que na concreta, sua relevância no caso real.

Nesse sentido, Branco (2009, p. 178):

O juízo de ponderação deve percorrer três etapas. Num primeiro momento, deve ser apurado o grau de não satisfação de um dos princípios em confronto. É o mesmo que apurar a importância do princípio que sofre o prejuízo com a medida adotada. Essa magnitude do princípio é referida como o “peso” do princípio. Esse peso tem duas dimensões. A primeira é abstrata, que tem a ver com a importância material do princípio no sistema constitucional e que se desvenda pelo trabalho de reconhecimento dessa magnitude na prática constitucional e na doutrina assentada. A segunda dimensão é a concreta, pela qual se apura a relevância do princípio no caso circunstanciado que se examina.

Alexy estabelece que determinado princípio terá maior peso conforme ele se aproxime das necessidades da vida humana e autonomia do indivíduo.

No segundo nível, deve ser verificada a relevância do respeito ao princípio contrário.

Por fim, “no último passo do controle da proporcionalidade em sentido estrito, verifica-se a importância da satisfação do princípio que opera em sentido contrário justifica o dano ou a não satisfação do outro” (BRANCO, 2009, p. 180).

Não se ignora que a aplicação do princípio da ponderação acarreta discricionariedade por parte do intérprete do direito. Como forma de aumentar a legitimidade da decisão, há a possibilidade de participação da sociedade – *amicus curiae* - em alguns processos com grande repercussão, adicionando elementos ao debate.

Veja-se o entendimento de Branco (2009, p. 305):

O exercício da ponderação enseja que se experimente um inevitável coeficiente de subjetivismo por parte do aplicador do Direito. Se não há como banir desse processo uma incontornável medida de discricionariedade, é possível, porém, reduzir a tensão gerada pela falta de legitimidade representativo-democrática do juiz para realizar

opções normativo-axiológicas. Entre as providências orientadas a tal objetivo, figura abertura da jurisdição constitucional para a comunidade dos intérpretes da Constituição. Possibilitar que os interesses na solução de uma controvérsia em torno da definição de um direito de índole constitucional expressem as suas vivências, perspectivas e análises configura mecanismo de alargamento do processo de deliberação, propício para torná-lo mais rente às representações sociais sobre o justo na adjudicação de direitos. A Abertura para a participação do *amicicuria* em procedimento de arguição de inconstitucionalidade, quer incidental, quer em abstrato, mostra que o sistema brasileiro, já inovador em tantos setores relativos à fiscalização de constitucionalidade, busca sintonia com exigências de legitimação do processo”.

E mais, para evitar elevado subjetivismo, notadamente nos casos em que ocorre a aporia – questão de difícil solução ou sem resposta previamente estabelecida no ordenamento jurídico, a análise da fundamentação exposta é que conferirá legitimidade à solução apresentada.

Em consonância, Branco (2009, p. 306/307):

As exigências de legitimação pelo procedimento induzem também a jurisdição constitucional a dedicar a devida atenção ao modo de decidir. Entendido, em harmonia com Alexy, que a representação democrática da jurisdição é de índole argumentativa, a tarefa de fundar as deliberações reivindica aplicado zelo. A fundamentação dos juízos de ponderação assume, efetivamente, feição de elemento essencial para a legitimidade da jurisdição constitucional (...) Há de se justificar o recurso à ponderação, cabível quando a questão não se resolve pela aplicação de conceitos incontrovertidos na comunidade jurídica (...) Todo o esforço de argumentação do juiz, ao realizar a ponderação, não anula o subjetivismo envolvido, mas expõe ao controle da cidadania de que maneira e com que resultados a discricionariedade foi servida.

Entretanto, a ponderação não pode ser utilizada sem limites pelo julgador. Antes, deverá obedecer às ponderações realizadas pelo Poder Constituinte, originário e derivado, e pelo legislador infraconstitucional.

Segue o entendimento de Branco (2009, p. 306/307):

As exigências de legitimação pelo procedimento induzem também a jurisdição constitucional a dedicar a devida atenção ao modo de decidir. Entendido, em harmonia com Alexy, que a representação democrática da jurisdição é de índole argumentativa, a tarefa de fundar as deliberações reivindica aplicado zelo. A fundamentação dos juízos de ponderação assume, efetivamente, feição de elemento essencial para a legitimidade da jurisdição constitucional (...) Há de se justificar o recurso à ponderação, cabível quando a questão não se resolve pela aplicação de conceitos incontrovertidos na comunidade jurídica (...) Todo o esforço de argumentação do juiz, ao realizar a ponderação, não anula o subjetivismo envolvido, mas expõe ao controle da cidadania de que maneira e com que resultados a discricionariedade foi servida.

Desta forma, o juízo de ponderação, vertente decorrente do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, será aplicado nos casos em que o ordenamento jurídico não apresentar solução predeterminada. Deve-se atentar ao fato de que deve ser buscada a proibição do excesso, bem como a proibição da proteção insuficiente dos bens jurídicos a serem sopesados.

4.4 Breves considerações sobre a proporcionalidade em sentido estrito e fórmula quociente ou peso

Como acima esclarecido, os subprincípios da adequação ou idoneidade e o da necessidade consistem em mandamentos de otimização quanto às possibilidades fáticas e, a proporcionalidade em sentido estrito, mandamento de otimização das possibilidades jurídicas, âmbito da ponderação (Alexy, 2011, p. 132/133).

Mencionado autor (2011, p. 133) estabeleceu a lei da ponderação, com a seguinte premissa: “quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”.

Pois bem, visando sistematizar o estudo do subprincípio acima mencionado, com a finalidade de conferir critérios racionais, Alexy (2011, p. 133) elaborou a fórmula quociente ou peso, dividindo a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito em três passos, veja-se:

“Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio (Pi). A esse deve, em um segundo passo, a seguir, seguir a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário (Pj). Em um terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro (PjPPi) C.

A fórmula propugnada por Alexy possui três variáveis (Ferraz, 2009, p. 96): intensidade das intervenções nos princípios em colisão (I); peso abstrato dos princípios (G) e aceitação, baseada na experiência, sobre a realização ou não dos princípios (S).

