

CAMILA CORSINI PEREIRA

**A PROPORCIONALIDADE NO CONTEXTO DAS DECISÕES EXARADAS PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Florianópolis

2017

CAMILA CORSINI PEREIRA

**A PROPORCIONALIDADE NO CONTEXTO DAS DECISÕES EXARADAS PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido
ao Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal de Santa Catarina
como requisito para a obtenção de grau de
Bacharela em Direito.
Orientadora: Prof.^a. Dr. Grazielly Alessandra
Baggenstoss

Florianópolis

2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “A Proporcionalidade no Contexto das Decisões Exaradas pelo Supremo Tribunal Federal”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Camila Corsini Pereira**, defendido em **06/12/2017** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,0 (NOVE), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 06 de Dezembro de 2017



Grazielly Alessandra Baggenstoss
Professor Orientador



Suellen Patricia Moura
Membro de Banca



Thiago Yukio Guenka Campos
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno (a): Camila Corsini Pereira
RG:
CPF:
Matrícula: 13100101
Título do TCC: "A Proporcionalidade no Contexto das Decisões
Exaradas pelo Supremo Tribunal Federal"
Orientador(a): Grazielly Alessandra Baggenstoss

Eu, Camila Corsini Pereira, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 06 de dezembro de 2017.

Camila Corsini Pereira

CAMILA CORSINI PEREIRA

Este trabalho é dedicado aos meus pais Dorotéa Corsini Pereira e Ronaldo César Borges Pereira, pelo apoio e amor incondicional.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus pela graça de poder cursar uma graduação que reflete minha verdadeira vocação profissional.

Agradeço sinceramente à Professora Grazielly Alessandra Baggenstos pela dedicação, paciência e orientação, sem as quais não seria possível realizar esta monografia.

Agradeço a todos os professores que me acompanharam no caminhar da graduação, e compartilharam comigo uma bagagem essencial de conhecimento para que eu pudesse avançar nos meus estudos.

Agradeço à Suellen Patrícia Moura e a Thiago Yukio Guenka Campos por terem gentilmente aceitado integrar a banca de avaliação.

Agradeço aos meus amigos pelo apoio e carinho durante a produção deste trabalho em especial à Lariane de Carvalho Vialli, Bianca Lessa da Silveira, Augusto Gaia, Carolina Duarte, Isis Regina de Paula, Juliana de Alano Scheffer, Hiury Harrison dos Santos, Polliana Côrrea Moraes, Gabriela Corsini Siqueira e Maria Nilva Milan Corsini.

Agradeço a minha irmã, Ana Beatriz Corsini Pereira, por acreditar em mim, e sempre me incentivar a seguir em frente.

RESUMO

O presente trabalho trata, em suma, da aplicação do expediente da Proporcionalidade nas decisões do Supremo Tribunal Federal e de sua relação com a máxima da proporcionalidade sistematizada por Robert Alexy. No primeiro capítulo, foi traçado o contexto histórico de desenvolvimento da Proporcionalidade, em especial nos maiores influenciadores do tema no Brasil: Estados Unidos da América e Alemanha. No segundo capítulo, delineou-se os parâmetros de definição quanto à natureza jurídica que a Proporcionalidade assume na teoria de Robert Alexy e foi realizada uma exposição das construções doutrinárias brasileiras acerca da justificação teórica de sua aplicação no país. No terceiro capítulo, abordou-se a intersecção entre mecanismos de controle de constitucionalidade aplicados no Brasil e a Proporcionalidade nas demandas endereçadas ao Supremo Tribunal Federal. Nesta monografia se utilizou o método dedutivo-hipotético e foi traçado o objetivo de reflexão acerca da utilização da máxima da proporcionalidade no âmbito jurisdicional do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Proporcionalidade. Necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Alexy. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Controle de constitucionalidade.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	15
2	A PROPORCIONALIDADE.....	17
2.1	Proporcionalidade <i>versus</i> Razoabilidade.....	18
2.1.1	Razoabilidade e devido processo legal nos Estados Unidos da América.....	21
2.1.2	Desenvolvimento da proporcionalidade na Alemanha do Pós Segunda Guerra Mundial.....	24
3	NATUREZA JURÍDICA DA PROPORCIONALIDADE E SEUS DESDOBRAMENTOS DE APLICAÇÃO	28
3.1	Regras <i>versus</i> Princípios.....	28
3.2	Proporcionalidade: acepções jurídicas e peculiaridades de aplicação no Brasil	34
3.3	Proporcionalidade na ordem jurídica brasileira e aplicação jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal.....	40
4	PROPORCIONALIDADE, CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E ESTUDOS DE CASO.....	46
4.1	Controle de Constitucionalidade no Brasil.....	46
4.2	Jurisprudência no Pleno do Supremo Tribunal Federal entre 27/11/2012 e 27/11/2017 envolvendo o termo “Proporcionalidade em sentido estrito”.....	55
4.2.1	RE 583523/RS: Não recepção pela Constituição Federal de 1988 do art.25 da Lei de Contravenções Penais (Julgamento em 03/10/2013 com acórdão divulgado em 21/10/2014).....	56
4.2.2	ADI 5136 MC/DF: Ação direta de inconstitucionalidade §1º do art. 28 da Lei n. 12.663/2012 (“Lei Geral da Copa”) (Julgamento em 01/07/2014 com Acórdão divulgado em 29/10/2014).....	58
4.2.3	HC 122694/SP: <i>Habeas Corpus</i> envolvendo prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, com base em pena aplicada em sentença (Julgamento em 10/12/2014 com Acórdão divulgado em 18/02/2015).	58

4.2.4	HC 123533/SP: <i>Habeas Corpus</i> envolvendo princípio da insignificância no caso furto tentado com reincidência (Julgamento em 03/08/2015 com Acórdão divulgado em 17/02/2016).....	59
4.2.5	HC 123734/MG: <i>Habeas Corpus</i> envolvendo princípio da insignificância no caso de furto tentado com réu primário (Julgamento em 03/08/2015 com Acórdão divulgado em 01/02/2016).....	60
4.2.6	HC 123108/MG: <i>Habeas Corpus</i> envolvendo princípio da insignificância no caso de furto simples com reincidência (Julgamento em 03/08/2015 com Acórdão divulgado em 29/01/2016).....	60
4.2.7	ADI 5468: Ação Direta de Inconstitucionalidade quanto à Controle Orçamentário pelo Poder Legislativo (Julgamento em 30/06/2016 com Acórdão divulgado em 01/08/2017).....	60
4.2.8	ADC 41 / DF: Ação Declaratória de Constitucionalidade referente à reserva de vagas para negros em concursos públicos (Julgamento em 08/06/2017 com Acórdão divulgado em 16/08/2017).....	60
4.2.9	ADI 907 / RJ: Ação Direta de Inconstitucionalidade referente à Lei Estadual nº 2.130/1993, do Rio de Janeiro (Julgamento em 01/08/2017 com Acórdão divulgado em 23/11/2017).....	61
5	CONCLUSÃO.....	63
	REFERÊNCIAS.....	66
	ANEXO.....	71

1 INTRODUÇÃO

Esta monografia tem como objeto de estudo a aplicação do expediente da Proporcionalidade às decisões exaradas no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Ao longo desta pesquisa, busca-se traduzir uma resposta para o seguinte questionamento: a Proporcionalidade, como aplicada no Supremo Tribunal Federal, reflete a técnica da máxima da proporcionalidade cunhada por Robert Alexy, estruturada no tripé adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito?

O trabalho apresenta uma estrutura hipotética dedutiva, verificando o problema proposto dessa maneira, em resumo: (1) traçando o contexto histórico do surgimento da Proporcionalidade como referência da racionalização de limites às restrições estatais aos indivíduos e aplicação das origens para deduzir diferenças quanto ao princípio da razoabilidade; (2) analisando a experiência e a sistematização da Proporcionalidade nas duas matrizes influenciadoras de sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal: a jurisprudência da Suprema Corte Americana, relativa à aplicação do devido processo legal, e às construções técnicas de aplicação da Proporcionalidade, no contexto das decisões da Corte Constitucional Alemã do pós-segunda Guerra Mundial; (3) exposição de diferentes parâmetros de classificação da Proporcionalidade (como regra, como máxima, como princípio) e apontamentos da doutrina acerca da positivação do Princípio da Proporcionalidade na Constituição Federal, em especial no que se refere aos direitos fundamentais; (4) A inter-relação da Proporcionalidade com o controle de constitucionalidade; (5) Análise do uso da proporcionalidade em sentido estrito, sub-elemento mais abrangente de ponderação da Proporcionalidade em sentido lato, no âmbito das decisões exaradas pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal nos últimos cinco anos.

Posto isto, ao longo da pesquisa partiu-se da premissa de que a atuação do Poder Público, pautada na sistemática pós-moderna de um Estado Democrático de Direito, deve, no ato de imposição de obrigações e restrições de direitos, atuar com proporcionalidade, a fim de proteger as garantias legais asseguradas aos particulares, sobremaneira aquelas presentes na Constituição.

No primeiro capítulo, foi traçado o contexto histórico da Proporcionalidade em sua acepção moderna, partindo de suas origens na seara administrativa no Direito Europeu continental, até a sua intersecção com o controle constitucional realizado pelos principais países influenciadores da aplicação da Proporcionalidade no Brasil: Estados Unidos da América, com o devido processo legal e a Alemanha, com a técnica de aplicação da Proporcionalidade no período pós Segunda Guerra Mundial.

No segundo capítulo, buscou-se localizar a natureza jurídica da Proporcionalidade tomando como base o seu lugar de origem, aplicação e a função desempenhada, em especial em decisões referenciais sobre o assunto no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

No terceiro capítulo, pesquisou-se sobre a aplicação da Proporcionalidade no âmbito do controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, verificando-se casos práticos submetidos ao Pleno nos últimos cinco anos, para perquirir se há observância da técnica derivada da máxima da proporcionalidade de Alexy, e se há a implementação da estruturação da justificação material de aplicação da Proporcionalidade no controle de constitucionalidade, por meio, principalmente, de controle de evidência e de justificação.

2 A PROPORCIONALIDADE

A proporcionalidade se origina como mecanismo de proteção das garantias legais dos particulares frente ao poder estatal, no exercício de imposição de obrigações e restrições de direitos.

Doutrinadores como J.J Gomes Canotilho vislumbram o surgimento da expressão da proporcionalidade, que foi desenvolvida ao longo dos últimos séculos, na seara do direito administrativo. Citando o referido autor, Carlos Affonso Pereira de Souza e Patrícia Regina Pinheiro Sampaio (2000) aduzem que a busca da limitação do poder de polícia, exercido pelo Estado, instigou a criação de mecanismos de controle da própria atividade estatal.

Assim, observa-se que o princípio da proporcionalidade nasceu no âmbito do Direito Administrativo, como princípio geral do direito de polícia, e desenvolveu-se como evolução do princípio da legalidade. Requereu, para tanto, a criação de mecanismos capazes de controlar o Poder Executivo no exercício de suas funções, de modo a evitar o arbítrio e o abuso de poder (CANOTILHO “apud” SAMPAIO; SOUZA, 2000, p. 36).

A inserção da proporcionalidade no âmbito constitucional, por sua vez, acompanhou as Revoluções Liberais do século XVIII, norteadas pelos ideários Iluministas, que atribuíam ao homem um fim em si mesmo acobertado por sua inerente dignidade (SAMPAIO; SOUZA, 2000, p. 36). Na França, por exemplo, com a Constituição de 1791, houve a inserção do instituto do *récurso pour excès pouvoir*, que calcado no princípio da legalidade, permitia que o particular apresentasse recurso ao Conselho de Estado, a fim de reformar o ato que fosse contrário à legalidade ou produzido com abuso de poder, suscitando que se questionasse a proporcionalidade entre meios usados e fins esperados (BARROS “apud” SAMPAIO; SOUZA, 2000, p. 36).

Nos Estados Unidos da América, no contexto das Revoluções Liberais, o Poder Judiciário iniciou atuação com cunho controlador, através da cláusula do

devido processo legal, para que os outros poderes implementassem medidas constitucionalmente adequadas em relação aos meios e aos fins utilizados¹.

No contexto atual, a doutrina moderna atribui à Alemanha e seu Tribunal Constitucional, criado no período pós-Segunda Guerra Mundial, um papel primordial na sistematização da proporcionalidade, em especial em relação aos países influenciados pelo direito romano-germânico, como é o caso do Brasil.

Sobre a inserção do expediente da proporcionalidade na Alemanha, no contexto das decisões judiciais dos tribunais, anotam Carlos Affonso Pereira de Souza e Patrícia Regina Pinheiro Sampaio:

Coube à Alemanha, após beber na teoria da limitação do poder de polícia do Direito Administrativo francês, a formulação atual do princípio da proporcionalidade em âmbito constitucional, notadamente no campo dos direitos fundamentais. Embora já houvessem sido postos em relevo pela Constituição de *Weimar*, foi após o fim da Segunda Guerra Mundial que os tribunais começaram a proferir sentenças nas quais afirmavam não ter o legislador o poder ilimitado para a formulação de leis tendentes a restringir direitos fundamentais (SAMPAIO; SOUZA, 2000, p. 37).

Ao longo do presente capítulo será abordado o contexto histórico da proporcionalidade, as implicações de sua natureza jurídica, sua relação de proximidade com conceitos adotados para a definição do princípio da razoabilidade.

2.1 Proporcionalidade *versus* Razoabilidade

Para uma parcela da doutrina, como Luiz Roberto Barroso e Suzana de Toledo Barros, as terminologias proporcionalidade e razoabilidade são sinônimas para denominar a mesma expressão jurídica (SILVA, 2002, p. 28).

À primeira vista, a questão terminológica parece não ser realmente relevante para a aplicação material da proporcionalidade, entretanto, existem autores, como Virgílio Afonso da Silva (2002), que afirmam que a diferenciação dos institutos não só é relevante quanto à denominação da natureza jurídica, mas também quanto à

¹ Sobre o assunto, aduz Luís Roberto Barroso (2009, p. 226): “É por seu intermédio que se procede ao exame da razoabilidade (reasonableness) e da racionalidade (rationality) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral”.

delimitação da origem histórica e seu alcance de aplicação, conforme será exposto ao longo desta monografia.

A ideia de proporcionalidade é apontada como instrumento de ponderação desde a Antiguidade, partindo da justiça distributiva de Aristóteles, e passando pelas construções jurídicas arquitetadas pelos pretores, situados no contexto do Direito Romano (FERRAZ, 2009, p. 75). Mas é no cerne da raiz do Estado de Direito, que começam a surgir instrumentos normativos que comprometem o próprio Estado a se submeter a regras procedimentais razoáveis, no trato com seus administrados.

O marco inicial aqui adotado é a restrição trazida ao soberano, do país que hoje é conhecido como Inglaterra, através da Carta Magna, datada de 15 de junho de 1215. Tal instrumento, nascente da pressão dos nobres proprietários de terras sobre o governo do monarca conhecido como “João sem Terra”, determinava, em seu artigo 39², que nenhum homem livre seria privado de sua liberdade ou de seus bens sem antes ser julgado pelos pares em consonância com a lei da terra (PINHEIRO; SAMPAIO, 2000, p. 31).

No contexto da Revolução Americana, com o movimento de independência das Treze Colônias, que se tornaram os Estados Unidos da América, a regra, inscrita na Carta Magna, restou positivada e aperfeiçoada nas Emendas de números 5³ e 14⁴ da Constituição Norte Americana, sendo denominada *due process of law* (BARROSO, 2009, p. 224). Para se diferenciarem de seus antigos colonizadores ingleses, que tradicionalmente haviam calcado a governabilidade em um Poder Legislativo sobressalente em relação aos demais poderes, a nova nação pretendeu estabelecer diretrizes mais abertas para alargar a proteção do cidadão em relação às liberdades individuais (SAMPALIO; SOUZA, 2000, p. 32).

² “No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land” (1215).

³ “Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização” (EUA, 1897).

⁴ Seção 1: “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência, Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis” (EUA, 1897).

Como já mencionado, para outros autores, como Virgílio Afonso da Silva, proporcionalidade e razoabilidade são terminologias que servem para definir conceitos jurídicos distintos, assim como também possuem origens diversas. O referido autor explica que, partindo da premissa que proporcionalidade e razoabilidade não são equivalentes, não se pode atribuir a origem da proporcionalidade à Carta Magna de 1215 (SILVA, 2002).

Ademais, aduz que nem mesmo o termo razoabilidade poderia ser deduzido de tal documento, já que o princípio até então consagrado na Inglaterra era o da “irrazoabilidade”, que por sua vez deriva de uma decisão judicial de 1948 (SILVA, 2002). No contexto dessa decisão, consagrou-se a chamada “Fórmula Wednesbury”, que ditava que atos flagrantemente irracionais deveriam ser afastados, sendo que a discussão sobre a aplicação da proporcionalidade às decisões judiciais no país se tornou de fato substancial com o *Human Act*, de 1998⁵ (SILVA, 2002). Conclui, sobre essa temática específica que:

(...) um ato considerado desproporcional não será, necessariamente, considerado irrazoável, pelo menos não nos termos que a jurisprudência inglesa fixou na decisão *Wednesbury*, pois, para ser considerado desproporcional, não é necessário que um ato seja extremamente irrazoável ou absurdo (SILVA, 2002, p. 30).

A concepção de proporcionalidade, construída em especial para ponderar os direitos fundamentais na seara constitucional, é atribuída às construções jurisprudências do Tribunal Constitucional Alemão, formatadas a partir do período pós Segunda Guerra Mundial. Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva,

A regra de proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional Alemão e não é simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida

⁵ Sessão 19 (INGLATERRA, 1988, tradução nossa):

19 Declarações de compatibilidade.

(1) Um Ministro da Coroa encarregado de um projeto de lei em qualquer uma das câmaras do Parlamento deve, antes da Segunda Leitura do projeto-

(a) fazer uma declaração no sentido de que, em sua opinião, as disposições do projeto de lei são compatíveis com os direitos da Convenção ("uma declaração de compatibilidade"); ou

(b) fazer uma declaração no sentido de que, embora não seja capaz de fazer uma declaração de compatibilidade, o governo, no entanto, deseja que a Câmara avance no projeto de lei.

(2) A declaração deve ser feita por escrito e ser publicada da maneira que o Ministro julgar apropriado.

pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com sub-elementos independentes –a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito –que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, de mera exigência de razoabilidade (SILVA, 2009, p. 30).

Conclui-se, portanto, que Razoabilidade e Proporcionalidade não são institutos coincidentes, uma vez que têm, além de outras particularidades aqui expostas, fins diversos: enquanto na Razoabilidade é examinado se determinado meio é adequado para alcançar um fim específico, na Proporcionalidade a escolha mais ajustada pode ser submetida aos parâmetros da adequação (viabilidade), da necessidade (meio idôneo menos restritivo de direito) e da proporcionalidade em sentido estrito (opção mais lógica de seleção, com base no ordenamento jurídico).

2.1.1 Razoabilidade e devido processo legal nos Estados Unidos da América

Antes de aprofundar a análise da proporcionalidade propriamente dita, delimitar-se-á brevemente a incidência, no direito norte-americano, do princípio do devido processo legal, e suas implicações quanto ao princípio da razoabilidade. Em que pese tratar-se fundamentalmente de uma monografia centrada na proporcionalidade, alguns autores, como anteriormente mencionado, e inclusive jurisprudência do Supremo Tribunal Federal utilizam por vezes, sob a denominação de proporcionalidade, ponderações que correspondem ao conceito de razoabilidade. Por essa razão será feita essa explanação acerca das origens do devido processo legal nos Estados Unidos da América.

O devido processo legal, no contexto norte-americano, pode ser subdividido em duas etapas principais: *procedural due process* (devido processo legal) e *substantive due process* (devido processo legal substantivo). Em um primeiro momento houve a valorização da observância das regras formais processuais (*procedural due process*) e posteriormente o Poder Judiciário passou a exercer um controle mais extensivo sobre o ato legislativo, analisando se os meios empregados eram legítimos e adequados para os fins a que pretendiam alcançar (BARROSO, 2009, p. 225). Ambos os modelos coexistem no sistema jurídico, ora empregando-se

um, ora empregando-se outro, conforme a adequação à resolução da demanda pela Suprema Corte.

O devido processo legal representou, em suma, um movimento de proteção aos direitos individuais dos cidadãos no âmbito processual. O objetivo é que sejam asseguradas precipuamente as prerrogativas de defesa no trato perante o Estado, seja no âmbito administrativo ou no judiciário (BARROSO, 2009, p. 225-226). Em outras palavras, é buscada a observância da regularidade e adequação formal das garantias legais ao longo do caminho do Processo.

O devido processo legal substantivo, por sua vez, é o substrato de uma Suprema Corte mais atuante, que interpreta o alcance e a validade de normas, inclusive chegando a localizar direitos não expressamente previstos pelo legislador, mas interpretados como cognoscíveis e dedutíveis do texto constitucional (BARROSO, 2009, p. 225-226), como no controverso caso *Roe vs. Wade*, no qual se considerou que uma mulher, com base em seu direito de privacidade, pode pôr termo a uma gravidez indesejada⁶.

A oscilação entre a prevalência na Suprema Corte norte-americana no devido processo legal e devido processo legal substancial, como já aduzido, pode ser subdividida em determinadas fases históricas, o que é feito a seguir.

Em fins do século XIX, a Suprema Corte, de matriz liberal, reagiu aos movimentos intervencionistas do Estado na economia⁷, tendo como decisão mais representativa o caso *Lochner vs. Nova Iorque*, na qual foi declarada inconstitucional lei que estabelecia um limite horário para jornada diária de trabalho dos padeiros,

⁶ Sobre a controvérsia causada na sociedade norte-americana quando da referida decisão, comenta José Gomes Riberto Schettino (2008, p. 79): “A decisão *Roe* representou um verdadeiro divisor de águas na história recente da Suprema Corte americana. Embora já viesse desde o início dos anos 50 ativamente proferindo decisões controversas e protagonizando a revolução cultural dos anos 60, foi em *Roe* que a opinião pública em geral, mais até que a comunidade jurídica e as classes políticas, atentou para a jurisprudência da Suprema Corte e passou a questionar sua legitimidade democrática para decidir questão tão controvertida, fazendo as vezes de um verdadeiro legislador (...)”.

⁷ Luís Roberto Barroso (2009, p. 228) comenta sobre a primeira fase histórica do devido processo legal substantivo: “A doutrina do devido processo legal substantivo começou a se delinear no final do século XIX, como reação ao intervencionismo estatal na ordem econômica. A Suprema Corte fez-se intérprete do pensamento liberal, fundado na ideia do *laissez faire*, pelo qual o desenvolvimento é melhor fomentado com a menor interferência possível do Poder Público nos negócios privados. Após alguns ensaios de aplicação do *substantive due process*, a Corte finalmente invalidou, por inconstitucional, uma lei estadual que impedia que os residentes da Louisiana contratassem seguros de seus bens com empresas de fora do Estado. A decisão que melhor simbolizou esse período, todavia, foi proferida em *Lochner vs. New York*, onde, em nome da liberdade de contrato, considerou-se inconstitucional uma lei de Nova York que limitava a jornada de trabalho dos padeiros. Sob o mesmo fundamento, a Suprema Corte invalidou inúmeras outras leis, inclusive a que estabelecia salário mínimo para mulheres. Esse período ficou conhecido como a era *Lochner*”.

pois incompatível com a liberdade de contratar dos particulares (BARROSO, 2009, p. 225-226). A mencionada lei determinava que a carga horária dos padeiros deveria estar compreendida no intervalo de dez horas diárias e sessenta horas semanais, e para a Suprema Corte norte-americana tal norma representava uma ofensa à liberdade de contratar, albergada pela 14^a Emenda (SCHETTINO, 2008, p. 75).