A intensidade da intervenção é sempre concreta, podendo ser classificada em três níveis: leve, média ou grave. Alexy (2003) apud Ferraz

(2009, 96): “o quão importante é o cumprimento do princípio em sentido contrário Pj determina-se segundo as repercussões que a omissão da intervenção em Pi teria para Pj”.

No peso em abstrato dos princípios analisa-se: “o peso que cada princípio possui antes de levar em conta as características do caso concreto” (Ferraz, p. 98), devendo o que tem maior peso prevalecer sobre o de menor.

De acordo com o grau de segurança na aceitação sobre a realização ou não dos princípios. Conforme Alexy (2003) apud Ferraz (2009, p. 98): “quanto mais grave uma intervenção em um direito fundamental, tanto maior deve ser a certeza de premissas apoiadoras da intervenção”.

Oportuno consignar que, após o desenvolvimento das premissas acima especificadas, Alexy desenvolveu a fórmula peso:

$$G_{ij} = \frac{l_i \cdot G_i \cdot S_i}{l_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

Referente à explicação da fórmula, Ferraz (2009, p. 100) esclarece que:

Dessa fórmula, resta apenas concluir que G_{ij} representa o resultado da ponderação ou, em outras palavras, o peso concreto ou importância de um princípio sob as circunstâncias do caso a ser decidido, e que, por óbvio, qualquer valor acima de 1 leva à prevalência de Pi (...) ao passo que valores inferiores levam à prevalência de Pj.

Conferindo concretude à teoria da ponderação, Alexy (2011, p. 135/136) tece comentários acerca da decisão do Tribunal Constitucional Alemão no caso da revista Titanic. Em síntese, a revista veiculou sátiras de um oficial da reserva, com problemas locomotores, adjetivando-o de aleijado. Entendeu o Tribunal cabível a intervenção na livre manifestação do pensamento diante da ofensa ao direito da personalidade do oficial, determinando a condenação do primeiro ao pagamento de indenização ao segundo.

Sendo assim, diante de caso em que há colisão de direitos fundamentais, por exemplo, livre manifestação do pensamento e proteção à honra (direito da personalidade), analisa-se o grau de ingerência em cada direito fundamental. Justifica-se a intervenção no primeiro direito fundamental

se houve violação maior no segundo. O estudo deverá englobar a intensidade da intervenção e o grau de importância dos direitos em observação.

4.5 Exposições sobre o princípio da proporcionalidade

Faz-se necessário destacar que a doutrina não é unânime quanto à denominação conferida ao princípio da proporcionalidade. A título de exemplo, eis algumas das nomenclaturas utilizadas: proibição de excesso, vedação de excesso, princípio da concordância prática, vedação de arbítrio, princípio de avaliação de bens jurídicos, princípio da avaliação de interesses, princípio de justiça. Em reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal, a razoabilidade foi utilizada como sinônimo de proporcionalidade (Correia, p. 54).

Em que pese grande parte dos doutrinadores não diferenciarem o princípio da proporcionalidade com o da razoabilidade, alguns distinguem. Nesse sentido, Santos (2001, p. 218) estabelece que: “a razoabilidade trata da legitimidade da escolha dos fins em nome dos quais agirá o Estado, enquanto a proporcionalidade averigua se os meios são necessários, adequados e proporcionais aos fins já escolhidos”.

Afonso da Silva (2002) apud Correia (2009, p. 61), esclarece que a razoabilidade seria a adequação e a proporcionalidade a necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, veja-se:

Assinala que a razoabilidade se aparta da proporcionalidade porque contempla em seu conceito apenas o subelemento da adequação, enquanto a proporcionalidade adiciona a esse componente os subelementos da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, daí se inferindo que o exame da proporcionalidade é mais amplo.

No desenvolvimento do presente trabalho, analisou-se a divisão das normas jurídicas, seguindo-se a orientação explanada por Alexy, segundo a qual as normas jurídicas são compostas por regras e princípios. Entretanto, no desenvolvimento dos estudos, a doutrina chegou à conclusão da existência de terceiro gênero de normas jurídicas, a saber, os postulados normativos.

Com escoro nas lições de Ávila (2012, p. 143/144), os postulados normativos não estão no mesmo nível e não possuem os mesmos destinatários

das regras e princípios. Ademais, destinam-se a estabelecer os critérios de aplicação de outras normas, sendo denominado de metanormas, normas de segundo grau, sobreprincípios.

Quanto à divisão do gênero norma, parcela dos pensadores classifica o princípio da proporcionalidade entre os postulados normativos aplicativos, incidindo como critério de interpretação, sopesamento entre os princípios.

Em consonância com o exposto, aduz Correia (2009, p 51/52):

Proporcionalidade pode ser classificada, isto sim, entre os postulados normativos aplicativos, ou seja, metanormas ou normas de segundo grau, que estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras (...) Assim, resta claro que não é a proporcionalidade que se choca com outros princípios e corre o risco de ser afastada ou atenuada no caso concreto. Diferentemente, ela sempre irá incidir como critério de interpretação e aplicação do direito do direito para solucionar o conflito entre dois ou mais princípios, elegendo o meio que melhor realize todos eles. Em outras palavras, a proporcionalidade não entra em conflito com outras normas-princípio, não é a concretizada em vários graus ou aplicada mediante criação de regras de prevalência diante do caso concreto. Ela deflui exatamente como mecanismo ou método de sopesamento entre outros princípios que se encontrem, num determinado momento, em situação de antagonismo.

Desta feita, conclui-se que a proporcionalidade pode ser analisada como postulado de aplicação das normas jurídicas; instrumento de controle dos excessos estatais; combate à omissão ou ação deficientes do Estado.

4.6 Devido processo legal substantivo

Sabe-se que o processo legislativo, além respeitar os aspectos formais, deverá ser justo, evitando-se os arbítrios e excesso de poder do Estado em relação aos cidadãos. Eis a ideia de devido processo legal substantivo.