No período subsequente à profunda crise econômica de 1929, o Presidente Franklin Roosevelt implantou o programa do *New Deal*, fortemente influenciado pelo modelo econômico formulado pelo economista inglês Maynard Keynes, que passou a privilegiar medidas de intervenção e planificação econômica pelo Estado e o fortalecimento de leis de cunho social⁸. Nesse contexto, a Suprema Corte, seguiu as diretrizes traçadas pelo caso *Lochner*, declarando veementemente a inconstitucionalidade de diversas medidas propostas pelo *New Deal*, inclusive a Lei Nacional de Recuperação Judicial⁹, considerada essencial para o sucesso do plano (BARROSO, 2009, p. 228), até que, em 1937, alterou seu entendimento, com o caso *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, no qual considerou como constitucional a lei que estabelecia salário mínimo para mulheres (SCHETTINO, 2008, p. 77).

Posteriormente, houve uma espécie de cisão relativa ao cabimento da intervenção do Poder Judiciário na análise da constitucionalidade de leis/atos normativos. Houve um movimento de seleção quanto à pertinência da atuação jurisdicional interventiva baseada na aferição da razoabilidade dos atos estatais. Em especial, pode-se citar o caso *United States vs. Carolene Products*, onde o *Justice Stone* aduziu que o Poder Judiciário deve ser refratário a interferir nas liberdades econômicas, mas deve atuar, quando preciso, quanto às garantias de liberdade pessoal (BARROSO, 2009, p. 228).

Entre a década de 1950 e início da década de 1970, a Suprema Corte, sob o comando do *Justice Earl Warren* e depois do *Justice Warren Burger* atuou aplicando amplamente o devido processo legal substantivo (SCHETTINO, 2008, p.

⁸ Ver o artigo intitulado “Os opositores conservadores do New Deal”, escrito por Tatiana Poggi (2008).

⁹ Sobre a Lei Nacional de Recuperação Industrial, aduz Luís Roberto Barroso (2009, p. 227-228): “Eleito em 1932, Franklin Roosevelt deu início a edição de ampla legislação social e de intervenção no domínio econômico. Em 1935, os casos em que essa legislação era contestada começaram a chegar à Suprema Corte, que fiel à doutrina *Lochner* e hostil ao intervencionismo estatal, passou a invalidar diversas leis importantes para o plano de recuperação econômica. Nesse ano, ao julgar o caso *Schechter Poultry Corp. vs United States*, a Corte declarou a inconstitucionalidade da Lei Nacional de Recuperação Industrial, de 1933, reputada essencial para a continuidade da ação governamental, e que continha normas sobre concorrência desleal, preços e salários, jornada de trabalho e negociações coletivas”.

78), chegando a reconhecer inconstitucionalidade de diversas leis estaduais, e na mesma ocasião, reconhecendo direitos não expressos, mas considerados tácitos no texto Constitucional (BARROSO, 2009, p. 228).

No âmbito da aplicação substantiva do devido processo legal, os casos que mais destacadamente marcaram época, pela ousadia, foram *Griswold vs. Connecticut* e *Roe vs. Wade*, onde a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de leis estaduais e consagrou um novo direito, não expressamente inscrito na Constituição, que foi o direito de privacidade. Em *Griswold*, invalidou-se uma lei do Estado de Connecticut que incriminava o uso de pílula anticoncepcional ou qualquer outro artigo ou instrumento contraceptivo, punindo tanto quem consumisse como quem prescrevesse. Em *Roe*, a Corte considerou inconstitucional uma lei do Texas que criminalizava o aborto, e não o admitia nem mesmo antes do terceiro mês de gravidez (BARROSO, 2009, p.229).

Durante os governos republicanos das últimas décadas houve um esforço por parte do Poder Executivo em nomear juízes mais conservadores, com vista a afastar o ativismo judicial fomentado pela Corte Warren, em especial em relação ao caso *Roe versus Wade* (BARROSO, 2009, p.230), o que no entanto não se verificou na prática, já que a Corte continua prementemente atuante (CAMPOS, 2016).

2.1.2 Desenvolvimento da proporcionalidade na Alemanha do Pós Segunda Guerra Mundial

Segundo Paulo Bonavides (2004, p. 407), a proporcionalidade, aplicada como ferramenta contemporânea de aporte à interpretação constitucional, realizou sua incursão no direito primeiramente na Suíça, mas foi na Alemanha que foi construída a teia teórica para que fosse possível sua aplicação como princípio propriamente dito. Aduz o referido autor que:

(...) foi depois da Segunda Grande Guerra Mundial, após o advento da Lei Fundamental, e sobretudo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional, que o princípio da proporcionalidade logrou, tanto na Alemanha quanto na Suíça uma larga aplicação de caráter constitucional (...) (BONAVIDES, 2004, p. 408).

A Lei Fundamental alemã (1949), em seu bojo normativo, reconheceu um rol amplo de direitos fundamentais e criou o Tribunal Constitucional Alemão, prevendo

mecanismos de controle de constitucionalidade em relação às medidas estatais que implicassem limitações aos direitos fundamentais (PULIDO, 2014, p. 234)¹⁰. Especificamente no caso do país germânico, atualmente, há previsão de mecanismo de controle abstrato constitucional das leis (Artigo 93 (1) n.2), controle concreto de constitucionalidade via análise de inconstitucionalidade (Artigo 100.1) e a denominada queixa constitucional (Verfassungsbeschwerde, Artigo 93(1) n.4) (PULIDO, 2014, p. 234). Um dos casos apontados como precursor de aplicação do expediente da proporcionalidade pelo Tribunal Constitucional alemão é o julgamento “*Apothekennurteil*” (caso das Farmácias), do ano de 1958 (PULIDO, 2014, p. 234). O referido caso tratou do recurso que questionava uma decisão administrativa embasada em uma lei do Estado da Baviera que “trazia uma série de exigências relacionadas ao exercício da atividade farmacêutica e abertura de novos estabelecimentos em determinada comunidade” (FERRAZ, 2009, p. 84). O governo local, em síntese, defendia que a medida estava corretamente aplicada, pois a abertura de novas farmácias não atenderia o interesse público, além de ocorrer prejuízo econômico para as já existentes. O Tribunal Constitucional não vislumbrou tais efeitos, e considerou a referida lei inconstitucional (PULIDO, 2014, p. 234). Citando Martin Krieli, escreve Paulo Bonavides:

Tocante ao caso “*Apotheken-Urteil*”, esta decisão fez nascer uma “teoria de três degraus”, referente à competência regulativa do legislador, em que se distinguem pressupostos objetivos de admissão ao exercício de profissão; pressupostos subjetivos da mesma finalidade e, de último, as regulamentações da profissão, que se legitimam com base em ponderações racionais e materiais do bem comum, devendo assim o exame desses três aspectos nortear o legislador ao prescrever, com observância do princípio da proporcionalidade, limitações àquele direito fundamental (KRIELI apud BONAVIDES, 2004, p. 408).

Transcorrida aproximadamente uma década, aponta-se como consolidação da aplicação pelo Tribunal Constitucional Alemão da proporcionalidade, e sua sistematização de aplicação, o caso referente à discussão acerca do

¹⁰ Pulido (2014, p. 234) cita o catálogo de direitos fundamentais presentes nos artigos 1º a 19, 20.4, 33, 38, 101, 103 e 104 da Lei Fundamental; e a previsão de criação do Tribunal Constitucional Alemão nos artigos 93 e 94 da referida legislação.

armazenamento de petróleo (1971)¹¹. Paulo Bonavides (2004, p. 410) transcreve excerto da decisão que demonstra essa definição mais precisa do referido instrumento, formulada pela Corte Constitucional alemã:

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 da maneira menos sensível o direito fundamental.¹²

José Emílio Medauar Ommati (2007, p. 114), em resumo, traça uma breve digressão para descrever o desenvolvimento terminológico da Proporcionalidade, ocorrido junto ao Tribunal Constitucional Alemão:

Essa Corte Suprema, investida que está pela Lei Fundamental em velar pelo seu cumprimento e respeito, a partir de determinado momento passa a referir-se com frequência expressões em sua argumentação, que se associam claramente ao “pensamento de proporcionalidade”, tais como “excessivo” (übermassig), “inadequado” (unangemessen), “necessariamente exigível” (erforderlich, unerlässlich, unbedingt notwendig), até estabelecer de forma incisiva que o referido princípio e correlata “proibição do excesso” (Übermassverbot).

Além da necessidade e da adequação do meio adotado pelo agente político ou administrativo, foi introduzido, no âmbito doutrinário alemão, a noção de proporcionalidade em sentido estrito, caracterizada pela “verificação da relação custo benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados serem obtidos” (BARROSO, 2009, p. 235). Assim, a medida a ser tomada pelo Poder Público deve ser adequada, quando idônea e capaz de atingir o objetivo proposto; necessária, quando não existir meio menos oneroso para se atingir os fins desejados; e proporcional em sentido estrito, quando após se sopesar o custo e o ganho da medida, se obter uma justificação razoável para a interferência estatal nos direitos dos particulares (BARROSO, 2009, p. 235). Sobre a temática, aduz Humberto Bergmann Ávila (1999, p. 172):

¹¹ V. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 2009, p. 234; Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 2004, p. 409.

¹² B *VerfGE* 30, p.292.

A proporcionalidade (“Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”) determina que um meio deva ser adequado, necessário –isto é, dentre todos os meios adequados aquele menos restritivo –e não deva ficar sem relação de proporcionalidade relativamente ao fim instituído pela norma. A condição negativa consubstancia-se no subelemento da proporcionalidade em sentido estrito (elemento da proibição do excesso), que exige que o meio e o fim devam estar em uma relação de proporção (não podem ficar em relação de desproporção). A condição positiva traduz-se na ponderação de interesses, que estão (estaticamente) em posição de contraposição (“Gegenüberstellung”), os quais devem ser de tal forma ponderados, que a coordenação entre os bens jurídicos constitucionalmente protegidos possa atribuir máxima realização (“optimale Wirklichkeit”) a cada um deles.

Ademais, o instrumento de proporcionalidade desenvolvido pela doutrina e pelo Tribunal Constitucional alemão, pressupõe, para além da aplicação dos sub-elementos da proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito), a observância de uma ordem específica na aplicação de cada elemento mencionado. Primeiro se analisa a questão da adequação da medida, subsequentemente se perquire acerca de sua necessidade e por último, faz-se a análise da proporcionalidade em sentido estrito. Isto porque nem sempre, para a resolução do caso *in concreto*, será necessário aplicar concomitantemente todas as sub-regras em questão.

A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade *nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras*. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. *Essa é uma importante característica, para a qual não se tem dado a devida atenção*. A impressão que muitas vezes se tem, quando se mencionam as três sub-regras da proporcionalidade, é que o juiz deve *sempre* proceder à análise de todas elas, quando do controle do ato considerado abusivo. Não é correto, contudo, esse pensamento. É justamente na relação de subsidiariedade acima mencionada que reside razão de ser da divisão em sub-regras. Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise

acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito (SILVA, 2002, p. 34-35).

Portanto, elas funcionam de forma subsidiária, sendo analisadas de forma subsequente, caso sua regra predecessora não seja suficiente para solucionar demanda em pauta (SILVA, 2002, p. 34).

3 NATUREZA JURÍDICA DA PROPORCIONALIDADE E SEUS DESDOBRAMENTOS DE APLICAÇÃO

Neste capítulo, será abordado, em suma, a distinção conceitual entre regras e princípios; A inter-relação entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade; A acepção da proporcionalidade como princípio normativo, localizado por parcela da doutrina brasileira no âmbito dos dispositivos constitucionais; E exposição de alguns excertos jurisprudenciais no âmbito do Supremo Tribunal Federal em que se utilizou o expediente da proporcionalidade/razoabilidade.

3.1 Regras *versus* Princípios

A ideia de que as regras e os princípios podem se constituir espécies normativas paritárias em um ordenamento jurídico vem se consolidando desde o período pós-segunda Guerra Mundial, entretanto, pode-se afirmar que a sua sistematização e consolidação de posição se fortaleceu com o trabalho de Ronald Dworkin nos Estados Unidos, e posteriormente, por Robert Alexy na Alemanha.

É possível afirmar que o debate sobre a distinção entre princípios e regras adquiriu suas feições atuais a partir da intervenção de Ronald Dworkin que, em ensaio de 1967 (*The model of rules*) no qual dirigia sua crítica ao positivismo de Hart, reivindicou para “regras” e “princípios” uma diferença de natureza lógica (MARTINS; OLIVEIRA, 2006, p.247).

Para Dworkin (2002, p. 39), tanto regras quanto princípios se voltam para a resolução de questões concretas peculiares, cercadas por uma situação jurídica

específica. Porém, regras e princípios se diferenciam quanto a formatação da solução aplicável. As regras, em princípio se submetem a sistemática do “tudo ou nada”, sendo aplicáveis se forem válidas, ou totalmente afastadas se forem reputadas inválidas para a resolução da questão posta ao Poder Judiciário.

Assim, no contexto de aplicação de regras, se buscará uma subsunção correlacionando de maneira mais estreita a regra e a situação em análise. Entretanto, para que se busque a máxima correição da aplicação da regra, devem ser enunciadas as potenciais excepcionalidades quanto mais for possível. No âmbito de aplicação de regras, se buscará uma subsunção correlacionando de maneira mais estreita a regra e a situação em análise. Os princípios, por sua vez, têm sua aplicação mesurada numa escala gradativa aplicada ao caso concreto, na dinâmica denominada de peso, ou seja, relevância para a resolução da questão posta. O caso concreto, analisado em modo individualizado, determinará qual princípio específico se aplicará para se resolver o conflito. Segundo Lênio Luiz Streck (2017), na concepção de Dworkin, “*princípios são argumentos de natureza moral, empregados em favor de direitos*”. Essa é a diretriz primordial para se perquirir qual princípio terá a preponderância e a aplicação no caso concreto.

(...) o que interessa mesmo a Dworkin é a oposição entre princípios em sentido genérico (ou seja, incluindo políticas) e regras. Para ilustrar esta importante distinção Dworkin apóia-se em decisões judiciais extraídas de tribunais norte-americanos para afirmar que “a distinção entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica” (DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério, p. 39), ainda, que a distinção fica evidente apenas quando é examinado o modo de funcionamento das regras e princípios. A formulação do critério de distinção é conhecida: a aplicação das regras, tais como as que estabelecem o limite máximo de velocidade de 50 km por hora em determinada via, ocorre à maneira do “tudo ou nada”. Dada uma determinada regra, ou ela não é válida, e nesse caso deve ser afastada, ou é válida, e nesse caso deve ser aplicada, ou ainda é válida, mas comporta algum tipo específico e delimitado de exceção. Uma vez reconhecida como válida a regra que estipula o limite de velocidade, ou ela é observada ou é fixada uma exceção. Não é o que ocorre com a aplicação de princípios, pois no caso em que tratamos de padrões, como “ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza”, não se pretendem “estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária” (DWORKIN, Ronald. Levando os direitos à sério, p. 41). Um princípio enuncia uma razão que influencia o argumento de determinada direção, mas a aplicação do princípio permanece na dependência de uma decisão particular.

Afinal, princípios possuem uma dimensão ignorada pelas regras: o peso ou importância (MARTINS; OLIVEIRA, 2006, p. 248-249).

Robert Alexy, jurista alemão, também segue a linha distintiva de regras e princípios enquanto espécies de norma jurídica, denominando, por sua vez, regras jurídicas como *comandos definitivos*, operados através da subsunção, e princípios como *comandos de otimização*. Explica Alexy (2014, p. 3) o ponto central de diferenciação entre regras e princípios através de uma perspectiva calcada na forma:

A base da teoria dos princípios é a distinção teórico-normativa entre regras e princípios. Regras são normas que exigem algo determinado. Elas são comandos definitivos. A sua forma de aplicação é a subsunção. Em contraste, princípios são comandos de otimização. Como tais, eles exigem “que algo seja realizado na maior medida possível, dadas as possibilidades jurídicas e fáticas”. Deixando-se as regras de lado, as possibilidades jurídicas são determinadas essencialmente pelos princípios colidentes. Por essa razão, princípios, considerados separadamente, sempre compreendem comandos “prima facie”. A determinação do grau apropriado de cumprimento de um princípio relativamente às exigências de outros princípios é feita através da ponderação. Assim, a ponderação é a forma específica de aplicação dos princípios.

Em análise da obra de Alexy, Humberto Bergmann Ávila (1999, p. 57) aduz que para o autor alemão os princípios não pressupõem uma consequência jurídica evidente como as regras, mas são aplicados contemporaneamente aos casos concretos, e com reserva a outros princípios que porventura tenham maior peso. O que diferencia em essência a concepção atribuída a regras e princípios por Dworkin e Alexy é que enquanto o primeiro classifica os princípios em grau de importância, num encadeamento lógico de relevância ao caso estudado, o segundo estabelece diretrizes comparativas, chamadas de “deveres de otimização”: ou seja, ao invés de verificar qual prevalecerá se mesuram em qual grau os diferentes princípios incidiram no caso concreto, tendo como resultado ideal a máxima realização concomitante dos princípios em contenda (ÁVILA, 1999, p. 157-158). O que se quer dizer é que Alexy busca antes a relevância de critérios formais para estabelecer a cisão entre regras e princípios, do que a identificação de generalização da norma aplicável (SILVA, 2002, p. 25).

Regras e princípios não são diferenciados por grau de prevalência de um sobre o outro, mas sim por critérios qualitativos, que como já mencionados, se relacionam com sua forma de manifestação: enquanto os princípios são normas que operam através dos mandamentos de otimização, que podem ser satisfeitos em vários graus dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, as regras contêm determinações, que são totalmente satisfeitas ou totalmente insatisfeitas (ALEXY, a, 2015, p. 90-91).

Alexy considera a distinção entre regras e princípios relevante, sobretudo, para fundamentar o funcionamento da sistemática normativa dos direitos fundamentais, em especial quanto ao estabelecimento de parâmetros de racionalização e de choque entre os referidos direitos (ALEXY, a, 2015, p.86). O autor entende, em linhas gerais, que tanto princípios quanto regras podem conduzir aos direitos fundamentais. Entretanto, como será exposto, quando se tratar de Proporcionalidade, o seu emprego fica restrito a uma única categoria de norma jurídica, que são os princípios.

No que tange especificamente a Proporcionalidade, pode-se entender que Alexy (2015, b) não a considera tecnicamente nem como um princípio e nem como regra, mas como uma “máxima”, uma técnica lógica normativa que possibilita a aplicação coerente dos princípios existentes na ordem jurídica. Essa máxima tem sua aplicação restrita aos princípios, pois é justamente a natureza dos princípios que provoca sua replicação para as soluções adotadas, sejam em relação às questões fáticas (adequação e necessidade), seja em relação às questões jurídicas (proporcionalidade em sentido estrito) (ALEXY, a, 2015, p. 116-120).

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas (ALEXY, a, 2015, p.118).

Realiza-se um determinado princípio ao máximo possível de alcance, sendo afastado em último caso, através da proporcionalidade em sentido estrito, no exercício da ponderação.

A máxima da proporcionalidade é composta por três máximas parciais: a máxima parcial da adequação, a máxima parcial da necessidade e a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito. Todas as três máximas parciais resultam do caráter dos princípios como comandos de otimização. Como comandos de otimização, os princípios exigem a realização mais ampla possível de seu objeto, por exemplo a liberdade de opinião, em relação às possibilidades fáticas e jurídicas. As máximas parciais da adequação e da necessidade expressam o comando de otimização em relação às possibilidades fáticas. Se o meio M interfere na liberdade de opinião (P_1), mas se ele não é adequado para apoiar o fim perseguido por esse meio (M), por exemplo a proteção da personalidade (P_2), então, caso M não seja estabelecido, não existe qualquer desvantagem para P_2 , mas existem certamente vantagens para P_1 . P_1 e P_2 , tomados em conjunto, exigem então que se renuncie a M . A posição P_1 pode ser melhorada sem que se piore a posição P_2 . Isso mostra que no caso da máxima parcial da adequação não se trata de nada além da otimalidade de Pareto. O mesmo vale para a máxima parcial da necessidade, que é aplicada quando existe a possibilidade fática de se realizar um princípio P_2 na mesma medida com um meio que interfere em P_1 em menor medida. Aqui, P_1 e P_2 , tomados em conjunto, exigem que seja escolhido o meio que interfere em menor medida. Até mesmo opositores radicais da ponderação, como Bernhard Schlink, não contestam que a otimização em relação às possibilidades fáticas, ou seja, o exame da adequação e da necessidade é um postulado elementar da racionalidade. Até aqui a teoria dos princípios não é fundamentalmente contestada.

A disputa fundamental começa quando uma medida é adequada e não está à disposição um meio mais leve, que interfere em menor medida. Então um dos dois princípios deve fazer um sacrifício, e a questão é qual. É aquele exigido pela otimização relativa às possibilidades jurídicas da máxima da proporcionalidade em sentido estrito. Essa otimização só pode consistir em uma ponderação. Um dos êxitos essenciais da teoria dos princípios constitui o fato de ela poder representar com exatidão a estrutura da ponderação. Isso ocorre com a ajuda de duas leis: a lei da colisão e a lei da ponderação. Aqui será analisada rapidamente apenas a lei da ponderação. Sua formulação original na *Teoria dos Direitos Fundamentais* reza: “quanto mais alto for o grau de não cumprimento ou restrição de um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro”. Eu continuei a desenvolver a lei da ponderação em trabalhos posteriores sobre a fórmula do peso. A fórmula do peso constitui a tentativa de uma representação matemática da estrutura da ponderação. Em ambos os lados da ponderação entre dois princípios P_1 e P_2 são identificados sempre três fatores: a intensidade da interferência, o peso abstrato dos princípios e a certeza das suposições empíricas sobre as quais a argumentação se apoia. Aqui tratar-se-á apenas da intensidade da interferência. Eu sugeri empregar, para o escalonamento da intensidade dessas interferências, escalas discretas como a escala leve-média-grave. O importante, no caso de escalas discretas, é que entre os seus pontos, ou seja, entre os três pontos da escala triádica, não se encontra nenhum outro ponto. No caso de escalas contínuas é completamente diferente, pois no caso delas, entre dois pontos

quaisquer, encontram-se sempre outros pontos (ALEXY, b, 2015, p.420-421).

O desenvolvimento do pensamento de Alexy quanto à proporcionalidade tem como contexto as decisões do Tribunal Constitucional Alemão, e é partir da análise de casos concretos que o jurista formula exemplos de aplicação da máxima da proporcionalidade, dos deveres de otimização e de ponderação. Com base nas decisões de tal Tribunal, Alexy constrói uma espécie da gradação de afetação de princípios sobre outros (leve média e grave). Como exemplo desse estudo sistematizado, pode-se citar o “Caso das sátiras da Revista Titanic”. No referido caso, a revista humorística Titanic apresentou uma reclamação ao Tribunal Constitucional Alemão após ter sido condenada, nas instâncias primárias, por fazer uma descrição satírica de um oficial, classificando-o como “assassino nato” e “aleijado”¹³.