Historicamente, houve a sedimentação da adoção do devido processo legal no direito norte-americano, em decisão datada de 1856. Baptista (2001) apud Correia (2009, p. 67):

Decisão judicial proferida no caso *Wynehamer v. People*, em Nova Iorque, no ano de 1856, na qual se firmou definitivamente o precedente de que o devido processo legal, destinando-se também à tutela das garantias básicas, seria instrumento colocado ao alcance do Poder Judiciário para controlar todos os atos emanados do Estado.

Com o devido processo substancial, passa-se a analisar e controlar a legitimidade dos atos normativos infraconstitucionais e das ações e omissões estatais de acordo com a proporcionalidade.

Nesse sentido, Correia (2009, p. 68):

Impregnado desse novo sentido, o devido processo legal substantivo passa a exprimir a necessidade de se examinar e controlar a legitimidade das leis e dos atos de governo sob o ângulo da proporcionalidade, aquilatando sua adequação e sua necessidade em relação aos fins acolhidos pela Constituição, além de mensurar a carga imposta na restrição dos direitos fundamentais.

É cediço que, durante o positivismo vigorava o império da lei e, tal postura acarretava, muitas vezes, no desrespeito aos direitos fundamentais. Ocorre que, com a mudança de pensamento, a atuação legiferante deverá obedecer os aspectos formais e matérias expostos na Constituição Federal, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade formal ou material.

Ademais, deverá ser respeitado o núcleo de cada direito, de forma que não acarrete seu total “esvaziamento”, bem como a proporcionalidade.

Os fundamentos do princípio da proporcionalidade são apontados pela doutrina como os seguintes: Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF) e devido processo substantivo (art. 5º, inc. LIV, CF).

Os direitos fundamentais acarretam duplo aspecto ao legislador, o de atuação positiva e negativa. O primeiro implica nos imperativos de tutela, ocasionando a elaboração normativa tanto preventiva quanto repressiva, utilizando-se o princípio da proporcionalidade como controle das medidas que limitam os direitos fundamentais.

Sarlet (2012, p. 406) afirma que:

Para a efetivação de seus deveres de proteção, o Estado – por meio da atuação de seus órgãos ou agentes – corre o risco de afetar de modo desproporcional outro(s) direito(s) fundamental(is), inclusive o(s) direito(s) de quem esteja sendo acusado de violar direitos fundamentais de terceiros. Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle da constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais (...). O princípio da proporcionalidade atua aqui, no

plano da proibição do excesso, como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais.

Além da vertente da proibição do excesso, deverá ser analisada se a proteção conferida ao Estado a determinado direito fundamental não ocorreu de forma deficiente. Aqui, incide a vedação da proteção insuficiente.

Nesse sentido, Sarlet (2012, p. 406):

Por outro lado, poderá o Estado frustrar seus deveres de proteção atuando de modo insuficiente, isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos ou mesmo deixando de atuar. (...) proibição de insuficiência (...) Em suma, desproporções – para mais ou para menos – caracterizam violações ao princípio em apreço e, portanto, antijuridicidade.

A análise da vedação da proteção insuficiente também é decomposta em três etapas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Pela adequação, observa-se se a medida é apta para proteger o bem. Após, busca-se averiguar a existência de meios de proteção mais eficiente. Por fim, é realizada ponderação entre a efetivação da medida de proteção e a preservação de outros direitos.

Veja-se a doutrina (Sarlet, 2012, p. 408):

Determinada a existência de um dever de proteção e o seu respectivo objeto, o que constitui um pressuposto de toda a análise posterior, é possível descrever as três etapas da seguinte maneira: a) no que diz com o exame da adequação ou idoneidade, é necessário verificar se a(s) medida(s) – e a própria concepção de proteção – adotada(s) ou mesmo prevista(s) para a tutela do direito fundamental é (são) apta(s) a proteger de modo eficaz o bem protegido; b) em sendo afirmativa a primeira resposta, cuida-se de averiguar se existe uma concepção de segurança (proteção) mais eficaz, sem que com isso se esteja a intervir de modo mais rigoroso em bens fundamentais de terceiros ou interesses da coletividade? (...) c) no âmbito da terceira etapa (que corresponde ao exame da proporcionalidade em sentido estrito ou razoabilidade, como preferem alguns), é preciso investigar se o impacto das ameaças e riscos remanescentes após a efetivação das medidas de proteção é de ser tolerado em face de uma ponderação com a necessidade de preservar outros direitos e bens fundamentais ou coletivos.

Sendo assim, para que uma norma seja válida é necessário que seja formal e materialmente constitucional.

5 MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO E TRÁFICO DE DROGAS

5.1 Mandados de criminalização

Conforme destacado no primeiro capítulo, os direitos fundamentais assumem dupla função, impedindo seu descumprimento por parte do Estado, bem como impondo o dever de obstar agressão proveniente de terceiros.

Quanto às funções desempenhadas pelos direitos fundamentais, consolidadas em julgamento exarado pela Corte Constitucional alemã, segue a lição de Mendes (s/d, p. 629/630):

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger tais direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros (...) Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibição de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote).

O postulado de proteção é analisado em três vertentes: dever de proibição, dever de segurança e dever de evitar riscos. O primeiro impõe a proibição de determinadas condutas; o segundo, a obrigação de proteção dos indivíduos contra atos de terceiros e, o último, permite ao Estado a atuação para evitar riscos aos indivíduos.

Veja-se o explanado por Mendes (s/d, 630):

a) dever de proteção (Verbotsp/izcrtt), consistente no dever de proibir determinada conduta; b) dever de segurança (Sicherheitspflicht), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas; c) dever de evitar riscos (Risikoflicht), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção, especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico (...) Na dogmática alemã é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Ubermassverbot) 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 intervenções. 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 quando 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 é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.

As normas inseridas na Constituição Federal brasileira como mandados de criminalização implicam no dever de proteção dirigido ao legislador, tratando-se de matérias em que o Poder Constituinte impôs ao elaborador da norma a obrigatoriedade de regulamentação.

Nesse sentido, conceitua Ponte (s/d, p. 152):

Os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral.