¹³ Se trata de una decisión tomada por el Tribunal Constitucional Federal alemán referida al conflicto clásico entre la libertad de expresión y el derecho a la personalidad. La popular revista satírica, Titanic, llamó primero «asesino nato» y luego, en una edición posterior, como «tullido», a un soldado parapléjico perteneciente a la reserva del ejército. El Tribunal Superior de Düsseldorf emitió una sentencia en contra de la revista Titanic y ordenó a dicha revista pagar una indemnización de 12,000 marcos alemanes al oficial. Titanic interpuso un recurso de amparo. El Tribunal Constitucional Federal realizó una ponderación relativa a las circunstancias del caso concreto («fallbezogene[n] Abwägung») entre la libertad de expresión de la revista (P1 : Art. 5 (1) (1) de la Ley Fundamental alemana) y el derecho al honor del oficial (P2 : Art. 2 (1), en concordancia con el Art. 1 (1) de la Ley Fundamental). Para tal fin, el Tribunal determinó la intensidad de la interferencia en estos derechos y las puso en relación la una con la otra. La sentencia que ordenaba el pago de la indemnización fue calificada como una interferencia dura («nachhaltigen») o grave (g) a la libertad de expresión (I1). Esta conclusión se fundó sobre todo en el argumento de que la indemnización podría reducir la futura disposición de los afectados para editar su revista de la misma forma en que la habían venido haciendo hasta el momento. El apelativo «asesino nato» fue interpretado en el contexto de las sátiras publicadas habitualmente por Titanic. La mencionada revista se refería habitualmente a distintas personas variando sus apellidos de nacimiento de forma «evidentente poco seria» («erkennbar unernste»), desde «juegos de palabras hasta tonterías» («Wortwitze bis hin zu Alberheiten»). Este contexto hace imposible reconocer en el apelativo utilizado por la revista «un perjuicio no permitido, grave o ilegal en contra del derecho a la personalidad» («unerlaubte, schwere, rechtswidrige Persönlichkeitsrechtsverletzung»). La interferencia al derecho al honor (I 2) fue calificada como de intensidad moderada (m), incluso tal vez sólo de intensidad leve o menor (l). Esto significaba que la interferencia a la libertad de expresión era desproporcionada y, en consecuencia, inconstitucional de acuerdo con la ley de la ponderación y, con ella, a la ley del peso. Sin embargo, las cosas fueron diferentes en el extremo concerniente al apelativo de «tullido». De acuerdo con la apreciación del Tribunal, esto cuenta como «una ofensa grave a su derecho al honor» («verletze ihn schwer in seinem Persönlichkeitsrecht»). Esta apreciación fue fundamentada en base al hecho de que describir a una persona severamente discapacitada como «tullido» es considerado hoy por lo general como «humillante» («Demütigung») y expresa una «falta de respeto» («Mißachtung»). Por lo tanto, la interferencia (I1) grave (g) a la libertad de expresión (P1) fue contrarrestada por la mayor (g) importancia (I 2) concedida a la protección del derecho al honor (P2). Éste es un caso típico de empate. En consecuencia, el Tribunal llegó a la conclusión de que no podía reconocerse en este caso un «error en la ponderación en detrimento de la libertad de expresión» («keine Fehlgewichtung zu

A qualificação de “nascido assassino” foi, na sequência, posta no contexto de outras sátiras publicadas pela revista, em que outras pessoas eram designadas, jocosamente, de algo semelhante; aqui, o prejuízo do direito de personalidade foi entendido apenas como “leve”. Isso, portanto, não poderia, por si só, ensejar a condenação à indenização por dano pessoal, entendida essa como uma intervenção grave na liberdade de opinião. Contudo, tratamento distinto foi dispensado à designação de “aleijado”. Segundo o Tribunal Constitucional Federal, essa qualificação atingiu o oficial da reserva gravemente em seu direito de personalidade, uma vez que tal tratamento, em geral, é tido como uma forma de humilhação e expressa um desprezo do incapacitado, afetando-o diretamente em sua dignidade (TREVISAN, 2015, p. 224).

Para Alexy, quanto maior for o grau de interferência de um princípio, mais relevante é a observação de realização do outro princípio em colisão (GUERRA, 2006, p. 55). O que se busca afastar com tal sistematização é aplicação constante de certos valores constitucionais como preponderantes ou inferiores de maneira generalizada em qualquer que seja o caso concreto. Não se quer dizer que com isso que os Tribunais Superiores devam aprofundar a discussão acerca de questões de fato, mas sim que não devam ignorar por completo a realidade e as questões empíricas envolvidas para proverem uma solução de direito mais adequada juridicamente às partes envolvidas (GUERRA, 2006, p. 70-71).

3.2 Proporcionalidade: acepções jurídicas e peculiaridades de aplicação no Brasil

Para parcela da doutrina, como Afonso Virgílio da Silva e Humberto Bergmann Ávila, ao se utilizar a sistematização da proporcionalidade cunhada por Alexy como justificação teórica, como por vezes o fazem no Brasil no contexto dos Tribunais Superiores, não se deve classificar tecnicamente seu uso como princípio. No entanto é comumente utilizada a acepção de princípio ao se referir ao instituto no Brasil. Pontua Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 25) que:

O chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio, pelo menos não com base na classificação de Alexy,

Lasten der Meinungsäußerungsfreiheit») en la decisión del Tribunal Superior de Düsseldorf. El recurso de amparo interpuesto por Titanic fue estimado en lo concerniente al extremo referido al pago de la indemnización en razón a la conducta de haber llamado al oficial «asesino nato». En lo concerniente al apelativo de «tullido» dicho recurso se consideró infundado (ALEXY, 2011, p. 18- 19).

pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações (...) Alexy enquadrá-o, sim, em outra categoria, pois classifica-o explicitamente como regra (...) Alexy afirma que os sub-elementos da proporcionalidade “devem ser classificados como regras”, e cita como entendimento semelhante a posição de Haverkate, segundo a qual a forma de aplicação da proporcionalidade e suas sub-regras é a subsunção.

Humberto Bergmann Ávila (1999, p. 169), por sua vez, atribui a proporcionalidade a dimensão de dever, inserido em uma estruturação formal para aplicar determinados princípios conflitantes no caso concreto, tendo a proporcionalidade um caráter instrumental composto pelos critérios de adequação, necessidade e não-excessividade. Assim explana a questão:

O dever de proporcionalidade não é um princípio ou norma-princípio. Senão vejamos: sua descrição abstrata não permite uma concretização em princípio gradual, pois sua estrutura trifásica consiste na única possibilidade de sua aplicação; a aplicação dessa estrutura independe das possibilidades fáticas e normativas, já que seu conteúdo normativo é neutro em relação ao contexto fático; sua abstrata explicação exclui, em princípio, a sua aptidão e necessidade de ponderação, pois o seu conteúdo normativo é neutro relativamente ao contexto fático; sua abstrata explicação exclui, em princípio sua aptidão e necessidade de ponderação, pois o seu conteúdo não será modificado no trecho com outros princípios. Não bastasse, a proporcionalidade não determina razões às quais a sua aplicação atribuirá peso, mas apenas uma estrutura formal de aplicação de outros princípios (ÁVILA, 1999, p. 169).

Entretanto, como já mencionado acima, quando se parte da sistematização concebida por Robert Alexy, e seus estudos da jurisprudência alemã, não se pode considerar a proporcionalidade em sentido *latu sensu* como dever, regra ou princípio, mas como uma máxima de caráter abrangente, que é utilizada como técnica lógica de conformação da decisão judicial aos chamados parâmetros de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Todavia, parcela relevante da doutrina brasileira, bem como os Tribunais Superiores, utilizam recorrentemente a denominação princípio para se referir à aplicação da proporcionalidade¹⁴. Quando se transpõe a problemática terminológica

¹⁴ V. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 2009; Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 2004; Suzana Toledo de Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 1996; Gilmar Mendes, *Curso de Direito Constitucional*, 2017; RE 627432, Relator (a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 06/03/2014 ; RE 852796 RG, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 14/08/2015.

à sua aplicação às decisões tomadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, tem-se a utilização alternada dos termos razoabilidade e proporcionalidade como sinônimos, além do emprego da colocação “princípio”, mesmo que embasada a decisão na técnica da máxima da proporcionalidade proposta por Alexy. Considerando que o Supremo Tribunal Federal ora se embasa na proporcionalidade deduzida na construção do devido processo advindo do controle de constitucionalidade da Suprema Corte norte americana, ora se utiliza da construção jurisprudencial arquitetada na Corte Constitucional Alemã, como o faz recorrentemente o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, passa-se a ser relevante entender as acepções jurídicas de Proporcionalidade empregadas no Brasil para definir a natureza de seu uso na prática jurisprudencial brasileira.

Quando a Proporcionalidade utilizada no caso concreto nas decisões é consectária do devido processo legal concebido no âmbito da Suprema Corte americana, ela comunica o exercício de se utilizar um princípio positivado constitucionalmente (art. 5º, LIV), para justificar o respeito aos direitos de personalidade e de liberdades garantidos aos cidadãos e até às Pessoas Jurídicas no exercício do direito de ação. Pode-se citar a arguição de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei 8.713¹⁵, que regulava a participação dos partidos políticos nas eleições,

¹⁵ Lei 8.713/1993, Art. 5º Poderá participar das eleições previstas nesta lei o partido que, até 3 de outubro de 1993, tenha obtido, junto ao Tribunal Superior Eleitoral, registro definitivo ou provisório, desde que, neste último caso, conte com, pelo menos, um representante titular na Câmara dos Deputados, na data da publicação desta lei.

§ 1º Só poderá registrar candidato próprio à eleição para Presidente e Vice-Presidente da República:

I - O partido que tenha obtido, pelo menos, cinco por cento dos votos apurados na eleição de 1990 para a Câmara dos Deputados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados; ou

II - o partido que conte, na data da publicação desta lei, com representantes titulares na Câmara dos Deputados em número equivalente a, no mínimo, três por cento da composição da Casa, desprezada a fração resultante desse percentual; ou

III - coligação integrada por, pelo menos, um partido que preencha condição prevista em um dos incisos anteriores, ou por partidos que, somados, atendam às mesmas condições.

§ 2º Só poderá registrar candidatos a Senador, Governador e Vice-Governador:

I - o partido que tenha atendido a uma das condições indicadas nos incisos I e II do parágrafo anterior; ou

II - o partido que, organizado na circunscrição, tenha obtido na eleição de 1990 para a respectiva Assembléia ou Câmara Legislativa três por cento dos votos apurados, excluídos os brancos e nulos; ou

III - coligação integrada por, pelo menos, um partido que preencha uma das condições previstas nos incisos I e II deste parágrafo, ou por partidos que, somados, atendam às mesmas condições.

§ 3º Até cinco dias a contar da data da publicação desta lei, a Presidência da Câmara dos Deputados informará ao Tribunal Superior Eleitoral o número de Deputados Federais integrantes de cada bancada partidária naquela data.

na qual o Supremo Tribunal Federal considerou a “desproporcionalidade da lei, tendo em vista o princípio do devido processo legal na sua acepção substantiva (CF, art. 5º, LIX)” (MENDES, 2017, p. 221) ¹⁶. Foi considerado, em resumo, que ainda que não haja ilegitimidade em estabelecer parâmetros limitadores para o ingresso de partidos políticos nas eleições, não se revela adequada ou necessária a adoção de fatos passados para delimitar a atuação futura destes.

Na decisão de mérito, o Ministro Moreira Alves veio a concretizar a fundamentação esboçada no julgamento da liminar. Vale registrar o seu pronunciamento a propósito:

“A meu ver, o problema capital que se propõe, em face dessa lei, é que ela fere, com relação a esses dispositivos que estão sendo impugnados, o princípio constitucional do devido processo legal.

A Constituição no seu art. 5º, inciso LIV – e aqui trata-se de direitos não apenas individuais, mas também coletivos e aplica-se, inclusive, às pessoas jurídicas – estabelece que ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’.

Processo legal, aqui, evidentemente, não é o processo da lei, senão a Constituição não precisaria dizer aquilo que é óbvio, tendo em vista inclusive o inciso II do art. 5º que diz: ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’.

Esse princípio constitucional que tem a sua origem histórica nos Estados Unidos, lá é interpretado no sentido de abarcar os casos em que há falta de razoabilidade de uma norma. Por isso mesmo já houve quem dissesse que é um modo de a Suprema Corte americana ter a possibilidade de certa largueza de medidas para declarar a inconstitucionalidade de leis que atentem contra a razoabilidade.

Ora, esta lei, estes dispositivos que estão em causa são evidentemente dispositivos de exceção no sentido de dispositivos ‘ad hoc’, tendo em vista a circunstância de que partem de fatos passados, já conhecidos pelo legislador quando da elaboração da lei, para criar impedimentos futuros e, portanto, para cercear a liberdade desses partidos políticos.

Ora, Senhor Presidente, em face disso e não preciso estender-me mais a esse respeito, porque me basta esse aspecto, deixo de lado aquele outro problema mais delicado que é o de saber se realmente a Constituição permite ou não que a lei estabeleça, para o futuro, restrições a esse nosso pluripartidarismo (...). Fico apenas nesse outro que é o da falta de razoabilidade desse princípio.

Para ser rigorosamente lógico, eu deveria declarar a inconstitucionalidade, também, do ‘caput’. Mas o ‘caput’, a meu ver, apresenta um aspecto ponderável no tocante ao problema da razoabilidade, que é justamente o dos partidos sem registro

§ 4º Até 31 de dezembro de 1993, o Tribunal Superior Eleitoral divulgará a relação dos partidos aptos a registrar candidatos próprios às eleições para Presidente e Vice-Presidente da República, e ainda daqueles que, em cada Estado e no Distrito Federal, poderão registrar candidatos para Senador, Governador e Vice-Governador.

¹⁶ ADI 855, RTJ.

definitivo, pois para eles apresentarem aquilo que a Constituição considera que é um elemento de âmbito nacional, embora na realidade não seja, mas que pelo menos é o elemento de que se vale a Constituição com relação a mandado de segurança coletivo e com relação à ação direta de inconstitucionalidade, estabeleceu-se o mesmo critério: é preciso que haja representação no Congresso Nacional, qualquer que ela seja, porque aqui a representação é mínima (MENDES, 2017, p.222).

Por outro lado, quando se está diante da Proporcionalidade derivada da doutrina alemã, em especial nas formulações de Robert Alexy, e da jurisprudência construída pela Corte Constitucional daquele país no período posterior ao pós-2ª Guerra Mundial, não parece haver exatamente um desdobramento do princípio de garantia de um processo regular como ponto central da solução jurídica dada, mas sim a observação mais precisa dos sub-elementos da proporcionalidade, para se ponderar no caso concreto quais direitos serão tutelados, tendo em vista a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Como exemplo, podemos citar a arguição de inconstitucionalidade da lei estadual 2.130/1993 do Rio de Janeiro¹⁷, que determinava a obrigatoriedade dos mercados prestarem aos clientes o serviço dos empacotadores em seus estabelecimentos. Na ação referida, proposta pela Confederação Nacional de Comércio – CNC frente à Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, o Supremo Tribunal Federal ponderou que a presença dos empacotadores não seria necessária à proteção dos consumidores, tão somente para sua comodidade, podendo ser a medida substituída por meio menos danoso, como a implementação de algum processo mecânico. Finalmente quanto à proporcionalidade em sentido estrito, as sanções propostas pela lei se mostram exageradas, sendo capaz de levar a falência de pequenos estabelecimentos. O Tribunal não se ancorou exatamente em um princípio, em que pese utilizar essa terminologia, mas sim em regras lógicas calcadas na máxima da proporcionalidade para promover o controle de constitucionalidade, e considerar a lei inadequada frente aos valores constitucionalmente protegidos, em especial, o da livre iniciativa, previsto no art. 170, “caput”, da Constituição Federal.

Direito Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei estadual. Obrigatoriedade de prestação do serviço de empacotamento em supermercados. 1. Em relação ao conhecimento

¹⁷ ADI 907/RJ, DJe-266.

da ação direta, decorrente de conversão de reclamação, são perfeitamente compreensíveis a controvérsia e a pretensão da requerente, relacionadas à invalidade da Lei estadual nº 2.130/1993 frente à Constituição. Além disso, não houve prejuízo ao contraditório, mesmo porque a requerente anexou à sua petição cópia da inicial da ADI 669, ajuizada contra lei anterior praticamente idêntica, que contém toda a argumentação necessária para o julgamento do mérito. 2. Acerca do vício formal, toda e qualquer obrigação imposta a agentes privados acabará produzindo, direta ou indiretamente, impactos sobre a atividade empresarial ou de ordem trabalhista. Sendo assim, não se vislumbra usurpação da competência legislativa privativa da União, prevista no art. 22, I, da Constituição. Também não parece ser o caso de evidente invasão da competência dos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local, tal como disposto no art. 30, I, da CF/88, de que é exemplo a competência para disciplinar o horário de funcionamento de estabelecimentos comerciais (Súmula Vinculante 38). 3. Por outro lado, a Lei nº 2.130/1993, do Estado do Rio de Janeiro, padece de vício material. Isso porque a restrição ao princípio da livre iniciativa, protegido pelo art. 170, caput, da Constituição, a pretexto de proteger os consumidores, não atende ao princípio da proporcionalidade, nas suas três dimensões: (i) adequação; (ii) necessidade; e (iii) proporcionalidade em sentido estrito. 4. A providência imposta pela lei estadual é inadequada porque a simples presença de um empacotador em supermercados não é uma medida que aumente a proteção dos direitos do consumidor, mas sim uma mera conveniência em benefício dos eventuais clientes. Trata-se também de medida desnecessária, pois a obrigação de contratar um empregado ou um fornecedor de mão-de-obra exclusivamente com essa finalidade poderia ser facilmente substituída por um processo mecânico. Por fim, as sanções impostas revelam a desproporcionalidade em sentido estrito, eis que capazes de verdadeiramente falir um supermercado de pequeno ou médio porte. 5. Procedência da ação, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 2.130/1993, do Estado do Rio de Janeiro, confirmando-se a liminar deferida pelo Min. Sepúlveda Pertence. (ADI 907, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-266 DIVULG 23-11-2017 PUBLIC 24-11-2017).

Virgílio Afonso da Silva (2002) reconhece que dada a importância de aplicação da proporcionalidade e do caráter polissêmico que o termo princípio assume, o que resta relevante, ao final, é que seja reconhecida a “exigência de proporcionalidade” que o conceito confere.

3.3 Proporcionalidade na ordem jurídica brasileira e aplicação jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal

A proporcionalidade, em que pese estar em construção moderna desde o período pós-segunda Guerra, não possui sua justificação teórico-normativa uniforme até o momento. Parte da doutrina atribui sua razão de ser à consolidação dos ditos direitos fundamentais; outra parcela, na construção do Estado de Direito, com a consolidação do Poder de Polícia; ou até mesmo, defende-se o seu fundamento no direito não positivado. A experiência prática, por sua vez, também suscita o entendimento que a proporcionalidade é utilizada como sustentáculo lógico da ordem jurídica posta. A jurisprudência da Corte Constitucional alemã, referência na construção do instituto, cunhou o entendimento que o referido instituto é nascente tanto da construção do Estado de Direito, quanto da consolidação dos direitos fundamentais. (MENDES, 2017, p. 216). Carlos Bernal Pulido (2014, p. 223) expõe que a causa abstrata de aplicação da proporcionalidade envolve a reflexão acerca dos quesitos de racionalidade, legitimidade e prioridade. Acerca da questão mencionada, explica o autor:

O problema da racionalidade consiste em determinar se é possível ou não fazer um uso racional da proporcionalidade. O problema da legitimidade é se os tribunais possuem legitimidade constitucional para usar esse critério. Por último, a pergunta sobre a prioridade reside em determinar se a aplicação do princípio da proporcionalidade permite aos tribunais atribuir aos direitos fundamentais uma prioridade dentro do sistema jurídico (PULIDO, b, 2014, p. 223-224).

Citando Bernhard Schlink, Gilmar Ferreira Mendes (2017, p. 217) explana que o discurso jurídico consolidador da proporcionalidade, como aporte hermenêutico de interpretação, perpassa diversas ordens jurídicas nacionais, citando uma experiência jurídica realizada em 1996 pela Cardozo Law School, que reuniu sete juízes de cortes superiores de países distintos. Para um caso fictício comum submetido aos referidos juízes, chegou-se à conclusão que a proporcionalidade funciona como uma espécie de denominador comum, referindo-se ao questionamento unânime dos magistrados quanto a legitimidade dos objetivos impostos pelo legislador, bem como sua necessidade de implementação frente ao impacto da medida sobre a liberdade dos cidadãos. Nesse sentido, Carlos Bernal Pulido (2014, p. 225) defende que:

Os conceitos jurídicos, como o princípio da proporcionalidade, podem ser emprestados e transferidos de um sistema constitucional para outros. Pode-se, então, dizer que existe uma correlação entre a justificação em abstrato para o uso de um conceito jurídico e a justificação concreta para sua migração.

A discussão acerca do cabimento ou não do expediente da proporcionalidade na ordem jurídica brasileira se torna inócua se consideramos que sua razão de ser é uma dedução lógica da coerência de um Estado Democrático de Direito. Respeitados os limites temáticos de cada ramo do Direito, e suas respectivas peculiaridades, onde existir disposição protetiva a bens jurídicos inter-relacionados e uma pauta de meios e fins objetivamente individualizada haverá espaço para aplicação da proporcionalidade. Sendo o suporte formal para o escrutínio da adequabilidade da relação meio e fim aplicado, sua utilização é dependente “da importância e do poder normativo da finalidade para determinar o conteúdo normativo de uma relação jurídica” (ÁVILA, 1999, p. 172). Em outra oportunidade, o referido autor ainda argumenta que:

A Constituição não protege apenas dois fins, mas um conjunto deles. Como o Estado deve realizar uma pluralidade de princípios, deve fazê-lo adotando comportamentos que produzam efeitos que mais promovam do que restrinjam. Por isso, o Estado não pode, a pretexto de promover, em determinado grau, a realização de um fim, escolher comportamento que cause restrição, em maior medida, a realização de outro fim, ou de outros fins. O dever de proporcionalidade decorre, por conseguinte, da própria positivação de um conjunto de princípios, a ser mais promovido que restringido. Assim, o dever de proporcionalidade não é independente, quanto ao fundamento, do conjunto de princípios, mas decorrente de sua proteção (ÁVILA, 2008, p.52).

Assim, no Brasil, existe uma corrente doutrinária que defende que a proporcionalidade prescinde de estar explicitamente positivada na legislação, pois se configura como arcabouço lógico de funcionamento do próprio ordenamento vigente, sobremaneira aquele ancorado na atual Constituição brasileira de 1988. Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 43) alude ao raciocínio que “a exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de colisão entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, mas da própria estrutura dos direitos fundamentais”. Paulo Bonavides (2004, p.426), referindo-se às ideias de Georg

Ress, aponta que a proporcionalidade, quando empregada como aporte interpretativo, antes opera como ferramenta hermenêutica principiológica, não se configurando um fim em si mesmo. Em síntese, expõe que:

(...) o princípio da proporcionalidade, enquanto máxima de interpretação, não representa nenhum critério material, ou seja, substantivo, de decisão, mas serve tão-somente para estabelecer, como diretiva procedimental, o processo de busca material da decisão, aplicado obviamente à solução de justiça do caso concreto específico.

Luís Roberto Barroso (2009, p. 375), por sua vez, aduz que a proporcionalidade não está de fato expressa na Constituição Federal, mas que se fundamenta no devido processo legal substantivo e no ideário de justiça, oportunizando ao Poder Judiciário proteger o interesse público e os direitos fundamentais por meio do controle de constitucionalidade comprometido com a realização dos fins propostos pelo texto constitucional.

No âmbito do texto legal constitucional, há o posicionamento de que proporcionalidade está positivada com caráter de princípio em artigos na própria Constituição Federal, como é o caso de “Suzana de Toledo Barros, Antonio Magalhães Gomes Filho, e de Carlos Affonso Pereira de Souza e Patrícia Regina Pinheiro Sampaio” (SILVA, 2002, p.42). Dentre os dispositivos constitucionais apontados, pode-se citar:

(...) os artigos 5º, II (legalidade), 5º, XXXV (inafastabilidade do controle jurisdicional), 1º, caput (princípio republicano), 1º, II (cidadania), 1º, III (dignidade). São ainda citados os institutos do *habeas corpus* (artigo 5º, LXII), assim como o direito de petição (artigo 5º, XXXIV, a) (SILVA, b, 2002, p.43).

Carlos Affonso Pereira de Souza e Patrícia Regina Pinheiro Sampaio ainda indicam a aplicação do princípio da proporcionalidade nas searas (2000): (a) dos direitos individuais (artigo 5º, inciso V da Constituição Federal), quanto ao direito proporcional de resposta frente a agravo sofrido; (b) do Direito Penal, quanto à individualização e à conformação proporcional das penas (artigo 5º, caput da Constituição Federal); (c) dos direitos sociais, ao definir a Carta Constitucional que o salário mínimo deve possibilitar uma existência digna, bem como piso salarial proporcional à extensão e complexidade do trabalho desenvolvido (artigo 7º, incisos

IV e V, da Constituição Federal); (d) estruturação do Estado, quando da hipótese da intervenção, que deve ser aplicada com proporcionalidade ao agravo cometido, nos termos do artigo 36, § 3º da Constituição Federal; (e) Tributária, quando da vedação constitucional à tributação com natureza confiscatória (artigo 150, IV), bem como a fixação, quando viável, de alíquotas condizentes com a capacidade contributiva (artigo 145, §1º, da Constituição Federal).

No âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), pode-se traçar um breve histórico do nascimento de construção contemporânea conceitual da proporcionalidade. Em 1953, no Recurso Extraordinário nº 18.331, cujo relator foi o Ministro Orozimbo Nonato, consignou-se que o direito de propriedade não poderia ser ameaçado frente ao poder de taxar excessivo, que inviabilizasse “a liberdade de trabalho, comércio e da indústria”; em 1968, o STF declarou inconstitucional norma presente na Lei de Segurança Nacional que determinava que o acusado de qualquer crime presente no referido diploma ficaria impedido de exercer atividade profissional ou privada. Tal norma foi considerada inconstitucional, pois foi reputada desproporcional a condenação, que retirando a viabilidade de percepção de renda para a subsistência do acusado, ameaçava por tabela o direito à vida e a existência digna. Podemos apontar tal decisão como um marco no movimento de reconhecimento da proporcionalidade como adendo implícito aos direitos fundamentais.

Outro caso apontado como referencial na doutrina acerca da aplicação da proporcionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal no contexto da ADIn 855-2, que tratou acerca do exame da constitucionalidade de lei nº 10.243/1993 do Paraná, que tinha como escopo a pesagem dos botijões de gás liquefeito (SILVA, 2017, p. 34). Abaixo, transcrita a ementa do julgamento da medida cautelar, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence:

Gas liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição a vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: arguição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e PARS., 25, PAR. 2., 238, além de violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da arguição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis a economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida.

(ADI 855 MC, Relator (a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/1993, DJ 01-10-1993 PP-20212 EMENT VOL-01719-01 PP-00071).

Gilmar Ferreira Mendes¹⁸ (2017, p. 228), fazendo alusão ao caso dos botijões de gás, aduz que o Supremo Tribunal Federal apontou lesão ao princípio da proporcionalidade quando considerou a inviabilidade técnica de realização da pesagem, assim como o impacto negativo do decorte das sobras de gás no preço, que oneraria sobremaneira o consumidor final, que iria ver embutido no preço do gás o custo da pesagem. Ademais, citando o voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence sobre a questão, infere que houve o juízo de adequação da medida bem como de sua necessidade, uma vez que as consequências foram reputadas demasiadamente onerosas e duvidosas para alcançar o efeito útil pretendido, potencialmente causando danos ao setor econômico do setor (MENDES, 2017, p. 229).

Adotando o mesmo caso como parâmetro, divergente entendimento acerca da decisão tomada no caso tem Virgílio Afonso da Silva, no artigo intitulado “O Proporcional e o Razoável” (2002). Segundo o referido autor, se o Supremo Tribunal Federal não procedeu à análise individualizada de algum dos sub-elementos da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), não se aplicou de fato o juízo de proporcionalidade (SILVA, 2002, p. 34).

(...) Se a balança desregula-se facilmente, basta que haja controle por parte do poder público. E o fato de o consumidor ter que andar até o veículo para acompanhar a pesagem pode até ser considerado incômodo, mas não altera em nada a efetividade da medida. A medida pode, portanto, ser considerada adequada para promover a defesa do consumidor, porque fomenta a realização dos fins visados (...) Como medida alternativa, sugeriu-se que a proteção ao

¹⁸ Lei n. 10. 243/1993:

Art. 1º: É obrigatória a pesagem, pelos estabelecimentos que comercializarem GLP – Gás Liquefeito de Petróleo, à vista do consumidor, por ocasião da venda de cada botijão ou cilindro entregue e também do recolhido, quando procedida à substituição.

Parágrafo único. Para efeito do disposto no caput deste artigo, os Postos revendedores de GLP, bem como os veículos que procedam à distribuição a domicílio, deverão portar balança apropriada para essa finalidade.

Art. 2º Verificada a diferença a menor entre o conteúdo e a quantidade líquida especificada no botijão ou cilindro, o consumidor terá direito a receber, no ato do pagamento, abatimento proporcional ao preço do produto.

Art. 3º Caso se constate, na pesagem do botijão ou cilindro que esteja sendo substituído, sobra de gás, o consumidor será ressarcido da importância correspondente, através de compensação no ato do pagamento do produto adquirido”

consumidor fosse feita por meio de controle do peso dos botijões por amostragem, realizado pelo Poder Público, como é atualmente feito. Alega-se que os consumidores são protegidos e que as empresas não se locupletam com o que resta de gás nos botijões recolhidos, porquanto tais sobras "são levadas em conta na fixação dos preços pelo órgão competente, beneficiando, assim, toda a coletividade dos consumidores finais". Mesmo em um cenário de preços controlados, o argumento não é suficiente para decidir pela desnecessidade da medida, uma vez que ela não exclui esse controle por amostragem, mas a ele se soma. Caso a medida se destinasse apenas a evitar locupletamento indevido por parte das empresas, poder-se-ia argumentar que o controle por amostragem seria não só menos restritivo à livre iniciativa, mas também tão ou mais eficiente do que a pesagem na frente do consumidor. Mas a exigência de pesagem tem também outra finalidade: proteger o consumidor individualmente, para que ele não pague pelo que não recebeu. E, para a consecução dessa finalidade, a exigência de pesagem é certamente mais eficiente do que o controle por amostragem. Nesse sentido, a exigência de pesagem na presença do consumidor pode ser considerada como necessária, nos termos da regra da proporcionalidade (...). Na análise da proporcionalidade em sentido estrito deve ser questionado se a proteção ao consumidor justificaria essa pequena limitação à liberdade de iniciativa. A proteção ao consumidor parece ter um peso maior do que uma restrição mínima à liberdade de iniciativa. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, decidiu de forma diversa (SILVA, 2002, p. 38-41).

Um terceiro exemplo que pode ser mencionado, no âmbito de decisão do Supremo Tribunal Federal, é acerca da aplicação da proporcionalidade quando do requerimento de compelir um pai presumido a realizar exame médico para que, por exclusão, um terceiro possa ver-se declarado pai de uma criança¹⁹. Estabeleceu-se, no relatório do voto do Ministro Relator, que se tratava de um conflito aparente entre o direito à identidade genética da criança e a dignidade do pai presumido, que não desejava se submeter a exame para afastar a paternidade ancorada em uma presunção legal. Diga-se aparente, pois para o fim esperado (identidade genética) não era necessário submeter o pai presumido a exame clínico, já que nos autos constavam perfis de DNA do terceiro (autor), da criança e da genitora. Sendo desnecessário tal exame para que ficasse claro que o terceiro era o pai genético da criança, se mostraria desproporcional compelir o pai presumido a se submeter a exame médico.

¹⁹ HC 76.060, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 15-05-1998.

Abaixo, transcrito trecho do voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence:

O que, entretanto, não parece resistir, que mais não seja, ao confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade—de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais—é que se pretenda constranger fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra presunção de que é titular.

É de sublinhar que efetivamente se cuidaria de simples **prova de reforço** de um fato que, de outro modo, se pode comprovar.

Com efeito. A revolução, na área da investigação da paternidade, da descoberta do código genético individual, em relação ao velho cotejo dos tipos sanguíneos envolvidos, está em que o resultado deste, se prestava apenas e eventualmente à exclusão da filiação questionada, ao passo que o DNA leva sabidamente a resultados positivos de índices probabilísticos tendentes à certeza.

Segue-se daí a prescindibilidade, em regra, de ordenada coação do paciente ao exame hematológico, à busca da exclusão de sua paternidade presumida, quando a evidência positiva da alegada paternidade genética do autor da demanda pode ser investigada sem a participação do réu (...)

4 PROPORCIONALIDADE, CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E ESTUDOS DE CASO

Neste capítulo serão abordadas as convergências entre o controle de constitucionalidade e aplicação da Proporcionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal e, por fim, será feito um levantamento de ementas para análise jurisprudencial de aplicação da proporcionalidade no âmbito do órgão Pleno do Supremo Tribunal Federal, no período de 27/11/2012 a 27/11/2017.

4.1 Controle de Constitucionalidade no Brasil.

Nos Estados de Direito, que estruturam o fundamento formal de seu ordenamento normativo em modelo escalonado de hierarquia de normas positivas, adota-se a Constituição, ou norma fundamental, como fundamento de validade dos atos emanados sobre sua vigência.

O controle de constitucionalidade é um desses mecanismos, provavelmente o mais importante, consistindo na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição. Caracterizado o contraste, o sistema prevê um conjunto de medidas que visam a sua superação,

restaurando a unidade ameaçada. A declaração de inconstitucionalidade consiste no reconhecimento da invalidade de uma norma e tem por fim paralisar sua eficácia (BARROSO, 2016, p. 23).

Quando se estiver diante de uma inconstitucionalidade propriamente dita, ela poderá ser formal, caso o ato tenha sido produzido contrariamente às normas de competência ou procedimentais pré-estabelecidas pelo texto normativo, ou material, quando a contrariedade for perante norma de caráter substantivo, em caráter *latu sensu* (regras e princípios) (BARROSO, 2016, p. 48).

O intérprete, antes de ter chegado ao exame da conduta propriamente regulada na lei, terá, porém, de ter verificado se foram observadas, na elaboração da lei em si, as normas sobre procedimento legislativo, bem assim sobre a competência legislativa, objetivando detectar algum vício de índole formal, deve ser arguido como categoria própria. Somente após essas análises deve seguir rumo a um controle material de restrição (BARROS, 2000, p. 180).

Ainda, podemos analisar a inconstitucionalidade sobre o prisma de uma ação ou de uma omissão dos Poderes estatais reputadas contrárias aos comandos constitucionais.

A Constituição é uma norma jurídica. Atributo das normas jurídicas é a sua imperatividade. Não é próprio de uma norma constitucional, nem de qualquer norma jurídica, sugerir, recomendar, alvitrar. Normas jurídicas contêm comandos. A maior parte dos comandos constitucionais se materializa em normas cogentes, que não podem ter sua incidência afastada pela vontade das partes, como ocorre, no âmbito privado, com as normas dispositivas. As normas cogentes se apresentam nas versões proibitiva e preceptiva, vedando ou impondo determinados comportamentos, respectivamente. É possível, portanto, violar a Constituição praticando um ato que ela interditava ou deixando de praticar um ato que ela exigia. Porque assim é, a Constituição é suscetível de violação por via de ação, uma conduta positiva, ou por via de uma omissão, uma inércia ilegítima (BARROSO, 2016, p.53).

Relativamente à construção propriamente dita de modelos de constitucionalidade, pode-se adotar como parâmetro àqueles formatados no âmbito das construções jurídicas norte-americanas, austríacas e francesas, estruturadas quanto: (a) aos órgãos de controle (de caráter político ou judicial); (b) ao momento em que o controle é exercido (controle preventivo e repressivo) e (c) quanto ao órgão judicial que exerce o controle (controle difuso e concentrado).

O Constitucionalismo moderno adota basicamente três grandes modelos quanto ao controle de constitucionalidade: o americano, o austríaco e o francês. O modelo americano, cujo marco inicial é a decisão proferida em *Marbury v. Madison* (1803), tem por característica essencial o fato de o controle ser exercido de maneira difusa por todos os juízes e tribunais, no desempenho ordinário de sua função jurisdicional. O modelo austríaco, introduzido pela Constituição daquele país em 1920, e disseminado na Europa após a 2ª Guerra Mundial, sobretudo pelo prestígio do Tribunal Constitucional Federal alemão, tem como elemento característico a criação de um órgão próprio — a Corte Constitucional — ao qual se atribui competência para, concentradamente, manifestar-se acerca da constitucionalidade das leis. Nesse sistema, como regra geral, juízes e tribunais suspenderão o processo no qual tenha sido feita a arguição plausível de inconstitucionalidade de determinada norma, remetendo a questão para ser decidida pelo Tribunal Constitucional. Após o pronunciamento acerca da questão constitucional, retoma-se a tramitação do processo perante o juízo ou tribunal competente. O modelo francês tem por traços fundamentais seu caráter não jurisdicional e prévio, sendo o controle exercido pelo Conselho Constitucional (BARROSO, 2016, p. 63).

No âmbito judicial, na Constituição Federal de 1988, existe um sistema híbrido que combina, numa exposição geral, o controle incidental e difuso, decorrente da influência norte-americana, e o controle por via principal e concentrado, oriundo da EC n. 16/65, que sofreu influência do direito continental europeu (BARROSO, 2016, p. 87).

O controle incidental, também chamado de *incidenter tantum*, ocorre quando se afere a constitucionalidade de um dispositivo especificamente aplicado a um caso concreto, sendo considerada como questão prejudicial, ou seja, que precisa primeiro ser decidida para a resolução por inteiro da lide. No Brasil, o controle incidental é realizado de maneira difusa, cabendo a todos os órgãos que exercem tipicamente a função jurisdicional²⁰ (BARROSO, 2016, p.72).

²⁰ No controle incidental de constitucionalidade, deve-se atentar, por força do princípio da reserva de plenário (art. 97, CF/88). Sobre a questão, pontua Luiz Roberto Barroso (2016, p. 122): “Singolarmente, a faculdade do juízo monocrático de primeiro grau de negar aplicação à norma que repete inconstitucional é desempenhada com mais plenitude e singeleza que a competência dos tribunais para a mesma providência. É que, para a declaração incidental de inconstitucionalidade, os tribunais sujeitam-se ao princípio da reserva de plenário (CF, art. 97)— sendo vedada aos órgãos fracionários, como câmaras ou turmas, a declaração de inconstitucionalidade — e a um procedimento específico, ao qual estão sujeitos os tribunais de 2o grau (Tribunais de Justiça dos Estados, no âmbito da justiça estadual, e Tribunais Regionais Federais, no âmbito da justiça federal comum) e os tribunais superiores, inclusive o Superior Tribunal de Justiça”.

O controle incidental de constitucionalidade é um controle exercido de modo difuso, cabendo a todos os órgãos judiciais indistintamente, tanto de primeiro como de segundo grau, bem como aos tribunais superiores. Por tratar-se de atribuição inerente ao desempenho normal da função jurisdicional, qualquer juiz ou tribunal, no ato de realização do Direito nas situações concretas que lhes são submetidas, tem o poder-dever de deixar de aplicar o ato legislativo conflitante com a Constituição.

No controle por via principal, por sua vez, que foi instituído no contexto europeu continental, no contexto dos Tribunais Constitucionais, afere-se a validade da lei e sua consonância constitucional em abstrato. Em regra, é utilizado para examinar a compatibilidade constitucional da norma, mas também serve de instrumento para a Corte Constitucional concluir pela inconstitucionalidade em razão de omissão ou de inércia ilegítima quando da edição de norma determinada pela Constituição Federal (BARROSO, 2016, p.73).

Trata-se de controle exercido fora de um caso concreto, independente de uma disputa entre partes, tendo por objeto a discussão acerca da validade da lei em si. Não se cuida de mecanismo de tutela de direitos subjetivos, mas de preservação da harmonia do sistema jurídico, do qual deverá ser eliminada qualquer norma incompatível com a Constituição (BARROSO, 2016, p.73).

Através da via principal ocorre o controle concentrado, que se dá quando há atribuição a um órgão ou grupo específico para aferição da constitucionalidade dos dispositivos debatidos.

O controle concentrado de constitucionalidade tem sua origem no modelo austríaco, que se irradiou pela Europa, e consiste na atribuição da guarda da Constituição a um único órgão ou a um número limitado deles, em lugar do modelo americano de fiscalização por todos os órgãos jurisdicionais (sistema difuso). No caso brasileiro, a Constituição prevê a possibilidade de controle concentrado, por via principal, a ser desempenhado:

a) no plano federal, e tendo como paradigma a Constituição da República, pelo Supremo Tribunal Federal, na ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, na ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (art. 102, I, a) e na ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2o);

b) no plano estadual, e tendo como paradigma a Constituição do Estado, pelo Tribunal de Justiça, na representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais (art. 125, § 2o) (BARROSO, 2016, p.194).

Feita esta breve digressão acerca do modelo de controle de constitucionalidade vigente atualmente no Brasil, nos termos da Constituição Federal de 1988, passa-se a explanar a aplicação da proporcionalidade no uso do expediente do controle de justificabilidade e o controle de evidência nas matérias de cunho constitucional submetidas ao Supremo Tribunal Federal. Como parâmetro de uma análise bem delineada do controle de justificabilidade e de evidência realizado pela referida Corte, far-se-á a análise do *Habeas Corpus* 102.087/MG, proferido no âmbito da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal²¹. Em suma foi discutido se o porte de uma arma, mesmo desmuniada e sem acessibilidade de munição, configuraria conduta punível em decorrência de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, previsto na Lei do Desarmamento (Lei 10.826/2003)²².

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. MANDADOS 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. Mandados constitucionais de criminalização: A Constituição de 1988 contém 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 é possível identificar um mandado de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas 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 seu devido cumprimento, o

²¹ A questão material penal tratada não reflete concordância da autora desta monografia quanto a punibilidade do porte de arma de fogo sem munição, servindo tão somente para demonstrar aplicação técnica da proporcionalidade e de controles de constitucionalidade, nos moldes da Corte Constitucional Alemã.

²² Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente. (Vide Adin 3.112-1).

dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente (...)

2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional (...)

(HC 102087, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012, DJe-159 DIVULG 13-08-2012 PUBLIC 14-08-2012 REPUBLICAÇÃO: DJe-163 DIVULG 20-08-2013 PUBLIC 21-08-2013 EMENT VOL-02699-01 PP-00001).

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes sugere que não apenas o Tribunal promova o controle incidental do caso concreto levado à Corte na ocasião do julgamento do *Habeas Corpus*, mas também que afira a constitucionalidade em abstrato da norma penal, com efeito direto sobre a atividade legiferante de criação de tipos legais.

Ipsa facto, deverá o juiz, diante das circunstâncias específicas do caso concreto que lhe foi posto para julgamento, aferir o grau de potencial ou efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal, para só então aferir a tipicidade (material) da conduta supostamente criminosa. A simples adequação formal fato/norma não é suficiente para qualificar a conduta do agente. Não tenho a intenção de repisar todos os argumentos que já foram objeto de voto dos eminentes ministros desta Corte. Não obstante, creio que o Tribunal pode evoluir nessa fundamentação, para consagrar o princípio da lesividade, intrinsecamente conectado com o princípio da proporcionalidade, como limite não apenas à atividade judicial de interpretação/aplicação, mas também à própria atividade legislativa

de criação/conformação dos tipos legais incriminadores, o que estaria a possibilitar o exercício de fiscalização, por parte da Jurisdição Constitucional, da constitucionalidade das leis em matéria penal (fl. 88).

Sobre a perspectiva da proteção que goza os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, e especificamente na seara do direito constitucional brasileiro contemporâneo, aduz o Ministro Relator para Acórdão que o constituinte originário brasileiro teceu mandados de criminalização expressos, aqui entendidos como comandos constitucionais de que certas condutas devem resultar em sanção penal por ser caráter lesivo aos direitos individuais e até coletivos (como os crimes ambientais, por exemplo), e que por essa razão, o Estado deve prover uma espécie de zelo ao dever de segurança aos indivíduos perante uma conduta lesiva de um terceiro. Tal construção de “dever de segurança” foi projetada pela Corte Constitucional alemã e, nos dizeres do Ministro Gilmar Mendes, é aplicável a realidade jurídica brasileira.

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*) (...) Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção: a) dever de proibição (*Verbotspflicht*), consistente no dever de se proibir uma 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 (*Risikopflicht*), 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 (fls.91-92).

Levando-se em consideração esse dever de segurança, cabe ao Poder Judiciário mensurar se o Estado está sendo omissivo, quando provém a chamada “proibição de proteção suficiente” (*Untermassverbot*), aferindo com base na proporcionalidade a adequação da medida para a proteção do direito fundamental, a existência de medidas menos gravosas que porventura promovam essa proteção, e o grau de realização da medida legislativa frente ao grau de realização do direito resguardado.

Assim, na dogmática alemã, é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como *proibição de excesso* (*Übermassverbot*) e como *proibição de proteção deficiente* (*Untermassverbot*). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como proibições de intervenção. O ato não será *adequado* caso não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será *necessário* na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito* se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção (fl. 93).

Partindo das construções jurisprudenciais da Corte Constitucional Alemã, afirma o Ministro Gilmar Mendes que “a proibição de excesso (*Übermassverbot*) funciona como limite máximo, e a proibição de proteção insuficiente, (*Untermassverbot*) como limite mínimo da intervenção legislativa penal” (fl.95). Se referindo expressamente à proporcionalidade em sentido estrito integrante da máxima proposta por Alexy, o Ministro justifica o transbordamento do controle da constitucionalidade no caso em estudo, pelo viés concentrado, com o fim de construção de um controle mais consistente da constitucionalidade das leis penais, baseados em níveis de intensidade, tais quais os controles de evidência (*Evidenzkontrolle*), de justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*) e controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*).

A tarefa do Tribunal Constitucional é, portanto, a de fiscalizar a legitimidade constitucional da atividade legislativa em matéria penal, lastreado pelo princípio da proporcionalidade, seguindo, dessa forma, a máxima: quanto mais intensa seja a intervenção legislativa penal em um direito fundamental, mais intenso deve ser o controle de sua constitucionalidade realizado pelo Tribunal Constitucional (...) 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. Na famosa decisão (Urteil) Mitbestimmungsgesetz, do Primeiro Senado, de 1º de março de 1979, prolatada na audiência de 28, 29 e 30 de novembro e 1º de dezembro de 1978 – BVerfGE 50, 290 –, o Tribunal Constitucional alemão distinguiu os seguintes graus de intensidade do controle de constitucionalidade das leis: a) controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); c) controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*) (fl.96-97).

Quanto ao controle de evidência, entende-se que as medidas devem ser eficazes para garantirem o resguardo do bem jurídico, somente devendo ser reputadas inconstitucionais quando insubsistentes aos fins estabelecidos. Para se reputar a inconstitucionalidade de alguma medida legislativa, deve-se estar patente que o meio escolhido não é apto a produzir os efeitos perseguidos pela norma.