Para o controle das omissões em relação às normas de eficácia limitada, nossa Lei Maior prevê o Mandado de Injunção (art. 5º, inc. LXXI) que, conforme dicção legal, será cabível quando: “a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e cidadania”, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, podendo ser utilizado em alguns casos a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Acerca dos mecanismos de combate à síndrome de inefetividade das normas constitucionais, oportuna a lição de Canotilho *apud* Moraes (2007, p. 164):

Resta perguntar como o mandado de injunção ou a ação constitucional de defesa perante as omissões normativas é um passo significativo no contexto da jurisdição constitucional das liberdades. Se um mandado de injunção puder, mesmo modestamente, limitar a arrogante discricionariedade dos órgãos normativos, que ficam calados quando a sua obrigação jurídico-constitucional era vazar em moldes normativos regras atrativas de direitos e liberdades constitucionais; se, por outro lado, se conseguir chegar a uma proteção sem lacunas; se, através de pressões jurídicas e políticas, se começar a destruir o ‘rochedo de bronze’ da incensurabilidade do silêncio, então o mandado de injunção logrará os seus objetivos.

Ocorre que, grande parte da doutrina afirma que os controles de ineficácia das normas constitucionais não atendem a contento, ou seja, caso a omissão ocorra por parte do Poder Legislativo caberá ao Poder Judiciário apenas declarar a mora, sem maiores consequências ao poder omisso,

conforme doutrina tradicional, pena de invasão no princípio da separação dos poderes.

O mesmo raciocínio é aplicado no descumprimento dos mandados de criminalização por parte do Legislativo. Nesse sentido, Ponte adverte que (s/d, p. 152):

No ordenamento jurídico brasileiro, o não atendimento a um mandado de criminalização por parte do Poder Legislativo não traz, no âmbito legal, qualquer consequência, a não ser a instituição do Congresso Nacional em mora legislativa, desde que, para tanto, tenha sido proposta ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental ou mandado de injunção. Esse é o grande problema que acomete o assunto, qual seja, não há qualquer tipo de sanção efetiva destinada ao legislador que, de forma dolosa ou não, deixa de proceder ao enfrentamento da matéria que seria obrigatório.

Pois bem, a doutrina apregoa a existência de mandados de criminalização explícitos e implícitos. Os primeiros podem ser encontrados em artigos do Texto Maior, notadamente arts. 5º, incs. XLII, XLIII, XLIV, § 3º, 7º, inc. X, 227, § 4º e 225; os segundos decorrem de interpretação e consistem na criminalização de condutas que lesem os interesses defendidos na Constituição.

Ponte (s/d, p. 152/153) afirma que:

Os mandados explícitos de criminalização contidos em nossa Constituição são encontrados nos artigos 5º, incisos XLII (racismo), XLIII (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e crimes hediondos) e XLIV (ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado democrático), e § 3º (os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais); 7º, inciso X (retenção dolosa do salário dos trabalhadores); 227, § 4º (abuso, violência e exploração sexual de criança ou adolescentes); 225 (condutas lesivas ao meio ambiente).

As balisses dos mandados de criminalização implícitos foram tecidas no ano de 1975, no julgamento sobre a constitucionalidade de lei, denominada “solução de prazo, que permitia o aborto pela Corte Alemã – Schwangerschaftsabbruh – I. Resumidamente, mencionado ato normativo autorizava o aborto realizado por médico, autorizado pela gestante, desde que ocorrido dentro do prazo de 12 semanas de gestão, sendo reconhecida sua inconstitucionalidade.

Em consonância, aduz Ponte (s/d, p. 165):

O reconhecimento dos mandados implícitos de criminalização ocorreu pela primeira vez em 25 de fevereiro de 1975, por intermédio de uma decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que reconheceu a inconstitucionalidade da disposição contida na reforma do Código Penal tedesco, que permitia a interrupção da gravidez nos três primeiros meses de gestação.

A doutrina dos mandados implícitos está assentada nas seguintes premissas: (i) os bens jurídicos penais devem encontrar fundamento na Constituição; (ii) o Estado deve atuar positivamente na implementação dos direitos fundamentais; (iii) a proteção conferida não pode ser insuficiente e, tampouco, excessiva; (iv) a incidência do direito penal deve operar em último caso e, sempre, respeitando o princípio da proporcionalidade.

Scalcon (2007, p. 03) afirma que:

Tais mandados implícitos decorreriam, em síntese introdutória, de duas premissas básicas: (a) a de que os direitos fundamentais apresentam dupla dimensão, exigindo não apenas uma atuação negativa, mas também uma atuação positiva do Estado, o qual teria dever de protegê-los de agressões de terceiros, o que poderia ser realizado através de normas penais e (b) a de que essa proteção exigida do Estado não pode ser ineficiente, mas, muito ao contrário, a atuação Estatal estaria vinculada ao princípio da proibição da proteção deficiente, o que tornaria, muitas vezes, não apenas possível, mas obrigatória a realização da proteção unicamente por meio de normas incriminadoras. Dessa modo, restariam configurados os mandados implícitos de criminalização.

Passa-se a efetuar o controle de constitucionalidade das normas à luz do princípio da proporcionalidade. Essa tendência já encontra amparo na jurisprudência brasileira. Por exemplo, no julgamento do HC 104.410/RS, versando sobre a (a)tipicidade do delito de posse de arma de fogo desmuniada, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão nos seguintes moldes:

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A) TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA.

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS.
1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio,

não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandados 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. 1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria pena, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarketskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierteninhaltlichenKontrolle). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) -, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais (...).

Desta forma, a Constituição confere margem ao legislador para escolha dos bens jurídicos penais. Caso ocorra o desrespeito aos limites impostos, a lei padecerá de inconstitucionalidade.

5.2 Tráfico de drogas. Escorço histórico

A criminalização da venda de drogas, bem como a discussão acerca da necessidade do direito penal recair sobre a conduta do usuário é relativamente recente. Com efeito, Silva (2011, p. 01) afirma que o comércio de drogas era criminalizado nas Ordenações Filipinas, cuja pena era a perda da propriedade e degredo para África. O Código Penal de 1890 também criminalizava a mercancia.