Assim, um controle de evidência em matéria penal será exercido pelo Tribunal com observância da ampla margem de avaliação, valoração e conformação conferida constitucionalmente ao legislador quanto à adoção das medidas mais adequadas para a proteção do bem jurídico penal. Uma eventual declaração de inconstitucionalidade deve basear-se na patente inidoneidade das medidas escolhidas pelo legislador para os objetivos perseguidos pela política criminal (fl.98).

O controle de justificabilidade, por sua vez, leva em consideração a capacidade de sustentação lógica da medida, de sua aplicação para os objetivos propostos pela norma, através da utilização de uma gama de conhecimentos interdisciplinares específicos sobre a questão tratada no momento da promulgação da lei. Uma norma que tenha efeitos muito incertos no futuro, que conta com aporte técnico impreciso para o tratamento de suas implicações na *práxis*, e que possua uma abertura constitucional muito ampla quanto à prerrogativa de opções legislativas, tende a apresentar um controle de justificabilidade mais brando por parte do Poder Judiciário quando da análise de sua constitucionalidade (ÁVILA, 2004, p. 382).

O Ministro relator traça o paralelo entre o controle de justificabilidade empregado no caso do porte de arma desmuniada, com a discussão ocorrida no âmbito da Corte Constitucional alemã relativa ao caso *Cannabis*, no qual se assentou a constitucionalidade da fixação de tipo penal quanto à percepção e ao porte de produtos oriundos da planta conhecida popularmente como maconha.

No caso, o *Bundesverfassungsgericht*, após analisar uma grande quantidade de dados e argumentos sobre o tema, reconhece que ainda não estaria concluída, à época, a discussão político-criminal a respeito da melhor alternativa para se alcançar a redução do consumo de *cannabis* poderia: por meio da penalização ou da liberação da conduta. E, justamente devido à incerteza quanto ao efetivo grau de periculosidade social do consumo da *cannabis* e à polêmica existente, tanto no plano científico como no político-social, em torno da eficácia da intervenção por meio do direito penal, é que não se poderia reprovar, do ponto de vista de sua constitucionalidade, a avaliação realizada pelo legislador, naquele

estágio do conhecimento, a respeito da adequação e da necessidade da medida penal (fl.102).

Frente a esse quadro de deficiência informacional quanto às razões que levaram a edição de alguma norma da forma como foi feita, o Ministro elucida que o julgador deve, em especial no âmbito penal,

(...) inteirar-se dos diagnósticos e prognósticos realizados pelo legislador para a confecção de determinada política criminal, pois é este conhecimento dos dados da realidade – os quais serviram de pressuposto da atividade legislativa – que lhe permitirá averiguar se o órgão legislador utilizou-se de sua margem de ação de maneira sustentável e justificada (fl.103)

Por fim, há controle material intensivo, no qual o julgador procede ao exame da proporcionalidade em sentido estrito, realizando a análise do mérito da ponderação dos bens feita pelo legislador, e decidindo sobre a sua persistência ou afastamento (fl. 105).

Assim, no exercício do controle material intensivo, o Tribunal verifica se a medida penal – que *prima facie* constitui uma intervenção em direitos fundamentais – mantém uma relação de proporcionalidade com as metas fixadas pela política criminal, destinadas, ao fim e ao cabo, à promoção da segurança e da incolumidade públicas, enfim, da paz social (...). 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 no 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 (fl. 95-96).

4.2 Jurisprudência no Pleno do Supremo Tribunal Federal entre 27/11/2012 e 27/11/2017 envolvendo o termo “Proporcionalidade em sentido estrito”

Foi realizada a pesquisa junto ao sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, na aba “jurisprudência”. O campo foi “proporcionalidade em sentido estrito”, nas decisões realizadas no âmbito do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Selecionou-se tal termo, na busca de localizar decisões em se tenha feito a análise

da proporcionalidade em sua acepção mais ampla (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Foram localizadas dezenove decisões com busca pelo termo “proporcionalidade em sentido estrito”: ADI 907 / RJ, ADC 41 / DF, ADI 3735 / MS, ADI 5468 / DF, RE 601314 / SP, ADI 2859 / DF, ADI 5394 MC / DF, ADPF 291 / DF, ADI 5311 MC / DF, HC 123108 / MG, HC 123734 / MG, HC 123533 / SP, RE 586224 / SP, HC 122694 / SP, ADI 4947 / DF, ADI 5020 / DF, ADI 5136 MC / DF, RE 583523/RS, AP 470 / MG.

As decisões inscritas nas decisões exaradas no contexto da ADI 3735 / MS, RE 601314 / SP, ADI 2859 / DF, ADI 5394 MC / DF, ADPF 291 / DF, ADI 5311 MC / DF, RE 586224 / SP, ADI 4947 / DF, ADI 5020 / DF e AP 470 / MG não serão analisadas no presente trabalho, pois não foi realizada a análise da proporcionalidade em seus contextos.

4.2.1 RE 583523/RS: Não recepção pela Constituição Federal de 1988 do art.25 da Lei de Contravenções Penais (Julgamento em 03/10/2013 com acórdão divulgado em 21/10/2014)

Esta decisão gerou Repercussão Geral (09/12/2015), arquitetando o entendimento acerca da não recepção pelo Constituição Federal de 1988 do art. 25 da Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei 3.688/1941)²³, por violação dos princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e da isonomia (CF, art. 5º, caput e I).

Para estudo de aplicação da proporcionalidade ao caso em análise, expõe brevemente o voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes. Nele, o Ministro faz referência à sua relatoria nos autos do HC 104.410 (Porte ilegal de arma de fogo desmuniada), infirmando que o princípio da lesividade serve como parâmetro a aplicação proporcional não só quanto à atividade jurisdicional, mas também quanto à produção legislativa, no binômio criação/conformação dos tipos penais. Aduz que:

²³ Art. 25. Ter alguém em seu poder, depois de condenado, por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima:

Pena – prisão simples, de dois meses a um ano, e multa de duzentos mil réis a dois contos de réis.

O ato não será adequado caso não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção (fl.15).

Ponderando acerca do controle de justificação sobre o dispositivo atacado, aduz o Ministro sobre a mudança paradigmática que acompanhou Constituição Federal de 1988: em uma ordem democrática, não se deve praticar institucionalmente o direito penal do autor, mas sim, o direito penal do fato, no qual a conduta do agente é passível de persecução penal. A tese do direito penal do autor lesa indelevelmente a dignidade humana do acusado, que sofre os efeitos da tutela penal em razão de sua personalidade, é tratado de forma desigual e discriminatória por ser “vadio”. Ademais, aplica-se ao caso concreto a análise da etapa dos sub-elementos da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), concluindo que o dispositivo deve ser definitivamente afastado, por não atender a nenhum parâmetro da proporcionalidade de forma satisfatória a justificar a restrição na liberdade do indivíduo.

Sob o enfoque do princípio da proporcionalidade, a norma impugnada não se mostra adequada porque não protege o direito fundamental de maneira ótima, na medida em que o bem jurídico que o legislador pretendia defender – o patrimônio e a incolumidade pública, está restrito, de forma discriminatória, às pessoas descritas no tipo (vadio ou mendigo, bem como reincidente em crime de furto ou roubo ou sujeito à liberdade vigiada). A contrario sensu, conclui-se, pelo texto da lei, que é permitido a uma pessoa, que não se enquadre nas condições específicas do tipo, possuir tranquilamente “gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto”. Também, a medida não é necessária porquanto a própria lei, ao limitar a aplicação do tipo apenas à determinados agentes, demonstra que a tipificação penal pode ser suprida por outras medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental. Caso a contravenção penal fosse realmente imprescindível e necessária para proteção do bem jurídico que a lei pretendia resguardar, o legislador teria criado a infração para punir todos que portassem os instrumentos descritos no tipo incriminador. Ademais, verifico que a contravenção penal em questão viola o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, pois o grau de satisfação do fim legislativo – a punição de uma conduta apenas quando realizada por pessoas determinadas segundo critérios discriminatórios (condenação anterior ou condição

social e econômica) – demonstra ser inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção (fl.23).

4.2.2 ADI 5136 MC/DF: Ação direta de inconstitucionalidade §1º do art. 28 da Lei n. 12.663/2012²⁴ (“Lei Geral da Copa”) (Julgamento em 01/07/2014 com Acórdão divulgado em 29/10/2014).

Foi considerada válida a ponderação feita pelo legislador quando da edição de restrições a manifestações que poderiam gerar tumultos e comprometer a segurança dos participantes de eventos esportivos de grande monta. A liberdade de expressão foi mitigada com base na regra da Proporcionalidade, pois manifestações capazes de gerar tumulto, como por exemplo, provocações entre torcedores com emprego de xingamentos ou termos xenófobos, poderiam suscitar confronto potencialmente lesivo à incolumidade pública.

4.2.3 HC 122694/SP: Habeas Corpus envolvendo prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, com base em pena aplicada em sentença (Julgamento em 10/12/2014 com Acórdão divulgado em 18/02/2015).

Considerou-se proporcional a iniciativa do legislador em editar a Lei nº 12.234/10, que vedou o termo inicial da prescrição em momento anterior à denúncia

²⁴ Lei 12.663/2012, Art. 28. São condições para o acesso e permanência de qualquer pessoa nos Locais Oficiais de Competição, entre outras:

- I - estar na posse de Ingresso ou documento de credenciamento, devidamente emitido pela FIFA ou pessoa ou entidade por ela indicada;
- II- não portar objeto que possibilite a prática de atos de violência;
- III - consentir na revista pessoal de prevenção e segurança;
- IV - não portar ou ostentar cartazes, bandeiras, símbolos ou outros sinais com mensagens ofensivas, de caráter racista, xenófobo ou que estimulem outras formas de discriminação;
- V- não entoar xingamentos ou cânticos discriminatórios, racistas ou xenófobos;
- VI- não arremessar objetos, de qualquer natureza, no interior do recinto esportivo;
- VII- não portar ou utilizar fogos de artifício ou quaisquer outros engenhos pirotécnicos ou produtores de efeitos análogos, inclusive instrumentos dotados de raios laser ou semelhantes, ou que os possam emitir, exceto equipe autorizada pela FIFA, pessoa ou entidade por ela indicada para fins artísticos;
- VIII - não incitar e não praticar atos de violência, qualquer que seja a sua natureza;
- IX- não invadir e não incitar a invasão, de qualquer forma, da área restrita aos competidores, Representantes de Imprensa, autoridades ou equipes técnicas; e
- X- não utilizar bandeiras, inclusive com mastro de bambu ou similares, para outros fins que não o da manifestação festiva e amigável.

§ 1º É ressaltado o direito constitucional ao livre exercício de manifestação e à plena liberdade de expressão em defesa da dignidade da pessoa humana.

§ 2º O não cumprimento de condição estabelecida neste artigo implicará a impossibilidade de ingresso da pessoa no Local Oficial de Competição ou o seu afastamento imediato do recinto, sem prejuízo de outras sanções administrativas, civis ou penais.

ou queixa. Depreende-se da ementa da decisão que o Tribunal considerou compreendido, na Liberdade de conformação do legislador, a fixação de prescrição para fins penais a partir do recebimento da denúncia, não obstante a prescrição punitiva, na modalidade retroativa, com base na pena estabelecida em sentença.

Exame da proporcionalidade em sentido amplo. Submissão da alteração legislativa aos testes da idoneidade (adequação), da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Constitucionalidade reconhecida. Liberdade de conformação do legislador. Inexistência de ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), da humanidade da pena, da culpabilidade, da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF), da isonomia (art. 5º, II, CF) e da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF) (...) A Lei nº 12.234/10, ao dar nova redação ao art. 110, § 1º, do Código Penal, não aboliu a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, fundada na pena aplicada na sentença. Apenas vedou, quanto aos crimes praticados na sua vigência, seu reconhecimento entre a data do fato e a do recebimento da denúncia ou da queixa. 2. Essa vedação é proporcional em sentido amplo e não viola os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), da humanidade da pena (art. 5º, XLVII e XLIX, CF), da culpabilidade, da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF), da isonomia (art. 5º, II, CF) ou da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF). 3. A Lei nº 12.234/10 se insere na liberdade de conformação do legislador, que tem legitimidade democrática para escolher os meios que reputar adequados para a consecução de determinados objetivos, desde que eles não lhe sejam vedados pela Constituição nem violem a proporcionalidade. 4. É constitucional, portanto, o art. 110, § 1º, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.234/10. 5. Ordem de habeas corpus denegada.

4.2.4 HC 123533/SP: *Habeas Corpus* envolvendo princípio da insignificância no caso furto tentado com reincidência (Julgamento em 03/08/2015 com Acórdão divulgado em 17/02/2016)

Neste caso específico, a proporcionalidade é mencionada genericamente, como cabimento hipotético no caso de afastamento do princípio da insignificância, sendo referido, na ementa, que “eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade”.

4.2.5 HC 123734/MG: *Habeas Corpus* envolvendo princípio da insignificância no caso de furto tentado com réu primário (Julgamento em 03/08/2015 com Acórdão divulgado em 01/02/2016)

A proporcionalidade é mencionada nos mesmos moldes da ementa do HC 123533/SP.

4.2.6 HC 123108/MG: *Habeas Corpus* envolvendo princípio da insignificância no caso de furto simples com reincidência (Julgamento em 03/08/2015 com Acórdão divulgado em 29/01/2016)

A proporcionalidade é mencionada nos mesmos moldes da ementa do HC 123533/SP.

4.2.7 ADI 5468: Ação Direta de Inconstitucionalidade quanto à Controle Orçamentário pelo Poder Legislativo (Julgamento em 30/06/2016 com Acórdão divulgado em 01/08/2017)

Neste caso, foi suscitado desproporcionalidade e abuso de poder parlamentar quando do controle, em sede parlamentar, em face de proposta de orçamento encaminhado pela Justiça do Trabalho. Foi considerado que, sobre o prisma da proporcionalidade, não houve abuso parlamentar, uma vez que a redução orçamentária foi decorrente de crise econômica e fiscal.

4.2.8 ADC 41 / DF: Ação Declaratória de Constitucionalidade referente à reserva de vagas para negros em concursos públicos (Julgamento em 08/06/2017 com Acórdão divulgado em 16/08/2017)

A lei 12.990/2014, que determina a “Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União” foi considerada integralmente constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. A decisão foi fundamentada em suma: (a) na

isonomia dos candidatos, haja vista medidas como as cotas buscarem superar o racismo estrutural que atinge as pessoas afrodescendentes, e proporcionar aos cidadãos, seja de qual etnia for, gozarem de igualdade no gozo dos bens sociais; (b) ausência de ofensa ao princípio da eficiência, pois a reserva de vaga não isenta o candidato negro de alcançar as pontuações exigidas para a aprovação no concurso;

Quanto a questão da proporcionalidade, surge questionamento no contexto da decisão se a concessão de quotas raciais em outras seleções, como aquela realizada para o ingresso em curso superior, tornaria as cotas em concursos dispensáveis ou desproporcionais em sentido estrito. É feito, quanto a esta questão, um juízo negativo da matéria, apresentada a justificabilidade da razão pela qual as cotas não são desproporcionais em sentido estrito. Colhe-se da ementa do referido julgado:

(...) (i) nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; (ii) ainda quando haja essa exigência, os beneficiários da ação afirmativa no serviço público podem não ter sido beneficiários das cotas nas universidades públicas; e (iii) mesmo que o concorrente tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de cotas, há outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade nos concursos públicos, justificando a política de ação afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014 (...).

4.2.9 ADI 907 / RJ: Ação Direta de Inconstitucionalidade referente à Lei Estadual nº 2.130/1993, do Rio de Janeiro (Julgamento em 01/08/2017 com Acórdão divulgado em 23/11/2017)

Esse caso foi analisado no item 3.2 deste trabalho, quando se fez uma remissão à influência do modelo adotado pela Corte Constitucional Alemã nas decisões do Supremo Tribunal Federal, no qual a proporcionalidade é estruturada na análise trifásica da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da medida questionada. Considerou-se, em resumo, que compelir, mediante uma sanção administrativa, os mercados a manterem em seus quadros empacotadores, se mostrava inadequado, porquanto não promovia a proteção dos direitos dos consumidores, mas tão-somente provia um eventual conforto maior na realização das compras; desnecessária, pois passível de substituição por processo mecânico; e desproporcional em sentido estrito, uma vez que tinha o condão de falir pequenos

negócios, que seriam onerados sem razão, conforme demonstrou a análise dos sub-elementos anteriores.

5 CONCLUSÃO

Ao longo desta monografia, houve a percepção que a Proporcionalidade tem uma estrita ligação com o Estado de Direito quando surge modernamente no ramo do direito administrativo, como marco lógico que o próprio Estado tem sua limitação de atuação frente aos administrados, baseada nos direitos legalmente assegurados.

Com a ampliação do catálogo de direitos, e a consagração do Estado Democrático de Direito, em especial a partir do período pós Segunda Guerra Mundial, a Proporcionalidade se estende à seara constitucional de diversos países ocidentais, servindo precipuamente a garantir os direitos mais caros à sociedade, os direitos fundamentais, e postulando a exigência mais premente de um Estado respeitador e realizador da ordem normativa. Com uma Constituição que prime pela realização material das garantias nela inscritas, resta-se lógico que o Poder Público aja com ponderação frente os conflitos com direitos e deveres envolvidos.

No contexto brasileiro, assim como em outros países, percebe-se a aplicação jurisdicional da Proporcionalidade aplicada às questões de cunho constitucional após os anos de 1950, influenciada sobremaneira pelas matrizes norte-americana e alemã. Percebeu-se pela pesquisa que, além da referência a tais países, o Supremo Tribunal Federal utilizou, ao longo das décadas, as denominações Proporcionalidade e Razoabilidade como sinônimas. Partiu-se da perspectiva, nesse contexto, que Proporcionalidade e Razoabilidade, na seara de aplicação ao controle de constitucionalidade, são diferenciáveis em razão de suas origens.

Em resumo, aferiu-se que a Razoabilidade provém da cláusula do devido processo legal substancial nos Estados Unidos, onde a Suprema Corte buscou aplicar materialmente o respeito aos direitos individuais e as liberdades garantidas aos integrantes sociais, no âmbito processual. A Proporcionalidade, por sua vez considerada sobre a perspectiva da sistematização da Corte Constitucional Alemã, instituída no período pós Segunda Guerra, e a máxima da proporcionalidade estruturada por Alexy, conduz a uma solução jurídica pautada na observação lógica da conformação da norma aos postulados da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Frente essa exposição, e com base em excertos jurisprudenciais, percebeu-se certa tendência do Supremo Tribunal Federal

a utilizar a Razoabilidade para justificar decisões em que se promoveram o respeito aos direitos inerentes ao exercício de ação (art. 5º, LIV) e a Proporcionalidade para fixação de um padrão lógico de controle constitucional, baseado na adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Sequencialmente, abordou-se a natureza que a Proporcionalidade assume quando se utiliza a máxima de proporcionalidade de Robert Alexy, cunhada durante o estudo do autor sobre a jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. Percebeu-se que ela não adota, tipicamente, nem a natureza de princípio e nem de regra, mas sim se estabelece como técnica de gradação dos conteúdos normativos nos casos concretos em que é aplicada, suscitando uma coerência lógica entre os valores constitucionalmente consagrados e o conteúdo legal fixado pelo legislador ordinário.

Por fim, se estabeleceu a relação entre controle propriamente dito de constitucionalidade, Proporcionalidade e forma de aplicação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Depreendeu-se uma intrínseca relação entre o controle concentrado de constitucionalidade e Proporcionalidade, através especialmente das ferramentas de controle de evidência e controle de justificação. No controle de evidência, é mensurado o juízo de eficácia da medida quanto ao objetivo proposto. No controle de justificação, por sua vez, busca-se a razão de ser da opção legislativa em seu impacto no meio social e em aportes científicos sobre a questão fática envolvida. Para refletir sobre a aplicação contemporânea da Proporcionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal e o emprego da máxima da proporcionalidade de Alexy, empregou-se um estudo de jurisprudência no período dos últimos cinco anos (2012-2017), colhendo-se decisões no âmbito do Pleno com o termo “proporcionalidade em sentido estrito”. Escolheu-se esse termo-chave de pesquisa pois ele oportunizaria o retorno de dados nos quais a Proporcionalidade poderia se desdobrar na totalidade de seus três elementos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). A pesquisa revelou que no período de referência, a Proporcionalidade foi mencionada com certa carga genérica em algumas decisões, transmitindo a ideia de razoabilidade da medida. Porém em especial, nas decisões do RE 583523/RS (Não recepção pela Constituição Federal de 1988 do art.25 da Lei de Contravenções Penais), 5136 MC/DF (constitucionalidade do §1º do art. 28 da Lei n. 12.663/2012 (“Lei Geral da Copa”)), HC 122694/SP (*Habeas Corpus envolvendo prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, com base em pena aplicada em sentença*), ADC 41 / DF

(Ação Declaratória de Constitucionalidade referente à reserva de vagas para negros em concursos públicos), ADI 907 / RJ (Ação Direta de Inconstitucionalidade referente à Lei Estadual nº 2.130/1993, do Rio de Janeiro), deduziu-se: (a) realização de controle da concordância lógica das medidas estatais com o texto constitucional assentado em alguns ou todos os sub-elementos da Proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito); (b) aplicação explícita ou implícita do juízo de evidência e de justificação no âmbito do controle de constitucionalidade.

Considerando que os controles de evidência e justificabilidade são construções da sistemática constitucional alemã, intrinsecamente conectada ao critério de correção da medida de Proporcionalidade projetada por Robert Alexy, concluiu-se que o Supremo Tribunal Federal se utiliza da máxima da ponderação em suas resoluções jurisprudenciais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. Tradução de Jorge Alexander Portocarrero Quispe com colaboração de Carlos Bernal Pulido. **Revista Española de Derecho Constitucional**, La Rioja, Espanha, v. 91, p.11-29, jan. 2011. Quadrimestral. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/Roberto-Alexy-Los-derechos-fundamentales-y-el-principio-de-proporcionalidad.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

_____. **Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do Direito**. Organização de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (Teoria e direito público). Tradução de: Virgílio Afonso da Silva.

_____. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, p.151-179, mar. 1999. Trimestral.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 236, p.369-384, abr. 2004. Trimestral. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45034>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

_____. O que é "devido processo legal"? **Revista de Processo**, São Paulo, n. 3, p.51-59, set. 2008. Mensal.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2 ed Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e crítica da jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Presidente da República. Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. Legislação federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em: 26 nov. 2017.

____ Congresso Nacional. Lei nº 8.713, de 30 de novembro de 1994. Estabelece normas para as eleições de 3 de outubro de 1994. Legislação Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8713.htm> Acesso em: 25 nov. 2017.

____ Congresso Nacional. Lei nº 12.663, de 5 de junho de 2012. Dispõe sobre as medidas relativas à Copa das Confederações FIFA 2013, à Copa do Mundo FIFA 2014 e à Jornada Mundial da Juventude - 2013, que serão realizadas no Brasil; altera as Leis nºs 6.815, de 19 de agosto de 1980, e 10.671, de 15 de maio de 2003; e estabelece concessão de prêmio e de auxílio especial mensal aos jogadores das seleções campeãs do mundo em 1958, 1962 e 1970. Legislação Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12663.htm>. Acesso em: 26 nov. 2017.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 12.990, de 09 de junho de 2014. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Legislação Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12990.htm> Acesso em: 25 nov. 2017.

____ Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 10 out.2017.

____ Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 907/RJ – Distrito Federal. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, Repercussão Geral, 01 agosto 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

____ Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Roberto Barroso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, Repercussão Geral, 08 junho 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

____ Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 5468/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, Repercussão Geral, 30 junho 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 123108/MG – Distrito Federal. Relator: Ministro Roberto Barroso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, Repercussão Geral, 03 agosto 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 123734/MG – Distrito Federal. Relator: Roberto Barroso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, Repercussão Geral, 03 agosto 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 123533/SP – Distrito Federal. Relator: Ministro Roberto Barroso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, Repercussão Geral, 03 agosto 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 122694/SP – Distrito Federal. Relator: Ministro Dias Toffoli. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, Repercussão Geral, 10 dezembro 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 5136/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, Repercussão Geral, 01 julho 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 583523/RS – Distrito Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, Repercussão Geral, 03 outubro 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A evolução do ativismo judicial na suprema corte norte-americana. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 60, p.59-117, abr. 2016. Trimestral. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/109919>>. Acesso em: 07 dez. 2017.

CARTA Magna. 1215. Elaborado tradução do latim para o inglês pelo portal "British Library". Disponível em: <<http://www.bl.uk/learning/timeline/item95692.html>>. Acesso em: 10 out. 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

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

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). **Constituição dos Estados Unidos da América (1897)**. Elaborada tradução do inglês para o português pelo portal "Biblioteca virtual de direitos humanos" da Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es>>

at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html> Acesso em 10 out. 2017.

GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a "fórmula do peso" de Robert Alexy: significância e algumas implicações. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 141, p.53-71, nov. 2006. Mensal.

INLGLATERRA. **Human Act**, de 9 de novembro de 1988. Lei que prevê efeitos aos direitos e liberdades garantidos pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem e para fins conexos. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>> Acesso em : 23 nov. 2017.

FERRAZ, Leonardo Araújo. **Da Teoria à Crítica: Uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas**. Belo Horizonte: Editora Dictum, 2009. 189 p.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. A Contribuição de Klaus Günther Ao Debate Acerca da Distinção Entre Regras e Princípios. **Revista DireitoGV**, São Paulo, v. 2, n. 3, p.241-254, jan. 2006. Semestral. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitgv/article/view/35224>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 1533 p. (IDP).

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual da metodologia da pesquisa em direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OMMATI, José Emílio Medauar. O princípio da proporcionalidade e a constituição como ordem concreta de valores. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 58, n. 6, p.109-127, jan. 2007. Trimestral.

PULIDO, Carlos Bernal. A migração da proporcionalidade pela Europa. Tradução de Lays Gomes Martins. **Revista Libertas**, Ouro Preto, v. 1, n. 2, p.219-266, jul. 2014. Semestral. Disponível em:<<http://www.periodicos.ufop.br/pp/index.php/libertas/article/view/286>>. Acesso em: 17 out. 2017.

SCHETTINO, José Sergio Riperto. **Controle Judicial de Constitucionalidade e Ativismo Judicial Processual**. 2008. 174 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>> Acesso em: 5 mai. 2017.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade: uma abordagem constitucional. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 349, p.29-41, jan. 2000. Trimestral.

STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. **Direito & Práxis: Universidade do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 7, p.343-367, 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8350/6377>>. Acesso em: 05 out. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Prova da OAB! Dworkin! Dicas para concurso! Porque o Senai é melhor!** 2017. Desenvolvida por Consultório Jurídico - CONJUR. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-27/senso-incomum-prova-oab-dworkin-dicas-concurso-porque-senai-melhor>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

TREVISAN, Leonardo Simchen. Os Direitos Fundamentais Sociais na Teoria de Robert Alexy. **Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito/ufrgs**, Porto Alegre, v. , n. 1, p.199-244, jan. 2015. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/viewFile/54583/38392>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

ANEXO

28/02/2012

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 102.087 MINAS GERAIS

RELATOR : **MIN. CELSO DE MELLO**
REDATOR DO : **MIN. GILMAR MENDES**
ACÓRDÃO
PACTE.(S) : **RENATO DE SALES PEREIRA**
IMPTE.(S) : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

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 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 é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas 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 mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade

HC 102.087 / MG

como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. **1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, 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 (*Vertretbarkeitskontrolle*); c) controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*). 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 no 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.

2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou

HC 102.087 / MG

de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional.

3. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA. Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e **psíquica** do indivíduo etc. **Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta.** É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa.

4. ORDEM DENEGADA.**A C Ó R D ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do Senhor Ministro Ayres Britto, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, indeferir a ordem, nos termos do voto do redator para o acórdão.

Brasília, 28 de fevereiro de 2012.

Ministro **GILMAR MENDES**

Redator do Acórdão

Documento assinado digitalmente

15/03/2011

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 102.087 MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO
PACTE. (S) : RENATO DE SALES PEREIRA
IMPTE. (S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC. (A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR (A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. EDSON OLIVEIRA DE ALMEIDA, ao opinar pelo indeferimento do pedido de (fls. 02/07), assim resumiu a presente impetração (fls. 142):

"Senhor Ministro-Relator:

1. A impetração insiste na tese da atipicidade da conduta, sustentando que o porte de arma desmuniada não é enquadrável no art. 14 da Lei 10.826/03.
2. Resume a ementa do acórdão impugnado (HC 135.311/MG do STJ):

'HABEAS CORPUS'. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO (ART. 14 DA LEI 10.826/03). PACIENTE CONDENADO A 2 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMI-ABERTO. ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. CONDOTA TÍPICA. PRECEDENTES DESTA CORTE. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO 'WRIT'. ORDEM DENEGADA.

1. Na linha de precedentes desta Corte, para configuração do delito previsto no art. 14 da Lei 10.826/03, basta o porte de arma sem a devida autorização da autoridade competente.

2. A circunstância da arma de fogo se encontrar desmuniada não exclui, por si só, a tipicidade do delito, eis que a conduta de portar armamento

HC 102.087 / MG

coloca em risco a paz social, bem jurídico a ser protegido pelo artigo art. 14 da Lei 10.826/03. Precedentes.

3. Parecer do MPF pela denegação do 'writ'.

4. Ordem denegada (fls. 130)." (grifei)

É o relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'A' followed by a long horizontal stroke with a small upward curve at the end, and a second horizontal stroke below it.

HC 102.087 / MG

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Entendo assistir plena razão à parte impetrante quando sustenta, relativamente ao porte ilegal de arma de fogo (Lei nº 10.826/2003, art. 14), inocorrer situação configuradora de tipicidade penal na conduta do paciente, tal como narrada na denúncia.

Tenho para mim, na linha de decisões monocráticas que proferi (HC 93.820-MC/MS, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 102.826-MC/GO, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 103.826-MC/GO, Rel. Min. CELSO DE MELLO), que não havia justa causa para a instauração, na espécie, de "persecutio criminis", considerada a ausência de tipicidade penal do comportamento que a peça acusatória imputou ao ora paciente.

É que se revela destituída de potencialidade lesiva a conduta daquele que, além de portar arma de fogo totalmente desmuniçada, também não dispõe de acesso imediate à munição, não resultando, por isso mesmo, de tal comportamento, qualquer evento penalmente relevante, eis que, presente esse contexto, deixa de configurar-se situação imputável ao autor do fato que caracterize a

HC 102.087 / MG

criação ou a provocação causal, por ele próprio, de um estado de risco relevante e proibido.

Assinalo, para efeito de registro, que ambas as Turmas desta Corte, em composições anteriores, decidiam no sentido que ora exponho neste voto, reconhecendo a ausência de tipicidade penal na conduta daquele que porta arma desmuniçada e que, simultaneamente, não dispõe de acesso imediato à munição (HC 97.811/SP, Rel. p/ o acórdão Min. EROS GRAU, v.g.):

"Arma de fogo: porte consigo de arma de fogo, no entanto, desmuniçada e sem que o agente tivesse, nas circunstâncias, a pronta disponibilidade de munição: inteligência do art. 10 da L. 9437/97: atipicidade do fato:

1. Para a teoria moderna - que dá realce primacial aos princípios da necessidade da incriminação e da lesividade do fato criminoso - o cuidar-se de crime de mera conduta - no sentido de não se exigir à sua configuração um resultado material exterior à ação - não implica admitir sua existência independentemente de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado pela incriminação da hipótese de fato.

2. É raciocínio que se funda em axiomas da moderna teoria geral do Direito Penal; para o seu acolhimento, convém frisar, não é necessário, de logo, acatar a tese mais radical que erige a exigência da ofensividade a limitação de raiz constitucional ao legislador, de forma a proscrever a legitimidade da criação por lei de crimes de perigo abstrato ou presumido: basta, por ora, aceitá-los como princípios gerais contemporâneos da interpretação da lei penal, que hão de prevalecer sempre que a regra incriminadora os comporte.

3. Na figura criminal cogitada, os princípios bastam, de logo, para elidir a incriminação do porte da

HC 102.087 / MG

arma de fogo inidônea para a produção de disparos: aqui, falta à incriminação da conduta o objeto material do tipo.

4. Não importa que a arma verdadeira, **mas incapaz de disparar**, ou a arma de brinquedo possam servir de instrumento de intimidação para a prática de outros crimes, particularmente, os comissíveis mediante ameaça - pois é certo que, como tal, também se podem utilizar outros objetos - da faca à pedra e ao caco de vidro -, cujo porte não constitui crime autônomo e cuja utilização não se erigiu em causa especial de aumento de pena.

5. No porte de arma de fogo desmuniçada, é preciso distinguir duas situações, à luz do princípio de disponibilidade:

(1) **se o agente** traz consigo a arma **desmuniçada**, **mas tem a munição adequada à mão**, de modo a viabilizar sem demora significativa o municiamento e, em consequência, o eventual disparo, **tem-se arma disponível e o fato realiza o tipo**;

(2) **ao contrário**, se a munição não existe ou está em lugar **inacessível de imediato**, não há a imprescindível disponibilidade da arma de fogo, como tal - isto é, como artefato idôneo a produzir disparo - e, por isso, **não se realiza a figura típica**."

(RTJ 193/984, Rel. p/ o acórdão Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - grifei)

"HABEAS CORPUS'. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ARMA DESMUNICIADA E ENFERRUJADA. AUSÊNCIA DE EXAME PERICIAL. ATIPICIDADE.

Inexistindo exame pericial atestando a potencialidade lesiva da arma de fogo apreendida, resulta atípica a conduta consistente em possuir, portar e conduzir arma de fogo desmuniçada e enferrujada.

Recurso provido."

(RHC 97.477/RJ, Rel. p/ o acórdão Min. EROS GRAU - grifei)

"AÇÃO PENAL. Crime. Arma de fogo. Porte ilegal. Arma desmuniçada, sem disponibilidade imediata de munição. Fato atípico. Falta de ofensividade. Atipicidade reconhecida. Absolvição. HC concedido para esse fim. Inteligência do art. 10 da Lei nº 9.437/97.

HC 102.087 / MG

Voto vencido. **Porte ilegal de arma de fogo desmuniçada, sem que o portador tenha disponibilidade imediata de munição, não configura o tipo previsto no art. 10 da Lei nº 9.437/97.**"

(HC 99.449/MG, Rel. p/ o acórdão Min. CEZAR PELUSO - grifei)

Reconheço, no entanto, que não mais prevalece, na Primeira Turma desta Corte, **essa orientação** (HC 93.188/RS, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI - HC 96.072/RJ, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI - HC 96.859/RS, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA - HC 104.206/RS, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA - HC 104.229/RJ, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI - RHC 90.197/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI) e que se registra, na atual composição desta Segunda Turma, sensível mudança no entendimento do tema, em razão da posição mais restritiva adotada pelos eminentes Ministros AYRES BRITTO, ELLEN GRACIE e JOAQUIM BARBOSA.

Não obstante essa nova orientação que se vem consolidando **em ambas** as Turmas do Supremo Tribunal Federal, peço vênua para adotar o entendimento que sustenta inexistir configuração típica **no comportamento** daquele que, não dispendo de acesso **imediate** à munição, também conduz arma de fogo inteiramente desmuniçada.

É que o agente, em referido contexto, não cria nem provoca situação caracterizadora de risco proibido e relevante, o

HC 102.087 / MG

que permite reconhecer que tal comportamento se apresenta desvestido de periculosidade e de ofensividade típica.

Daí o acerto de julgados, como os a seguir referidos, que põem em destaque os aspectos que venho de ressaltar, refletindo, no ponto, a jurisprudência que já prevaleceu em ambas as Turmas desta Corte Suprema (RTJ 193/984, v.g.):

"ARMA DE FOGO - Porte ilegal - Descaracterização - Artefato desmuniçado - Inexistência de munição ao alcance do agente - Objeto que carece de potencialidade lesiva - Atipicidade da conduta por inexistência de perigo potencial ou real.

Ementa da Redação: Não há se falar em delito de porte ilegal de arma de fogo caso o revólver encontrado em posse do agente esteja desmuniçado, sem que o portador tenha ao seu alcance a munição adequada, quer consigo, quer em sua residência, uma vez que tal artefato carece de potencialidade lesiva, restando atípica a conduta por inexistência de perigo potencial ou real."

(RT 837/592, Rel. Des. IVAN MARQUES - grifei)

"ARMA DE FOGO - Crime previsto no art. 10, da Lei 9.437/97 - Descaracterização - Detenção do artefato descarregado, inexistindo munição dentro da esfera de disponibilidade do agente - Ausência de ofensa ao bem jurídico incolumidade pública.

Ementa Oficial: A mera detenção de arma de fogo descarregada (sem potencialidade lesiva), inexistindo munição dentro da esfera de disponibilidade do agente, não configura o crime previsto no art. 10 da Lei 9.437/97, diante da ausência de ofensa ao bem jurídico incolumidade pública."

(RT 787/709, Rel. Juiz convocado RENATO NAVES BARCELLOS - grifei)

HC 102.087 / MG

Vale referir, nesse sentido, o magistério expendido pelo eminente Professor DAMÁSIO DE JESUS ("Direito Penal do Desarmamento", p. 53, 6ª ed., 2007, Saraiva):

"Potencialidade lesiva da arma de uso permitido. É exigida, uma vez que se trata de crime contra a incolumidade pública. Sem ela, o fato é atípico. Nesse sentido: STF, RO em HC 81.057, 1ª Turma, j. 25-5-2004, m.v., rel. Ministra Ellen Gracie; TACrimSP HC 345.300, 8ª Câ., rel. Juiz René Nunes, RT, 772:590; TAPR, ACrim 150.433, 3ª Câ., rel. Juiz Renato Naves Barcellos, RT, 787:709 e 712. E quanto à munição? Deve ser indispensável à potencialidade lesiva da arma de fogo." (grifei)

Expressiva, no tema, ainda, a lição de LUIZ FLÁVIO GOMES ("Arma Desmuniçada versus Munição Desarmada" "in" <http://www.lfg.com.br>):

"A conduta, para criar um risco proibido relevante, nos termos da incriminação contemplada no Estatuto do Desarmamento, deve reunir duas condições: (a) danosidade efetiva da arma, leia-se, do objeto material do delito (potencialidade lesiva concreta) e (b) disponibilidade (possibilidade de uso imediato e segundo sua específica finalidade). O resultado da soma dessas duas categorias (ou exigências) nos dá a idéia exata da ofensa típica a um bem jurídico supraindividual (certo nível de segurança coletiva) ou, mediatamente, aos bens individuais (vida, integridade física etc.).

O crime de posse ou porte de arma ilegal, em síntese, só se configura quando a conduta do agente cria um risco proibido relevante (que constitui exigência da teoria da imputação objetiva). Esse risco só acontece quando presentes duas categorias:

HC 102.087 / MG

danosidade real do objeto + disponibilidade, reveladora de uma conduta dotada de periculosidade. Somente quando as duas órbitas da conduta penalmente relevante (uma, material, a da arma carregada, e outra jurídica, a da disponibilidade desse objeto) se encontram é que surge a ofensividade típica. Nos chamados 'crimes de posse' é fundamental constatar a idoneidade do objeto possuído. Arma de brinquedo, arma desmuniçada e o capim seco (que não é maconha nem está dotado do THC) expressam exemplos de inidoneidade do objeto para o fim de sua punição autônoma." (grifei)

Desejo assinalar, ainda, que o entendimento - do qual não compartilho -, que sustenta a existência de tipicidade penal do porte ilegal de arma de fogo desmuniçada, confere relevo jurídico-penal a uma situação de perigo abstrato, de que não advém, nem mesmo remotamente, mínima possibilidade de dano ao bem jurídico que se busca proteger.

Isso significa que tal percepção do tema ora em exame (que reconhece a delituosidade do porte de arma de fogo sem munição) desconsidera o princípio da ofensividade ("nullum crimen sine injuria"), cuja invocação afasta a própria incidência do Direito Penal, por inexistir, em casos como o destes autos, qualquer situação de dano efetivo ou potencial ao bem jurídico que se deseja tutelar.

HC 102.087 / MG

O agente **que porta** arma de fogo desmuniada e **que, simultaneamente, também não** dispõe de acesso imediato à munição necessária à sua utilização **não** cria, **nem** faz instaurar, com esse comportamento, **situação efetiva** de perigo real, o **que descaracteriza, por completo, qualquer** possibilidade, **por remota** que seja, de risco concreto ao bem jurídico penalmente tutelado.

Dá a advertência de autores, **como** LUIZ FLÁVIO GOMES ("Princípio da ofensividade no Direito Penal", 2002, RT) **e** ALICE BIANCHINI ("Pressupostos materiais mínimos da tutela penal", 2002, RT), **que questionam** a própria legitimidade constitucional dos crimes de perigo abstrato, **por entenderem** que **não** se configura, juridicamente, a existência de ilícito penal, **sem** que, *por pelo menos*, ocorra perigo real e concreto (**situação** de risco potencial efetivo, portanto) a um dado bem jurídico, **valendo destacar**, nesse mesmo sentido, *por expressiva*, **a lição** de CEZAR ROBERTO BITENCOURT ("Tratado de Direito Penal", vol. 1/52, item n. 9, 15ª ed., 2010, Saraiva):

"Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um 'perigo concreto', real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de 'repressão penal' se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo,



HC 102.087 / MG

perigo concreto ao bem jurídico tutelado. **Por essa razão**, são 'inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato', **pois**, no âmbito do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, **somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão** a um bem jurídico determinado. **Em outros termos**, o legislador deve abster-se de tipificar como crime ações **incapazes de lesar ou**, no mínimo, **colocar em perigo concreto** o bem jurídico protegido pela norma penal. **Sem afetar** o bem jurídico, **no mínimo colocando-o em risco efetivo, não há infração penal.**" (grifei)

Lapidar, sob esse aspecto, **e de inteira pertinência** ao caso ora em exame, **a ponderação** feita, em **precisa** abordagem do tema, **pelo saudoso** Ministro VICENTE CERNICCHIARO, **quando** do julgamento, pelo E. Superior Tribunal de Justiça, do REsp 34.322/RS, de que foi Relator:

"A infração penal **não é só** conduta. **Impõe-se**, ainda, **o resultado** no sentido normativo do termo, **ou seja, dano ou perigo** ao bem juridicamente tutelado. **A doutrina vem**, reiterada, insistentemente **renegando** os crimes de perigo abstrato. **Com efeito, não faz sentido punir** pela simples conduta, **se ela não trouxer**, pelo menos, **probabilidade** (não possibilidade) **de risco** ao objeto jurídico. (...). **A relevância criminal nasce** quando a conduta gerar **perigo** de dano. **Até então, a conduta será atípica.**" (grifei)

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. **E**, ao fazê-lo, **registro** o meu entendimento **no sentido** de reconhecer **a inexistência**, na espécie, **de justa causa** apta a legitimar a **válida** instauração, **contra** o paciente, da "persecutio criminis" **ora questionada** nesta sede processual,



HC 102.087 / MG

pelos fatos de não se revestir de tipicidade penal a conduta do agente que, embora sem a devida autorização, traz consigo arma de fogo desmuniçada e cuja pronta utilização se mostra inviável ante a impossibilidade material de acesso imediate à munição..

Sendo assim, e considerando as razões expostas, defiro o pedido de "habeas corpus", em ordem a determinar a definitiva extinção do Processo-crime nº 024.07.502635-1, que tramitou perante a 12ª Vara Criminal da comarca de Belo Horizonte/MG, e a invalidar a eficácia da condenação penal imposta, ao paciente, eis que desvestida de tipicidade penal a conduta que o Ministério Público lhe atribuiu.

É o meu voto.



15/03/2011

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 102.087 MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Senhor Presidente, mantenho-me fiel aos precedentes, inclusive da minha Relatoria, sobre o tema e peço vênua ao Ministro Celso de Mello para denegar a ordem.



SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 102.087

PROCED. : MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO

PACTE.(S) : RENATO DE SALES PEREIRA

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após o voto do Relator que deferia a ordem, o julgamento foi suspenso em virtude de pedido de vista formulado pelo Ministro-Presidente. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Ayres Britto. **2ª Turma**, 15.03.2011.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie e Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Ayres Britto.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador

28/02/2012

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 102.087 MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator): Nos termos do que enfatizado de forma percuciente pelo eminente Min. Celso de Mello, a Defensoria Pública da União sustenta a atipicidade da conduta perpetrada pelo paciente, ao argumento de que o porte de arma desmuniada não se enquadra no art. 14 da Lei 10.826/2003.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria

As opiniões dividem-se em duas correntes básicas.

Alguns entendem que o crime de porte de arma de fogo constitui delito de perigo abstrato e, portanto, a incidência da norma penal independe de a arma estar ou não muniada.

Outros são contundentes ao defender, com base no princípio da lesividade, que o fato de a arma estar desmuniada não constitui suporte para o tipo do crime de porte ilegal de arma de fogo, visto que, nesse caso, não haveria a ofensividade necessária ao preenchimento do tipo em seu aspecto material.

O tema foi objeto de apreciação pela Primeira Turma desta Corte, tendo como base o art. 10 da Lei 9.437/1997.

No julgamento do RHC 81.057/SP, Rel. Orig. Min. Ellen Gracie, Red. p/ o acórdão Min. Sepúlveda Pertence (DJ 29.4.2005), a jurisprudência da Primeira Turma firmou-se no sentido de que “configura fato atípico o porte de arma desmuniada e sem que o agente tenha a pronta disponibilidade da munição”.

O Ministro Sepúlveda Pertence concluiu, em seu voto condutor, que:

(1) “se o agente traz consigo a arma desmuniada, mas tem a munição adequada à mão, de modo a viabilizar sem demora significativa o muniamento e, em consequência, o eventual disparo, tem-se arma disponível e o fato realiza o

HC 102.087 / MG

tipo”;

(2) “ao contrário, se a munição não existe ou está em lugar inacessível de imediato, não há a imprescindível disponibilidade da arma de fogo, como tal – isto é, como artefato idôneo a produzir disparo – e, por isso, não se realiza a figura típica”.

A ementa do acórdão bem resume as conclusões a que chegaram os ministros no julgamento em referência:

“Arma de fogo: porte consigo de arma de fogo, no entanto, desmuniada e sem que o agente tivesse, nas circunstâncias, a pronta disponibilidade de munição: inteligência do art. 10 da L. 9437/97: atipicidade do fato:

1. Para a teoria moderna – que dá realce primacial aos princípios da necessidade da incriminação e da lesividade do fato criminoso – o cuidar-se de crime de mera conduta – no sentido de não se exigir à sua configuração um resultado material exterior à ação - não implica admitir sua existência independentemente de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado pela incriminação da hipótese de fato.