Em 1909, a Convenção Internacional do Ópio, realizada em Shangai, acarretou a elaboração da Convenção do Ópio, em 1912, assumindo

os países signatários o compromisso de adoção de medidas com a finalidade de controle do comércio de cocaína, morfina e heroína, subscrito pelo Brasil em 1912, conforme esclarece Silva (2011, p. 01).

Preleciona Filho (1996, p. 33):

Apesar de o uso de substâncias entorpecentes ser tão antigo quanto a humanidade, apenas no início deste século foram feitas as primeiras tentativas de controle e repressão em âmbito polinacional. A primeira delas foi a conferência de Shangai, em 1909, que reuniu 13 países para tratar do problema do ópio indiano infiltrado na China. Esta conferência internacional, porém não produziu resultados práticos. Em dezembro de 1911, reuniu-se em Haia a primeira Conferência Internacional do Ópio, da qual resultou, em 1912, convenção internacional prejudicada em sua execução pela I Grande Guerra, tendo entrado em vigor apenas em 1921.

No ano de 1925, após o término da primeira guerra mundial, realizou-se a Convenção de Genebra que, conforme esclarece Filho (1996, p. 33) ampliou “o conceito de substância entorpecente e instituiu sistema de controle do tráfico internacional por meio de certificados de importação e autorização de exportação”.

O Código Penal de 1940 também não criminalizava o consumo de drogas, classificando a conduta como questão de saúde pública, posicionamento modificado no Brasil com o golpe militar de 1964 e a edição da Lei de Segurança Nacional que passou a inserir o uso como figura típica a ser tutelada como política criminal.

No ano de 1961, o Brasil ratificou a Convenção Única sobre Entorpecentes, com previsão de medidas de controle e fiscalização.

Nesse sentido, Filho (1996, p. 34):

A Convenção Única sobre Entorpecentes (...) além de relacionar os entorpecentes e classifica-los segundo suas propriedades, a convenção estabelece as medidas de controle e fiscalização, prevendo restrições especiais aos particularmente perigosos. Também, dada a impossibilidade de enumeração exaustiva das drogas, disciplina o procedimento para a inclusão de novas substâncias que devam ser controladas (art. 3º). Fixada a competência das Nações Unidas em matéria de fiscalização internacional de entorpecentes, cometeu, ainda, a Convenção Única, as funções respectivas à Comissão de Entorpecentes do Conselho Econômico e Social e ao Órgão Internacional de Fiscalização de Entorpecentes.

Em 1971, firmou-se em Viena a Convenção Internacional sobre as Substâncias Psicotrópicas, complementada em 1988.

Editou-se a lei 6.368/76, com a separação das condutas de traficante e usuário, incidindo o direito penal em ambas. Em 1988, com a Constituição Federal, a punição ao tráfico de drogas passou a constituir mandado de criminalização, crime equiparado ao hediondo, vedando-se a concessão de fiança, graça ou anistia (CF, art. 5º, inc. XLIII).

Como forma de cumprir o mandado de criminalização especificado acima, houve a edição da lei 11.343/06, segue a ementa:

Institui o Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas – SISNAD; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crime e dá outras providências.

Verifica-se que a atual lei substituiu a expressão substância entorpecente, outrora utilizada pelas leis 6.368/76 e 10.409/02, por drogas que, conforme dicção legal (parágrafo único, artigo 1º) podem ser conceituadas como: “as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”.

Dentre as inovações, retirou-se a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário de drogas por estar diante de questão mais afeta à saúde pública; previsão de causa de diminuição da pena, §4º, art. 33, “tráfico privilegiado”; regime mais rigoroso para quem pratica comércio de drogas no art. 44, afirmando ser infiançável, insuscetível de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Entretanto, em sede de controle incidental de constitucionalidade (HC 97.256) realizado pelo STF foi declarada a inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, com a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair

do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.

2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória.

3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero.

4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente. (HC 97256, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010).

O Senado Federal, com escoro no inciso X, artigo 52 da Constituição Federal que admite a suspensão da execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, editou a Resolução nº 05, suspendendo a eficácia da norma nos termos da decisão da Corte, conferindo efeito erga omnes e força vinculante.

5.3 Tráfico ilícito de drogas: classificação e questões correlatas

A tutela penal que recai na tipificação da conduta de tráfico de drogas visa assegurar bem jurídico difuso, consistente na defesa à saúde pública. Trata-se de crime de perigo abstrato, comum, formal, unissubjetivo, unissubsistente ou plurissubsistente, admitindo a forma tentada, ainda que de difícil configuração diante da previsão em tipo misto alternativo.

Eis o entendimento de Nucci (2010, p. 358):

Comum (pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (não exige resultado naturalístico para a consumação, consistente na efetiva lesão à saúde de alguém); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos indicam ações); instantâneos (a consumação se dá em momento determinado), nas formas importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, oferecer, fornecer, prescrever, ministrar e entregar ou permanente (a consumação se arrasta no tempo) nas formas expor à venda, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar; de perigo abstrato (não depende de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado); unissubsistente (praticado em um único ato) ou plurissubsistente (cometido por intermédio de vários atos).

É cediço que o tráfico ilícito de drogas é equiparado a crime hediondo. Mas quais condutas descritas na Lei 11.343/06 podem ser consideradas como equiparadas aos crimes hediondos?

A doutrina diverge. Parcela admite que estarão englobadas no conceito de tráfico as condutas descritas nos tipos penais incriminadores dos artigos 33, “caput” e §1º, 34 a 37. Para outra linha de pensamento, somente os artigos 33 “caput” e §1º e 36 são equiparados a hediondos.

Aduz Gomes (2013, p. 209):

O art. 44 prevê consequências típicas de um crime hediondo (aliás, até mais rigorosas) para os delitos previstos nos arts. 33, *caput* e §1º, 34 a 37 desta Lei. Por conta dessa peculiar maneira de redigir a norma restritiva, temos doutrina ensinando que passam a ser equiparados a hediondo não apenas o tráfico de drogas e maquinários (arts. 33, *caput* e §1º, 34 e 36), mas todos os demais tipos incriminadores referidos no art. 44 (arts. 35 e 37). Discordamos. A equiparação a crime hediondo tem gênese constitucional, não podendo o legislador ordinário suplantiar o rol taxativo apresentado pelo constituinte. Conclusão: apesar de sofrer praticamente todos os consectários de um crime hediondo (salvo as restrições da progressão), não podem ser a ele equipados os delitos dos arts. 34, 35 e 37, pois neles não ocorre tráfico de drogas propriamente dito (ficando abrangidos somente os arts. 33, *caput* e §1º e 36).

Razão possui os adeptos da primeira orientação, ou seja, será equiparado a hediondo os delitos previstos nos arts. 33, *caput* e §1º, 34 a 37.

Pois bem, por serem considerados hediondos são aplicáveis as disposições da Lei 8.072/90. Em redação anterior, o art. 2º da norma em comento vedava a concessão de liberdade provisória. Ocorre que, a Lei 11.464/07 retirou a proibição expressa. Mesmo assim, remanesce na doutrina a discussão quanto à possibilidade de liberdade provisória ao tráfico de drogas, uma vez que essa parte do art. 44, Lei 11.343/06 não foi declarada inconstitucional em sede de controle abstrato de constitucionalidade e, mesmo existindo decisões em controle difuso essas não estão providas de eficácia vinculante.

Para ilustrar, segue ementa do plenário do Supremo no julgamento do HC 104339/SP, em 10 maio de 2012:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória”, constante do *caput* do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, vencidos os Senhores Ministros Luiz Fux, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio. Em seguida, o Tribunal, por maioria, concedeu parcialmente a ordem para que sejam apreciados os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal para, se for o caso, manter a segregação cautelar do paciente, vencidos os Senhores Ministros Luiz Fux, que denegava a ordem; Joaquim Barbosa, que concedia a ordem por entender deficiente a motivação da manutenção da prisão do paciente, e Marco Aurélio, que concedia a ordem por excesso de prazo.

Caso os ministros do Supremo Tribunal Federal continuem seguindo a mesma linha de raciocínio em breve a proibição expressa da concessão de liberdade provisória ao tráfico será declarada inconstitucional em sede de controle abstrato ou, o Senado Federal conferirá eficácia vinculante a algum julgado em sede de controle concreto.

Questão relevante e também com decisões proferidas pela Suprema Corte é a atinente ao regime inicial de cumprimento de pena. O §1º, art. 2º, Lei 8.072/90, estabelece que a pena será cumprida em regime inicial fechado, norma ainda em vigor, posto que não foi declarada inconstitucional em sede de controle abstrato, não houve edição de resolução do Senado Federal suspendendo sua eficácia e, tampouco, a edição de nova norma revogadora.

Em que pese a vigência e eficácia do dispositivo, o Supremo Tribunal Federal sob o argumento de ofensa ao princípio da individualização da pena, decidiu no HC 111.840/ES que é inconstitucional a fixação de regime inicial fechado, cuja ementa é a seguinte:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME PRATICADO DURANTE A VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.464/07. PENA INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. OBRIGATORIEDADE DE IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). FUNDAMENTAÇÃO NECESSÁRIA (CP, ART. 33, § 3º, C/C O ART. 59). POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO, NO CASO EM EXAME, DO REGIME SEMIABERTO PARA O INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. ORDEM CONCEDIDA.1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado.

Dessa forma, a Corte Máxima Brasileira descumpre mandados de criminalização ao proferir decisões que afastam o regime mais gravoso imposto pelo poder constituinte e respeitado pelo legislador quando da elaboração da Lei dos Crimes Hediondos e Lei nº 11.343/06. Verifica-se tal situação nos julgamentos que afastam a aplicação do regime inicial fechado para o cumprimento de pena e vedação à liberdade provisória, normas ainda vigentes e eficazes, colidindo com o princípio da proporcionalidade na vertente da proibição de proteção insuficiente.

5.4 Aplicação do § 4º, art. 33, Lei 11.343/06

Apesar de ter previsto tratamento mais rigoroso, a Lei de Drogas trouxe causa de diminuição de pena cuja aplicação sem parcimônia não se coaduna com o mandado de criminalização expresso na Constituição Federal, conforme argumentos a seguir expostos.

Inicialmente, faz-se necessário esclarecer que, mesmo na hipótese de aplicação da causa de redução de pena, o delito continuará a ser equiparado a hediondo. Nesse sentido, Nucci (2010, p. 372):

Não se pode criar uma nova infração penal, a partir da mera aplicação de causa de diminuição de pena. Por isso, o tráfico ilícito de drogas será sempre considerado equiparado a hediondo, ainda que comporte, por opção legislativa, pena mais branda, quando os requisitos do § 4º estiverem presentes.

Pois bem, fixada essa premissa, passa-se a debater os requisitos legais para aplicação da causa de diminuição.

O agente deverá ser primário, com bons antecedentes e não se dedicar às atividades criminosas e não integrar organização criminosa.

Primário é quem não ostenta reincidência, nos moldes dos artigos 63 e 64 do Código Penal. Bons antecedentes correspondem à vida pregressa do agente, excluindo-se as condenações configuradoras de reincidência. Não dedicação às atividades criminosas significa que somente terá direito à benesse a pessoal que não faça dos crimes seu molde de vida. Por fim, o réu não poderá ser integrante de organização criminosa.

Damásio (2010, p.142) preleciona que:

São requisitos, portanto: (i) primariedade do agente (i.e., não reincidência, nos termos do art. 63 do CP; não se trata de reincidência específica); (ii) bons antecedentes (somente caracterizam maus antecedentes as condenações penais transitadas em julgado antes do fato que não possam mais caracterizar reincidência – v. art. 64 do CP); (iii) não se dedicar a atividades criminosas (ligadas ou não ao tráfico ilícito de drogas); (iv) não integrar organização criminosa.