2. É raciocínio que se funda em axiomas da moderna teoria geral do Direito Penal; para o seu acolhimento, convém frisar, não é necessário, de logo, acatar a tese mais radical que erige a exigência da ofensividade a limitação de raiz constitucional ao legislador, de forma a proscrever a legitimidade da criação por lei de crimes de perigo abstrato ou presumido: basta, por ora, aceitá-los como princípios gerais contemporâneos da interpretação da lei penal, que hão de prevalecer sempre que a regra incriminadora os comporte.

3. Na figura criminal cogitada, os princípios bastam, de logo, para elidir a incriminação do porte da arma de fogo inidônea para a produção de disparos: aqui, falta à incriminação da conduta o objeto material do tipo.

4. Não importa que a arma verdadeira, mas incapaz de disparar, ou a arma de brinquedo possam servir de instrumento

HC 102.087 / MG

de intimidação para a prática de outros crimes, particularmente, os comissíveis mediante ameaça – pois é certo que, como tal, também se podem utilizar outros objetos – da faca à pedra e ao caco de vidro -, cujo porte não constitui crime autônomo e cuja utilização não se erigiu em causa especial de aumento de pena.

5. No porte de arma de fogo desmuniada, é preciso distinguir duas situações, à luz do princípio de disponibilidade:

(1) se o agente traz consigo a arma desmuniada, mas tem a munição adequada à mão, de modo a viabilizar sem demora significativa o muniamento e, em consequência, o eventual disparo, tem-se arma disponível e o fato realiza o tipo;

(2) ao contrário, se a munição não existe ou está em lugar inacessível de imediato, não há a imprescindível disponibilidade da arma de fogo, como tal – isto é, como artefato idôneo a produzir disparo – e, por isso, não se realiza a figura típica”.

Como se vê, nesse julgamento foram amplamente debatidas as teorias modernas a respeito do princípio da lesividade, a exigir, para a configuração do fato típico, a efetiva ou a potencial lesão ao bem jurídico penal tutelado, assim como, no caso específico do porte ilegal de arma, a distinção entre ofensividade e poder de intimidação. Deixou-se consignado, tal como delineado no voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que esses princípios – lesividade e ofensividade –, como princípios gerais de interpretação da lei penal, *“hão de prevalecer sempre que a regra incriminadora os comporte”*.

De outro norte, alinhando-se à tese de que *“o crime de porte de arma de fogo constitui delito de perigo abstrato, consumando-se independentemente da ocorrência de efetivo prejuízo à sociedade, pois o dano é presumido pelo tipo penal”*, tem-se os seguintes precedentes: HC 104.206, rel. Min. Cármen Lúcia; e RHC 91.553, rel. Min. Ayres Britto.

2. Princípio da Ofensividade como vetor interpretativo e de aplicação da lei penal

HC 102.087 / MG

Não tenho dúvida de que o princípio da ofensividade vincula toda a atividade de interpretação da lei penal. E, com mais razão, deve orientar a própria aplicação da lei penal.

Ipsa facto, deverá o juiz, diante das circunstâncias específicas do caso concreto que lhe foi posto para julgamento, aferir o grau de potencial ou efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal, para só então aferir a tipicidade (material) da conduta supostamente criminosa. A simples adequação formal fato/norma não é suficiente para qualificar como delituosa a conduta do agente.

Não tenho a intenção de repisar todos os argumentos que já foram objeto dos votos dos eminentes ministros desta Corte. Não obstante, creio que o Tribunal pode evoluir nessa fundamentação, para consagrar o princípio da lesividade, intrinsecamente conectado com o princípio da proporcionalidade, como limite não apenas à atividade judicial de interpretação/aplicação das normas penais, mas também à própria atividade legislativa de criação/conformação dos tipos legais incriminadores, o que estaria a possibilitar o exercício da fiscalização, por parte da Jurisdição Constitucional, da constitucionalidade das leis em matéria penal.

Consolidar essa linha de argumentação será o intento primordial das análises seguintes.

3. Controle de constitucionalidade de leis penais

3.1. Mandatos constitucionais de criminalização: as margens de ação conferidas constitucionalmente ao legislador em matéria penal e sua limitação pelo princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*)

A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas.

Mencionem-se, a propósito, as seguintes disposições constantes do

HC 102.087 / MG

art. 5º:

“XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;”.

Também o art. 7º, inciso X, contempla norma clara a propósito:

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa”.

Em sentido idêntico dispõe o art. 227, § 4º, da Constituição:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

§ 4º. A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.”

Também o art. 225, § 3º, dispõe de forma semelhante:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente

HC 102.087 / MG

equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para presentes e futuras gerações.

(...)

§ 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Em todas essas normas, é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos¹.

Em verdade, tais disposições traduzem uma outra dimensão dos direitos fundamentais, decorrente de sua feição objetiva na ordem constitucional.

Tal concepção legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (*direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*)².

A forma como esse dever será satisfeito constitui, muitas vezes, tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de alguma liberdade de conformação³. Não raras vezes, a ordem constitucional identifica o dever de proteção e define a forma de sua realização.

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

1 FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 80 e seg.

2 HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 16. ed. Heidelberg, 1988, p. 155-156.

3 HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, cit. p. 156.

HC 102.087 / MG

proteger tais direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros⁴.

Essa interpretação da Corte Constitucional empresta, sem dúvida, nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de "adversário" para uma função de guardião desses direitos⁵.

É fácil ver que a ideia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica⁶.

Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais⁷.

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Utilizando-se da expressão de Canaris, 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*)⁸.

Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do

4 Cf., a propósito, *BverfGE*, 39, 1 e s.; 46, 160 (164); 49, 89 (140 e s.); 53, 50 (57 e s.); 56, 54 (78); 66; 39 (61); 77 170 (229 s.); 77, 381 (402 e s.); ver, também, DIETLEIN, Johannes. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*. Berlin, 1991, p. 18.

5 Cf., a propósito, DIETLEIN, Johannes. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, cit. p. 17 e s.

6 von MÜNCH, Ingo. *Grundgesetz-Kommentar, Kommentar zu Vorbemerkung Art 1-19*, N^o 22.

7 von MÜNCH, Ingo. *Grundgesetz-Kommentar*, cit.

8 CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts. *JuS*, 1989, p. 161 (163).

HC 102.087 / MG

dever de proteção⁹:

- a) dever de proibição (*Verbotspflicht*), consistente no dever de se proibir uma 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 (*Risikopflicht*), 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.

Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental¹⁰.

Assim, as normas constitucionais brasileiras referidas explicitam o dever de proteção identificado pelo constituinte e traduzido em mandatos de criminalização expressos dirigidos ao legislador.

Como bem anota Luciano Feldens¹¹, os mandatos constitucionais de criminalização atuam como limitações à liberdade de configuração do legislador penal e impõem a instituição de um sistema de proteção por meio de normas penais.

Registre-se que os mandatos de criminalização expressos não são uma singularidade da Constituição brasileira. Outras constituições adotam orientações assemelhadas (Cf. Constituição espanhola, art. 45, 1, 2

9 RICHTER, Ingo; SCHUPPERT, Gunnar Folke. *Casebook Verfassungsrecht*. 3. ed. München, 1996, p. 35-36.

10 Cf. *BVerfGE* 77, 170 (214); ver também RICHTER, Ingo; SCHUPPERT, Gunnar Folke. *Casebook Verfassungsrecht*, p. 36-37.

11 FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2005.

HC 102.087 / MG

e 3; art. 46, “c”, e art. 55; Constituição italiana, art. 13; Constituição da França, art. 68; Lei Fundamental da Alemanha, art. 26, I).

É inequívoco, porém, que a Constituição brasileira de 1988 adotou, muito provavelmente, um dos mais amplos, senão o mais amplo “catálogo” de mandatos de criminalização expressos de que se tem notícia.

Ao lado dessa ideia de mandatos de criminalização expressos, convém observar que configura prática corriqueira na ordem jurídica a concretização de deveres de proteção mediante a criminalização de condutas.

Outras vezes cogita-se mesmo de mandatos de criminalização implícitos, tendo em vista uma ordem de valores estabelecida pela Constituição. Assim, levando-se em conta o dever de proteção e a proibição de uma proteção deficiente ou insuficiente (*Untermassverbot*), cumpriria ao legislador estatuir o sistema de proteção constitucional-penal adequado.

Em muitos casos, a eleição da norma penal pode conter-se no âmbito daquilo que se costuma chamar de discricção legislativa, tendo em vista desenvolvimentos históricos, circunstâncias específicas ou opções ligadas a um certo experimentalismo institucional. A ordem constitucional confere ao legislador margens de ação¹² para decidir quais medidas devem ser adotadas para a proteção penal eficiente dos bens jurídicos fundamentais. É certo, por outro lado, que a atuação do legislador sempre estará limitada pelo princípio da proporcionalidade.

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

12 Cfr.: ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios políticos y Constitucionales, nº 66, ano 22, p. 13-64, sep.-dic./2002.

HC 102.087 / MG

proibições de intervenção. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como *imperativos de tutela* (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada¹³. O ato não será *adequado* caso não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será *necessário* na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito* se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção¹⁴.

Na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, a utilização do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente pode ser observada na segunda decisão sobre o aborto (*BverfGE 88, 203, 1993*). O *Bundesverfassungsgericht* assim se pronunciou:

“O Estado, para cumprir com seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que levem a alcançar – atendendo à contraposição de bens jurídicos – a uma proteção adequada, e como tal, efetiva (proibição de insuficiência).

(...)

É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência (...). Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser

13 “Uma transposição, sem modificações, do estrito princípio da proporcionalidade, como foi desenvolvido no contexto da proibição de excesso, para a concretização da proibição de insuficiência, não é, pois, aceitável, ainda que, evidentemente, também aqui considerações de proporcionalidade desempenhem um papel, tal como em todas as soluções de ponderação”. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina; 2003.

14 Cf. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2003, p. 798 e segs.

HC 102.087 / MG

suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis (...).”

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

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

Abre-se, com isso, a possibilidade do controle da constitucionalidade da atividade legislativa em matéria penal.

Se é certo, por um lado, que a Constituição confere ao legislador uma margem discricionária de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico penal, e, por outro, que a mesma Constituição também impõe ao legislador os limites do dever de respeito ao princípio da proporcionalidade, é possível concluir pela viabilidade da fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa. O Tribunal está incumbido de examinar se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais¹⁵.

Esses argumentos serão analisados no tópico seguinte.

3.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade

O Direito Penal é certamente o instrumento mais contundente de

15

BVerfGE 88, 203, 1993.

HC 102.087 / MG

que se vale o Estado para disciplinar a conduta dos indivíduos.

Na medida em que a pena constitui a forma de intervenção estatal mais severa no âmbito de liberdade individual e que, portanto, o Direito Penal e o Processual Penal devem revestir-se de maiores garantias materiais e processuais, o controle de constitucionalidade em matéria penal deve ser realizado de forma ainda mais rigorosa do que aquele destinado a averiguar a legitimidade constitucional de outros tipos de intervenção legislativa em direitos fundamentais dotados de menor potencial ofensivo.

Em outros termos, se a atividade legislativa de definição de tipos e cominação de penas constitui, *prima facie*, uma intervenção de alta intensidade em direitos fundamentais, a fiscalização jurisdicional da adequação constitucional dessa atividade deve ser tanto mais exigente e rigorosa por parte do órgão que tem em seu encargo o controle da constitucionalidade das leis.

Esse entendimento pode ser traduzido segundo o *postulado do princípio da proporcionalidade em sentido estrito*, o qual, como ensina Alexy, “pode ser formulado como uma lei de ponderação cuja fórmula mais simples voltada para os direitos fundamentais diz: *quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção*”¹⁶.

A tarefa do Tribunal Constitucional é, portanto, a de fiscalizar a legitimidade constitucional da atividade legislativa em matéria penal, lastreado pelo princípio da proporcionalidade, seguindo, dessa forma, a máxima: *quanto mais intensa seja a intervenção legislativa penal em um direito fundamental, mais intenso deve ser o controle de sua constitucionalidade realizado pelo Tribunal Constitucional*.

Essas são as premissas para a construção de um *modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade*¹⁷.

Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do

16 ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10.12.1998. Tradução informal de Gilmar Ferreira Mendes.

HC 102.087 / MG

controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã.

Na famosa decisão (*Urteil*) *Mitbestimmungsgesetz*, do Primeiro Senado, de 1º de março de 1979, prolatada na audiência de 28, 29 e 30 de novembro e 1º de dezembro de 1978 – *BVerfGE* 50, 290 –, o Tribunal Constitucional alemão distinguiu os seguintes graus de intensidade do controle de constitucionalidade das leis: a) controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); c) controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*).

No primeiro nível, o controle de constitucionalidade realizado pelo Tribunal deve reconhecer ao legislador uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico. A norma somente poderá ser declarada inconstitucional quando as medidas adotadas pelo legislador são visivelmente inidôneas para a efetiva proteção desse bem jurídico.

O Tribunal deixa ressaltado, não obstante, que *“a observância da margem de configuração do legislador não pode levar a uma redução do que, a despeito de quaisquer transformações, a Constituição pretende garantir de maneira imutável, ou seja, ela não pode levar a uma redução das liberdades individuais que são garantidas nos direitos fundamentais individuais, sem as quais uma vida com dignidade humana não é possível, segundo a concepção da ‘Grundgesetz’”* (*BVerfGE* 50, 290).

Assim, conclui o Tribunal que *“a tarefa (do controle de constitucionalidade) consiste, portanto, em unir a liberdade fundamental própria da configuração político-econômica e político-social”* – ou político-criminal, se quisermos contextualizar essa afirmação – *“que devem permanecer reservadas ao legislador, com a proteção da liberdade, à qual o indivíduo tem direito justamente também em face do legislador”* (*BVerfGE* 50, 290).

Esse controle de evidência foi delineado também na decisão *BVerfGE* 77,170 (*Lagerung Chemischer Waffen*), na qual o Tribunal deixou assentado

17 Cfr.: LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de leyes penales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2006.

HC 102.087 / MG

o seguinte entendimento:

“Para o cumprimento dos deveres de tutela (Schutzpflichten) derivados do Art. 2, II, 1 GG, cabe ao Legislativo, assim como ao Executivo, uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação (poder discricionário), que também deixa espaço para, por exemplo, dar atenção a interesses públicos e privados concorrentes.

Essa ampla liberdade de conformação pode ser controlada pelos tribunais tão somente de maneira restrita, dependendo da peculiaridade da matéria em questão, das possibilidades de formação de um juízo suficientemente seguro e do significado dos bens jurídicos em jogo”.

Assim, o Tribunal fixou o entendimento de que a admissão de uma reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) pressupõe a demonstração, *“de maneira concludente, que o Poder Público não adotou quaisquer medidas preventivas de proteção, ou que evidentemente as regulamentações e medidas adotadas são totalmente inadequadas ou completamente insuficientes para o alcance do objetivo de proteção”*.

Assim, um controle de evidência em matéria penal será exercido pelo Tribunal com observância da ampla margem de avaliação, valoração e conformação conferida constitucionalmente ao legislador quanto à adoção das medidas mais adequadas para a proteção do bem jurídico penal. Uma eventual declaração de inconstitucionalidade deve basear-se na patente inidoneidade das medidas escolhidas pelo legislador para os objetivos perseguidos pela política criminal.

No segundo nível, o controle de sustentabilidade ou de justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*) está orientado a verificar se a decisão legislativa foi tomada após uma apreciação objetiva e justificável de todas as fontes de conhecimento disponíveis no momento da promulgação da lei (*BVerfGE 50, 290*).

Também, na decisão *Mühlenstrukturgesetz (BVerfGE 39, 210)*, o Tribunal Constitucional alemão fixou esse entendimento, nos seguintes termos:

HC 102.087 / MG

“O exame de constitucionalidade compreende primeiramente a verificação de se o legislador buscou inteirar-se, correta e suficientemente, da situação fática existente à época da promulgação da lei. O legislador tem uma ampla margem de avaliação (discricionariedade) na avaliação dos perigos que ameaçam a coletividade. Mesmo quando, no momento da atividade legislativa, parece remota a possibilidade da ocorrência de perigos para um bem coletivo, não é defeso ao legislador que tome medidas preventivas tempestivamente, contanto que suas concepções sobre o possível desenvolvimento perigoso no caso de sua omissão, não se choquem de tal sorte com as leis da ciência econômica ou da experiência prática, que elas não possam mais representar uma base racional para as medidas legislativas [BVerfGE 25, 1 (17); 38, 61 (87)]. Nesse caso, deve-se partir fundamentalmente de uma avaliação de relações (dados da realidade social) possível ao legislador quando da elaboração da lei [BVerfGE 25, 1 (12 s.)]. Contanto que ele tenha usado os meios de estudo que lhe estavam à disposição, os (eventuais) erros (que vierem a ser revelar no futuro, n. org) sobre o desenvolvimento econômico devem ser tolerados”.

Nesse segundo nível, portanto, o controle de constitucionalidade estende-se à questão de se o legislador levantou e considerou diligente e suficientemente todas as informações disponíveis e se realizou prognósticos sobre as consequências da aplicação da norma, enfim, se o legislador valeu-se de sua margem de ação de “maneira sustentável”¹⁸.

Nesse sentido, uma das decisões mais importantes da Corte alemã pode ser encontrada no famoso caso *Cannabis* (BVerfGE 90, 145), em que o Tribunal confirmou a constitucionalidade da tipificação penal da aquisição e porte para consumo de produtos derivados da planta *cannabis sativa*. Ao analisar o caso sob o ângulo do princípio da proporcionalidade, que incide com maior rigor no exame de um dispositivo penal, a Corte enfatizou que cabe ao legislador uma ampla margem de avaliação quanto à adequação e à necessidade de certa medida para o alcance do fim almejado, o que pressupõe também a discricionariedade para a realização

18 BVerfGE 88, 203, 1993.

HC 102.087 / MG

de prognósticos quanto às consequências da medida adotada. Os argumentos utilizados estão bem representados no seguinte trecho da decisão:

“Sob o ponto de vista material, ressalvadas as garantias constitucionais especiais, o princípio da proporcionalidade oferece o parâmetro geral constitucional, segundo o qual a liberdade de ação pode ser restringida [cf. BVerfGE 75, 108 (154 s.); 80, 137 (153)]. Esse princípio tem um significado mais intenso no exame de um dispositivo penal, que, enquanto sanção mais forte à disposição do Estado, expressa um juízo de valor ético-social negativo sobre uma determinada ação do cidadão [cf. BVerfGE 25, 269 (286); 88, 203 (258)].

Se há previsão de pena privativa de liberdade, isso possibilita uma intervenção no direito fundamental da liberdade da pessoa, protegido pelo Art. 2 II 2 GG. A liberdade da pessoa, que a Grundgesetz caracteriza como ‘inviolável’, é um bem jurídico tão elevado que nele somente se pode intervir com base na reserva legal do Art. 2 II 3 GG, por motivos especialmente graves. Independentemente do fato de que tais intervenções também podem ser cogitadas sob determinados pressupostos, quando servirem para impedir que o atingido promova contra si próprio um dano pessoal maior [BVerfGE 22, 180 (219); 58, 208 (224 et seq.); 59, 275 (278); 60, 123 (132)], elas, em geral, somente são permitidas se a proteção de outros ou da comunidade assim o exigir, observando-se o princípio da proporcionalidade.

Segundo esse princípio, uma lei que restringe o direito fundamental deve ser adequada e necessária para o alcance almejado. Uma lei é adequada se o propósito almejado puder ser promovido com o seu auxílio; é necessária se o legislador não puder selecionar um outro meio de igual eficácia, mas que não restrinja, ou que restrinja menos, o direito fundamental [cf. BVerfGE 30, 292 (316); 63, 88 (115); 67, 157 (173, 176)].

Na avaliação da adequação e da necessidade do meio escolhido para o alcance dos objetivos buscados, como na

HC 102.087 / MG

avaliação e prognóstico a serem feitos, neste contexto, dos perigos que ameaçam o indivíduo ou a comunidade, cabe ao legislador uma margem (discricionária) de avaliação, a qual o Tribunal Constitucional Federal – dependendo da particularidade do assunto em questão, das possibilidades de formar um julgamento suficientemente seguro e dos bens jurídicos que estão em jogo – poderá revisar somente em extensão limitada (cf. BVerfGE 77, 170 (215); 88, 203 (262)).

Além disso, numa ponderação geral entre a gravidade da intervenção e o peso, bem como da urgência dos motivos justificadores, deve ser respeitado o limite da exigibilidade para os destinatários da proibição [cf. BVerfGE 30, 292 (316); 67, 157 (178); 81, 70 (92)]. A medida não deve, portanto, onerá-lo excessivamente (proibição de excesso ou proporcionalidade em sentido estrito: cf. BVerfGE 48, 396 (402); 83, 1 (19). No âmbito da punibilidade estatal, deriva do princípio da culpa, que tem a sua base no Art. 1 I GG [cf. BVerfGE 45, 187 (228)], e do princípio da proporcionalidade, que deve ser deduzido do princípio do Estado de direito e dos direitos de liberdade, que a gravidade de um delito e a culpa do autor devem estar numa proporção justa em relação à pena. Uma previsão de pena não pode, quanto ao seu tipo e à sua extensão, ser inadequada em relação ao comportamento sujeito à aplicação da pena. O tipo penal e a consequência jurídica devem estar racionalmente correlacionados [cf. BVerfGE 54, 100 (108)].

É, em princípio, tarefa do legislador determinar de maneira vinculante o âmbito da ação punível, observando a respectiva situação em seus pormenores. O Tribunal Constitucional Federal não pode examinar a decisão do legislador no sentido de se verificar se foi escolhida a solução mais adequada, mais sensata ou mais justa. Tem apenas que zelar para que o dispositivo penal esteja materialmente em sintonia com as determinações da Constituição e com os princípios constitucionais não escritos, bem como para que corresponda às decisões fundamentais da Grundgesetz [cf. BVerfGE 80, 244 (255)]”.

HC 102.087 / MG

No caso, o *Bundesverfassungsgericht*, após analisar uma grande quantidade de dados e argumentos sobre o tema, reconhece que ainda não estaria concluída, à época, a discussão político-criminal a respeito da melhor alternativa para se alcançar a redução do consumo de *cannabis* poderia: por meio da penalização ou da liberação da conduta. E, justamente devido à incerteza quanto ao efetivo grau de periculosidade social do consumo da *cannabis* e à polêmica existente, tanto no plano científico como no político-social, em torno da eficácia da intervenção por meio do direito penal, é que não se poderia reprovar, do ponto de vista de sua constitucionalidade, a avaliação realizada pelo legislador, naquele estágio do conhecimento, a respeito da adequação e da necessidade da medida penal. Assim, admite o Tribunal que, *“se o legislador nesse contexto se fixa na interpretação de que a proibição geral de cannabis sancionada criminalmente afastaria um número maior de consumidores em potencial do que a suspensão da previsão de pena e que, portanto, seria mais adequada para a proteção dos bens jurídicos, isto deve ser tolerado constitucionalmente, pois o legislador tem a prerrogativa de avaliação e de decisão na escolha entre diversos caminhos potencialmente apropriados para o alcance do objetivo de uma lei”*¹⁹.

Dessa forma, não se pode deixar de considerar que, no âmbito desse denominado controle de sustentabilidade ou de justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*), assumem especial relevo as técnicas procedimentais postas à disposição do Tribunal e destinadas à verificação dos fatos e prognoses legislativos, como a admissão de *amicus curiae* e a realização de audiências públicas, previstas em nosso ordenamento jurídico pela Lei 9.868/99.