Quanto à organização criminosa, importante enaltecer que, após grande discussão referente à adoção ou não do estatuído na Convenção de Palermo, seu conceito foi delineado pela Lei 12.850/13 nos seguintes termos:

Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Impende salientar que, após a publicação da nova lei de drogas, passou-se a questionar acerca da admissibilidade da aplicação simultânea da lei revogada e do texto atual. Explica-se: a antiga lei previa pena mais benéfica ao agente; a nova, elevou a sanção cominada no preceito secundário, mas trouxe causa de diminuição de pena outrora inexistente. Em razão disso, emergiu tese defendendo, aos casos cometidos antes da vigência da Lei 11.343/06, a aplicação da pena prevista na Lei 6.368/76 com a causa de diminuição da pena da lei atual. Instado a se manifestar, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser inadmissível era combinação de lei, sob pena de afronta aos princípios da reserva legal e da separação dos poderes.

Nesse sentido, eis o julgado:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/1976. APLICAÇÃO RETROATIVA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. COMBINAÇÃO DE LEIS. INADIMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. MATÉRIA NÃO SUBMETIDA ÀS INSTÂNCIAS INFERIORES. DUPLA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPETRAÇÃO CONHECIDA EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA. I - É inadmissível a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 à pena relativa à condenação por crime cometido na vigência da Lei 6.368/1976. Precedentes. II - Não é possível a conjugação de partes mais benéficas das referidas normas, para criar-se uma terceira lei, sob pena de violação aos princípios da reserva legal e da separação de poderes. Precedentes. III - A questão relativa à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não foi apreciada nas instâncias inferiores. Assim, seu conhecimento em sede originária pelo Supremo Tribunal Federal implicaria dupla supressão de instância. Precedentes. IV - Habeas corpus conhecido em parte e, nessa extensão, denegada a ordem” (HC 94.687/MG, de minha relatoria, DJE de 10/9/2010 – grifos meus).

A aplicação do redutor em seu patamar máximo acarreta a aplicação da pena privativa de liberdade em 01 (um) ano e 08 (oito) meses e ao pagamento da quantia de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, pena inferior à eventualmente aplicada em caso de condenação por delitos menos graves, como, por exemplo, furto qualificado.

Veja-se a crítica ventilada por Macedo (2010, p. 23):

Desse modo, o legislador desatendeu o comando constitucional ao estabelecer a possibilidade de uma diminuição de pena, que, de tão drástica, pode resultar em uma pena mínima inferior a dois anos, o que é incompatível com o tratamento mais severo desejado pela Constituição. Registre-se que a diminuição máxima de pena no montante de dois terços somente encontra equivalente legal na Parte Especial do Código Penal em relação ao crime de furto privilegiado, o que revela a incoerência do legislador nesse ponto (...) Além disso, é possível afirmar que, ao estabelecer esse favor legal, o legislador agiu de forma a esvaziar a força normativa da Constituição e a desproteger o direito fundamental à segurança pública. Ademais, a redução da proteção legal exigida pela Constituição perpetrada por meio de uma lei ordinária se deu sem que houvesse qualquer autorização constitucional.

Ora, se a constituinte brasileira propôs a criminalização mais gravosa do tráfico ilícito de drogas, não cabe ao legislador ordinário estabelecer tratamento mais benéfico ao agente, ferindo bem difuso consistente na tutela à saúde e segurança pública. Com sapiência, explana Miguel (2011, p. 39/40):

Se um Estado se propõe a densificar legislativamente valores sociais fundamentais, inovações legislativas que venham a diminuir ou suprimir tal sedimentação representam uma afronta ao ideal fundamental de segurança jurídica, o qual, mediante sua função rearticuladora, deve nortear a operacionalização do princípio da proibição do retrocesso social (...) No caso de retrocesso social, estar-se-ia a tratar da segurança jurídica não apenas em sua dimensão formal, ordinariamente aferida e que não estaria sendo ofendida em caso de processo legislativo devidamente conduzido, mas sim em sua dimensão material, a qual, mormente por estarmos a tratar de matéria constitucional, assume um caráter eminentemente político, no que concerne à confiabilidade dos indivíduos no planejamento legislativo.

Desta forma, a pura aplicação do referido dispositivo acarreta impunidade, esvazia a força normativa da Constituição Federal e ofende o direito fundamental à segurança pública. Logo, sua incidência somente poderá ocorrer em hipóteses excepcionalíssimas, sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade (proibição de proteção deficiente).

Uma das formas que assim se propõe para a interpretação da causa de aumento de pena com o respeito ao princípio da proporcionalidade é a não incidência quando o agente for surpreendido com grande quantidade de drogas ou significativa variedade, pois é forte indicativo de estar fazendo do crime seu modo de vida.

6 CONCLUSÃO

O estudo do princípio da proporcionalidade no direito penal envolve vários temas, a saber: direitos fundamentais, bem jurídico penal, limites ao poder punitivo estatal, mandados de criminalização, dentro outros. Abaixo, estabelece-se a ligação entre as matérias.

É cediço que os direitos fundamentais não são absolutos. Os âmbitos de proteção correspondem aos objetos tutelados e, as intervenções não podem atingir o núcleo essencial desses direitos. Todas as limitações aos direitos fundamentais decorrem direta ou indiretamente da Constituição Federal, devendo ser observados os limites formais e materiais insculpidos no Texto Maior, operando a proporcionalidade como forma de garantir o núcleo do direito.

O bem jurídico protegido por determinada norma penal deve encontrara respaldo na Constituição Federal, sempre respeitando o princípio da proporcionalidade, por exemplo, a tipificação do delito de tráfico ilícito de entorpecentes.

Apesar de não estar expresso na Constituição Federal, o princípio da proporcionalidade decorre do Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF) e do devido processo substantivo (art. 5º, inc. LIV, CF). Na presente obra, adota-se como juízo de ponderação, ou seja, critério que auxiliará o intérprete no conflito das normas quando da ocorrência de hipóteses de difícil solução.

O desdobramento do referido princípio ocorre em três níveis: adequação, necessidade (recaem sobre as possibilidades fáticas) e proporcionalidade em sentido estrito (incide sobre as possibilidades jurídicas). Está proibido o excesso, garantismo negativo, bem como a insuficiência da proteção, garantismo positivo.

Os direitos fundamentais impõem ao legislador atuação negativa e positiva, acarretando os imperativos de tutela, sempre pautados pelo princípio da proporcionalidade.

Existem normas inseridas na Constituição Federal que implicam no dever de proteção dirigido ao legislador, consistindo em mandados de criminalização, cujo descumprimento configura uma das hipóteses de

inconstitucionalidades. Esses mandados estão assentados nas premissas: (i) os bens jurídicos penais devem encontrar fundamento na Constituição; (ii) o Estado deve atuar positivamente na implementação dos direitos fundamentais; (iii) a proteção conferida não pode ser insuficiente e, tampouco, excessiva; (iv) a incidência do direito penal deve operar em último caso e, sempre, respeitando o princípio da proporcionalidade.

Em que pese a estruturação da doutrina dos mandados de criminalização e sua importância na defesa da sociedade, o STF descumpra tais diretrizes ao proferir decisões que afastam o regime mais gravoso imposto pelo poder constituinte ao tráfico de entorpecentes, respeitado pelo legislador quando da elaboração da Lei dos Crimes Hediondos e Lei nº 11.343/06. Verifica-se tal situação nos julgamentos que afastam a aplicação do regime inicial fechado para o cumprimento de pena e vedação à liberdade provisória, normas ainda vigentes e eficazes, colidindo com o princípio da proporcionalidade na vertente da proibição de proteção insuficiente.

Mas não só. O descumprimento dos mandados de criminalização também ocorrem por iniciativa do legislativo. Com efeito, ao prever a figura do tráfico privilegiado como causa de redução de pena que poderá acarretar imposição da sanção no patamar de 1 ano e 08 meses, verifica-se que a pura aplicação do referido dispositivo acarreta impunidade, esvazia a força normativa da Constituição Federal e ofende o direito fundamental à segurança pública. Logo, sua incidência somente poderá ocorrer em hipóteses excepcionabilíssimas, sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade (proibição de proteção deficiente).

BIBLIOGRAFIA

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

ALEXY, Robert. **La pretensión de corrección del derecho: la polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho e moral**. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

AVÓLIO, Luis Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interpretações telefônicas e gravações clandestinas**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Sistema constitucional aberto. Teoria do conhecimento e da interpretação do espaço constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BENEVIDES FILHO, Maurício e ALENCAR FILHO, Antônio Dantas de. **Considerações sobre o positivismo jurídico**, 2004. Disponível em http://www.fic.br/v4/downloads/pdf/REVISTA_JURIDICA_5.pdf#page=17. Acesso em 17 out 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, 1**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Bapstista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CARVALHO, Amilton Bueno de e Salo de Carvalho. **Aplicação da pena e garantismo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Garantismo penal aplicado.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

CORREIA, Belize Câmara. **O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009.

CZOVNY, Vinicius Justus e MARTINS, Boris. **O aniversário de 50 anos do Tribunal de Nuremberg e as relações entre Direito e Moral. Uma leitura histórica a partir da barbárie.** Elaborado em 12/2005. Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/11799/o-aniversario-de-50-anos-do-tribunal-de-nuremberg-e-as-relacoes-entre-direito-e-moral>. Acesso 10 set 2013.

DONISETE, Edinilson. **Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais.** 1ª ed. São Paulo: Letras jurídicas, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério;** tradução de Nelson Boeira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Da teoria à crítica: princípio da proporcionalidade. Uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jurgen Habermas.** 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Dictum, 2009.

FILHO, Vicente Greco. **Tóxicos: prevenção-repressão: comentário à Lei 6.368, de 21-10-1976, acompanhado da legislação vigente e de referência e ementário jurisprudencial.** 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional de direito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de drogas comentada.** 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal.** 6º ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

_____. Habeas Corpus nº 111840/STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc111840dt.pdf>. Acesso em: 21 mai de 2014.

_____. Iniciativas do governo no combate contra as drogas. História do combate às drogas no Brasil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/iniciativas-do-governo-no-combate-as-drogas/historia-do-combate-as-drogas-no-brasil.aspx> - acesso em 22 mai de 2014

JESUS, Damásio de. **Lei antidrogas anotada.** 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LUIZI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. 2ª ed. Editora: Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2003.

MACEDO, Celina Maria. **Bem jurídico e proporcionalidade: a proibição da proteção deficiente no direito penal.** Monografia (Bacharelado Direito) – Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.ius.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/celinamacedo.pdf. Acesso 13 mai 2014.

MACHADO, Martha de Toledo. **Proibição de excesso e proteção insuficiente no direito penal: as hipóteses de crimes sexuais contra a criança.** 1ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2008.

MARCÃO, Renato, **Tóxicos: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras.** Elaborado em: 05/08/2001. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/dialogo-juridico-05-agosto-2001-gilmar-mendes.pdf. Acesso 18 abr 2014.

MIGUEL, Daniel OitavenPamponet. **O Direito como integridade comunicativa: uma compreensão histórica do princípio da proibição de retrocesso social.** 1 ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da e SANTOS, William Douglas Resinente dos. **Controle de constitucionalidade: uma abordagem teórica e jurisprudencial.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2002.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional.** 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas.** 5º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PELARIN, Evandro. **Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização.** 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes eleitorais.** São Paulo: Saraiva, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição.** 4º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades.** Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SCALCON, Raquel Lima. **Crítica à teoria dos mandados constitucionais implícitos de criminalização: podemos manter o legislador ordinário penal na prisão?** Elaborado em 2007.

SILVA, Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 34^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Antônio Fernando de Lima Moreira da. **Histórico das drogas na legislação brasileira e nas convenções internacionais.** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/19551/historico-das-drogas-na-legislacao-brasileira-e-nas-convencoes-internacionais/2#ixzz32SpkUYoS>. Acesso em: 22 mai. 2014

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. **O Princípio da Razoabilidade e o Princípio da Proporcionalidade: uma abordagem constitucional.** Rio de Janeiro. PetJur. Disponível em: < http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/cafpatriz.html >. Acesso em: 20 mar 2014.

SOUZA, Paulo S. Xavier. **Individualização da pena no Estado Democrático de Direito.** Editora: Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito.** 3^a ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

ZEIDAN, Rogério. **Ius Puniendi, Estado e direitos fundamentais: aspectos de legitimidade e limites da potestade punitiva.** Editora: Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2002.