Em verdade, como venho afirmando em estudos doutrinários sobre o tema, no controle abstrato de normas não se procede apenas a um simples contraste entre a disposição do direito ordinário e os princípios constitucionais. Ao revés, também aqui fica evidente que se aprecia a relação entre a lei e o problema que se lhe apresenta em face do parâmetro constitucional. Em outros termos, a aferição dos chamados

19

BVerfGE 90, 145, 1994.

HC 102.087 / MG

fatos legislativos constitui parte essencial do chamado controle de constitucionalidade, de modo que a verificação desses fatos relaciona-se íntima e indissociavelmente com a própria competência do Tribunal²⁰.

No âmbito do controle de constitucionalidade em matéria penal, deve o Tribunal, na maior medida possível, inteirar-se dos diagnósticos e prognósticos realizados pelo legislador para a confecção de determinada política criminal, pois é este conhecimento dos dados da realidade – os quais serviram de pressuposto da atividade legislativa – que lhe permitirá averiguar se o órgão legislador utilizou-se de sua margem de ação de maneira sustentável e justificada.

No terceiro nível, o controle material intensivo (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*) aplica-se às intervenções legislativas que, por afetarem intensamente bens jurídicos de extraordinária importância, como a vida e a liberdade individual, devem ser submetidas a um controle mais rígido por parte do Tribunal, com base no princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Assim, quando esteja evidente a grave afetação de bens jurídicos fundamentais de suma relevância, poderá o Tribunal desconsiderar as avaliações e valorações fáticas realizadas pelo legislador para então fiscalizar se a intervenção no direito fundamental em causa está devidamente justificada por razões de extraordinária importância.

Essa fase do controle foi efetivamente definida na citada decisão *Mitbestimmungsgesetz* (BVerfGE 50, 290), mas já havia ficado explicitada na célebre decisão *Apothekenurteil* (BVerfGE 7, 377, 1958), em que se discutiu o âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade de profissão. Na ocasião, o Tribunal assim fixou seu entendimento:

“As limitações ao poder regulamentar, que são derivadas da observância do direito fundamental, são mandamentos constitucionais

20 Cfr.: MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. In: *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva; 2007, p. 471 e segs.

HC 102.087 / MG

materiais que são endereçados, em primeira linha, ao próprio legislador. Sua observância deve ser, entretanto, fiscalizada pelo Tribunal Constitucional Federal. Se uma restrição da livre escolha profissional estiver no 'último degrau' (dos pressupostos objetivos de sua admissão), o Tribunal Constitucional Federal deve primeiro examinar se um bem jurídico coletivo prevalecente está ameaçado e se a regulamentação legislativa pode mesmo servir à defesa contra esse perigo. Ele deve, além disso, também examinar se justamente a intervenção perpetrada é inevitavelmente ordenada para a proteção do referido bem; em outras palavras, se o legislador não poderia ter efetivado a proteção com regulamentações de um 'degrau' anterior.

Contra um exame no último sentido supra declinado objetou-se que ele ultrapassaria a competência de um tribunal, pois um tribunal não poderia avaliar se uma medida legislativa certa seria ordenada, vez que ele não poderia saber se haveria outros meios igualmente eficazes e se eles poderiam ser realizados pelo legislador. Isso só poderia ser feito quando se conhecem não somente todas as relações sociais a serem ordenadas, como também as possibilidades da legislação. Essa concepção, que pretende, principalmente a partir de considerações pragmáticas, limitar a competência do Tribunal Constitucional Federal é, por vezes, teoricamente fundamentada com a informação de que o Tribunal, por causa da utilização de uma ampla competência de exame, interferiria na esfera do legislador, e com isso se chocaria contra o princípio da divisão de poderes.

O Tribunal Constitucional não pode concordar com essa posição.

Ao Tribunal foi atribuída a proteção dos direitos fundamentais em face do legislador. Quando da interpretação de um direito fundamental resultarem limites ao legislador, o tribunal deve poder fiscalizar a observância deles por parte dele, legislador. Ele não pode subtrair-se à esta tarefa se não quiser, na prática, desvalorizar em grande parte os direitos fundamentais e acabar com a sua função atribuída pela *Grundgesetz*.

HC 102.087 / MG

A exigência frequentemente feita nesse contexto segundo o qual o legislador deveria, entre vários meios igualmente adequados, livremente decidir, não resolveria o problema ora em pauta. Tal exigência tem em vista o caso (normal) de um direito fundamental que não se constitui de uma área de proteção gradual (como, p. ex., na decisão BVerfGE 2, 266). Nesse caso, o legislador encontra-se, entretanto, dentro de determinados limites, livre para a escolha entre várias medidas legislativas igualmente adequadas, vez que elas todas atingem o mesmo direito fundamental em seu conteúdo único e não diferenciado. Não obstante, em se tratando de um direito fundamental que encerra em si zonas mais fortes e mais fracas de proteção da liberdade, torna-se necessário que a jurisdição constitucional verifique se os pressupostos para uma regulamentação estão presentes no degrau onde a liberdade é protegida ao máximo. Em outras palavras, necessário se faz que se possa avaliar se medidas legislativas no degrau inferior não teriam sido suficientes, ou seja, se deste modo a intervenção perpetrada fosse 'inexoravelmente obrigatória'. Se se quisesse deixar ao legislador também a escolha entre os 'meios igualmente adequados', que corresponderem a degraus diferentes uns dos outros, isso acarretaria que justamente intervenções que limitem ao máximo o direito fundamental seriam, em razão de seu efeito muito eficaz para o alcance da meta almejada, as mais frequentes escolhidas e seriam aceitas sem exame. Uma proteção efetiva da área de liberdade, que o Art. 12 I GG pretende proteger com mais ênfase, não seria, destarte, mais garantida".

Nesse terceiro nível, portanto, o Tribunal examina se a medida legislativa interventiva em dado bem jurídico é necessariamente obrigatória, do ponto de vista da Constituição, para a proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes. O controle é mais rígido, pois o Tribunal adentra o próprio exame da ponderação de bens e valores realizada pelo legislador.

Assim, no exercício do controle material intensivo, o Tribunal

HC 102.087 / MG

verifica se a medida penal – que *prima facie* constitui uma intervenção em direitos fundamentais – mantém uma relação de proporcionalidade com as metas fixadas pela política criminal, destinadas, ao fim e ao cabo, à promoção da segurança e da incolumidade públicas, enfim, da paz social.

Estou certo de que essas devem ser as premissas para a construção de um modelo rígido de controle de constitucionalidade de leis em matéria penal, tendo em vista a proteção dos direitos e garantias fundamentais. 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 no 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.

4. Análise do caso**4.1. Crimes de perigo abstrato em face do princípio da proporcionalidade**

Apesar da existência de ampla controvérsia doutrinária, os crimes de perigo abstrato podem ser identificados como aqueles em que não se exige nem a efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma nem a configuração do perigo em concreto a esse bem jurídico.

Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico.

HC 102.087 / MG

Assim, os tipos de perigo abstrato descrevem ações que, segundo a experiência, produzem efetiva lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico digno de proteção penal, ainda que concretamente essa lesão ou esse perigo de lesão não venham a ocorrer. O legislador, dessa forma, formula uma presunção absoluta a respeito da periculosidade de determinada conduta em relação ao bem jurídico que pretende proteger. O perigo, nesse sentido, não é concreto, mas apenas abstrato. Não é necessário, portanto, que, no caso concreto, a lesão ou o perigo de lesão venham a se efetivar. O delito estará consumado com a mera conduta descrita no tipo.

Com isso, não é difícil entender as características e os contornos da delicada relação mantida entre os delitos de perigo abstrato e os princípios da exclusiva proteção de bens jurídicos, da lesividade ou ofensividade, ou mesmo da culpabilidade e da presunção de inocência, os quais, não há dúvida, estão intrinsecamente relacionados com o princípio da proporcionalidade²¹.

A atividade legislativa de produção de tipos de perigo abstrato, por isso, deve ser objeto de rígida fiscalização a respeito da sua constitucionalidade; especificamente, sobre sua adequação ao princípio da proporcionalidade.

A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa, ou a medida mais eficaz, para proteção de bens jurídico-penais supra-individuais ou de caráter coletivo, como o meio ambiente, por exemplo. A antecipação da proteção penal em relação à efetiva lesão torna mais eficaz, em muitos casos, a proteção do bem jurídico. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional.

21 Cfr.: AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: Edersa; 1999, pp. 325 e ss.

HC 102.087 / MG

Cabe ao Supremo Tribunal Federal exercer o controle de constitucionalidade dessa atividade legislativa em matéria penal, de acordo com os parâmetros a seguir delineados.

Em primeiro lugar, no âmbito de análise segundo a máxima da *adequação*, é possível constatar que não serão idôneos para proteção de determinado bem jurídico os atos legislativos criadores de tipos de perigo abstrato que incriminem meras infrações administrativas, as quais não têm aptidão para produzir, sequer potencialmente, qualquer perigo em concreto para o bem jurídico em questão. Isso quer dizer que os crimes de perigo abstrato devem restringir-se aos comportamentos que, segundo os diagnósticos e prognósticos realizados pelo legislador com base em dados e análises científicas disponíveis no momento legislativo – e, daí, a importância da verificação de fatos e prognoses legislativos em sede de controle judicial de constitucionalidade – geralmente configuram perigo para o bem jurídico protegido, estando descartados aqueles que apenas de forma excepcional podem ensejar tal perigo. Conforme as lições de Aguado Correa:

“Como conclusión, podemos afirmar que serán idóneos los delitos de peligro abstracto para la protección de bienes jurídicos cuando, según la forma y la intensidad de los ataques, sea necesaria su protección frente a peligros abstractos; cuando se trate de prohibir comportamientos que no afectan de modo alguno al bien jurídico correspondiente serán inidóneos. Por otra parte, únicamente será idónea la prohibición penal de acciones peligrosas en abstracto cuando las distintas formas de actuación que se prohíben normalmente supongan un peligro para el bien jurídico protegido y no cuando tan solamente en casos excepcionales puede suponer un peligro para el mismo”.²²

Nesse sentido, segundo a máxima da *necessidade*, quando houver medidas mais eficazes para a proteção do bem jurídico-penal, porém

22 Cfr.: AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: Edersa; 1999, pp. 341 e ss.

HC 102.087 / MG

menos gravosas para os direitos individuais em jogo, os crimes de perigo abstrato serão contrários aos princípios da subsidiariedade e da ofensividade e, dessa forma, ao princípio da proporcionalidade. Meros ilícitos que são objeto de responsabilização jurídica eficaz por meio do Direito Civil ou do Direito Administrativo tornam desnecessária a intervenção do Direito Penal, que deve operar apenas como *ultima ratio*. Assim, como explica Aguado Correa:

“Para que los delitos de peligro abstracto resulten compatibles con el principio de ofensividad es necesario: por una parte, que a través de los mismos se intente proteger bienes jurídicos merecedores de pena, es decir, constitucionalmente legítimos y dotados de una especial relevancia social, puesto que implican una ampliación muy importante de la tutela penal; por otra parte, que a través de los delitos de peligro abstracto se tipifiquen aquellas conductas que aparezcan como generalmente peligrosas para el bien jurídico que se trata de proteger, y no aquellas conductas que sólo en algunos casos aparecen como peligrosas; en último lugar, que en el caso concreto el comportamiento sea efectivamente peligroso para el bien jurídico protegido”.²³

No âmbito da proporcionalidade em sentido estrito, deverá ser verificado se a restrição a direitos fundamentais como resultado da incriminação de comportamentos perigosos em abstrato pode manter uma relação de proporcionalidade com a proteção do bem jurídico em questão alcançada pela medida normativa de caráter penal. Em outros termos, quanto maior for a intervenção penal em direitos fundamentais dos afetados, maior deverá ser a efetiva proteção do bem jurídico por ela almejada. Nas palavras de Aguado Correa:

“el tercer nivel del principio de proporcionalidad en sentido amplio pretende ser un control de signo opuesto de

23 AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: Edersa; 1999, p. 394.

HC 102.087 / MG

aquellas medidas que han sido consideradas idóneas y necesarias, en el sentido de si los medios utilizados, que son los que causan esa restricción de derechos fundamentales en los afectados, se encuentran en una relación de proporción con la protección del bien jurídico que a través de los mismos se pretende alcanzar. Este examen puede llevar a la conclusión de que un medio en principio idóneo y necesario para la protección del bien jurídico, no debe ser utilizado porque el menoscabo de derechos fundamentales del afectado que conlleva supera el aumento de protección del bien jurídico, de manera que la utilización de dicho medio de protección puede ser reputado desproporcionado. Ello implica que bajo determinadas circunstancias se deja de proteger legítimamente el bien jurídico porque, de lo contrario, se produciría un menoscabo desproporcionado de los derechos fundamentales".²⁴

Com efeito, à luz das premissas anteriormente expostas, mister se faz a análise contextual da norma em questão.

4.2. Dos controles de evidência, sustentabilidade ou justificabilidade e material de intensidade (proporcionalidade)

Afigura-se-me que as razões expostas superam os antes proclamados juízos de controle de evidência e sustentabilidade ou justificabilidade. Afinal, a proposição da política pública em questão encontra ressonância em estudos diversos e ecoa dentro do anseio popular. Em tese, há legitimidade no uso da discricionariedade do legislador.

Afinal, são de todos conhecidos e alarmantes os índices de violência no país. A criminalidade atua de modo a subverter os princípios do Estado Democrático de Direito, obrigando os cidadãos, principalmente nos grandes centros, a viverem intramuros, intranquilos e inseguros.

Remanescem a verificação do controle de adequação e a necessidade

24 AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: Edersa; 1999, p. 403.

HC 102.087 / MG

da medida, aferindo-se se o propósito almejado realmente pode ser obtido com a medida proposta, e se ao legislador não caberia selecionar outro meio de igual ou superior eficácia, que não restringisse ou restringisse menos o direito fundamental.

Esse juízo valorativo aproxima-se, e muito, do próprio caráter fragmentário/subsidiário do Direito Penal.

Diante desse contexto, cabe renovar a questão inicial: é ilegítima a criminalização do porte de arma desmuniada?

A resposta negativa se impõe, pois a dinâmica dos fatos verificados no cotidiano tem demonstrado que a simples apreensão e a aplicação de sanção pecuniária não são bastantes para coibir o uso e o porte da arma de fogo e, por conseguinte, reduzir os índices de violência.

Consigne-se que a majoração das penas, mediante qualificação de determinadas condutas tipificadas, quando consumadas com o emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º, I; art. 158, § 1º, CP), também, não se mostrou suficiente para coibir suas práticas.

Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.), *concessa venia*, tem inerente à sua natureza a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto.

É inquestionável que o resultado morte ou lesão – ou mesmo a ameaça – pode ser obtido pelos mais diversos objetos e formas de que a mente humana é capaz de se utilizar, mas, no caso da arma de fogo, por sua própria natureza, o legislador resolveu distingui-la e erigi-la como tipo autônomo. O legislador, na verdade, antecipou-se aos possíveis e prováveis – isso me parece que deve ficar claro, pois é o ordinário – resultados lesivos. No caso, essa antecipação encontra sustentação no próprio objeto incriminado, pois ninguém se utiliza de arma com outra finalidade senão aquela para a qual foi concebida.

HC 102.087 / MG

E mesmo aqueles que dela se apossam para se defender, comprovam as estatísticas, têm cumprindo finalidade diversa, ora sendo objeto de acidentes domésticos, ora servindo para alimentar o comércio clandestino.

Inabalável, igualmente, a lesividade à paz social. E o argumento de que ela é ínsita a todo e qualquer delito, não desautoriza seu relevo como bem a tutelar, ao revés, confirma-o e ratifica sua distinção como fato apto a merecer a proteção do Direito Penal. Diversa seria a situação se o objeto, de per si, não causasse qualquer abalo à paz social como, por exemplo, o caco de vidro, a faca (aceitos socialmente, mormente pela utilidade ordinária diversa).

Da mesma sorte e sem deslusto aos que divergem na linha de raciocínio, penso que seu poder de intimidação sobre as pessoas representa potencial lesão à paz social e à segurança pública.

Ad argumentandum, ainda, segundo Miguel Reale Junior: “o direito valora e protege os bens segundo as pautas valorativas positivamente configuradas em seus comandos, os quais se dirigem à vontade dos destinatários da norma. Como o direito, com o fim de proteger bens, exerce função reguladora das vontades individuais, apenas quando há uma possibilidade de relacionamento entre a norma e a vontade a ser regulada, é que pode ocorrer uma contrariedade ao direito”²⁵. Portanto, não há que se falar em responsabilidade penal objetiva, pois ao cidadão remanesce espaço de autodeterminação. A ele é factível, possível e desejável que se abstenha de usar ou portar arma.

Podemos, sim, poetizar sobre a arma de fogo, mas é inexorável que sua natureza é letal e, com efeito, no plano teórico, respalda uma preocupação legítima do legislador de coibir seu uso, seu porte e sua posse.

Não descuro da realidade, inclusive daquela formada por situações possíveis de ocorrer nos mais diversos rincões deste país e que, em tese, ainda que subsumidas à tipicidade formal, são desprovidas de qualquer significação social.

A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta

25

Reale Jr, Miguel. Teoria do Delito. 2ª edição, RT, p. 69

HC 102.087 / MG

ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa.

Devemos cindir a questão em dois momentos: da elaboração da norma incriminadora e da aplicação do direito ao caso concreto. Aliás, como sói ocorrer em todas as situações abarcadas pelo direito.

Assim, a questão, ao meu sentir, não reside na tipificação da conduta, mas na aplicação do direito aos diversos fatos que se verificam no cotidiano. Na avaliação concreta realizada pelo juiz, ao pretensamente realizar um juízo de subsunção do fato à norma.

A corroborar, ao menos em linha de princípio, colho a doutrina de Lênio Luiz Sreck²⁶:

“Para exemplificar, chamo a atenção para o caso de uma regra jurídica como a do art. 509 do Código Penal da Espanha, punindo todo aquele que *tuviera en su poder ganzúas y otros instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo y no diere descargo suficiente sobre su adquisición o conservación*. Ninguém discutirá que estará sujeito à penalidade aquele que for detido no pátio de uma casa, em circunstâncias que apontem para o fato de que estava colocando em risco bens jurídicos patrimoniais de terceiros (aqui não se está questionando a liberdade de conformação do legislador, isto é, não se coloca em xeque a escolha dos fins e meios para a punição da conduta e também não se questiona, no plano geral, as políticas de combate aos crimes contra o patrimônio). Também não se discutirá a hipótese do enquadramento no tipo penal daquele que for detido já em plena utilização dos referidos instrumentos, uma vez que os pré-juízos legítimos, que conformam o modo-de-ser-no-mundo dos juristas, apontam para o sentido – que é trazido pela tradição na qual estamos desde sempre inseridos – do que seja ‘instrumento próprio para o cometimento de furto’, ‘o significado de proteção à propriedade privada’, ‘crime’, ‘norma jurídica’,

26 STRECK, LENIO LUIZ. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo, Saraiva, 2011. Páginas 309-314.

HC 102.087 / MG

‘teleologia da regra’, ‘função do direito penal’, etc. Está-se diante, assim, da resposta correta para cada uma das hipóteses. Não haverá, portanto, qualquer dificuldade para procurar a resposta, porque, antes disso, já foi encontrada pelo intérprete. Antes de procurar, ele já a achou.

Mas essa fusão de horizontes pode se mostrar malsucedida, na hipótese de ocorrer a demanda pela superação das insuficiências do que onticamente objetivamos (esta demanda só ocorre para quem tem condições de identificar os falsos pré-juízos como tais). Sendo mais claro, aqui me refiro às ocorrências do mundo prático que superem a situação ou situações consideradas *standard*, o que implica perguntar: estaria correto dizer que qualquer indivíduo que seja detido transportando instrumentos aptos para cometer furtos e não dê conta dessa posse estaria ‘subsumido’ no aludido tipo penal? Antes de tudo, é possível afirmar que, no âmbito das respostas proferidas a partir de raciocínios causais-explicativos, a simples posse dos instrumentos e o ‘não dar conta’ da aquisição ou ‘transporte’ dos mesmos, já seria suficiente para o enquadramento. É o que se chamaria de ‘caso simples’.

Entretanto – e aqui aparece o problema da distinção entre casos simples e casos complexos –, uma pré-compreensão forjada no paradigma de um direito penal garantista demandará uma resposta que vá além do que ‘onticamente objetivamos’. Mas isso somente ocorre quando a coisa interpela o intérprete, convoca-o a compreendê-la, em face do estranhamento que lhe provoca, o que não acontecerá nos casos em que sequer nos perguntamos acerca das razões pelas quais a resposta é aquela. Trata-se da hipótese de horizontes distintos, que provocará o ‘choque hermenêutico’, que ocorre quando algo estranho ao seu horizonte se lhe apresenta, circunstância que faz com que o intérprete ponha em questão seus pré-juízos (obviamente, se ele tiver condições pré-compreensivas para tal). Como já referido, esse ‘choque hermenêutico’ faz o intérprete estranhar o que lhe era familiar e, ao mesmo tempo, interpela-o para que torne familiar o que lhe surge como estranho (como

HC 102.087 / MG

demonstrarei mais adiante, é quando um *hard case* se transforma em um *easy case*, o que comprova a inadequação hermenêutica de tal distinção).

Pois é nesse exato sentido que deve ser examinado o exemplo anterior, acrescido, agora, desse elemento provocador do estranhamento, isto é, no caso de alguém ser detido na posse de *ganzúas y otros* instrumentos destinados especialmente para *ejecutar el delito de robo y no diere descargo suficiente sobre su adquisición o conservación*, em plena via pública, em decorrência de uma blitz feita pela polícia. Parece que, aqui, emerge claramente a ‘insuficiência da regra’, isto é, no caso em tela, está-se diante de uma fusão de horizontes que não encontra guarida na mera objetivação. Está-se, assim, diante de uma demanda significativa que só pode ser atendida a partir da compreensão da dupla estrutura da linguagem.

Estando o intérprete inserido em uma tradição autêntica (legítima) do direito, em que os juristas reintroduzem no mundo jurídico o mundo prático sequestrado pela regra (para utilizar apenas estes componentes que poderiam fazer parte da situação hermenêutica do intérprete), a resposta correta advirá dessa nova fusão de horizontes, envolvendo a principiologia constitucional.

O caso concreto demanda uma série de análises, que ultrapassam o raciocínio causal explicativo, buscando no *ethos* principiológico a fusão de horizontes demanda da pelo estranhamento que provoca essa nova situação. Antes de qualquer outra análise, deve-se sempre perquirir a compatibilidade constitucional do dispositivo legal com a Constituição (entendida, à evidência, no seu todo principiológico) e a existência de eventual antinomia. Deve-se sempre perguntar se, à luz da Constituição, a regra jurídica é aplicável à hipótese (ao caso)”.

Com efeito, no presente caso, voto pelo indeferimento da ordem.

É como voto.

28/02/2012

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 102.087 MINAS GERAIS

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Não desconheço a posição que já se delineia neste Tribunal a propósito do tema. Entendo, no entanto, que o porte de arma *desmuniada* não produz, só por si, situação *de risco proibido relevante*.

Na realidade, esse delito **só se configura**, *no plano da tipicidade penal*, quando o comportamento do agente faz instaurar *um estado de risco proibido relevante*, cuja caracterização **decorre da presença cumulativa** de dois elementos essenciais: *de um lado*, **probabilidade** de risco efetivo ao bem jurídico penalmente tutelado **e**, *de outro*, **idoneidade** do objeto.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Veja, Vossa Excelência, que não estou a subscrever também em abstrato a legitimidade de todo e qualquer delito concebido em abstrato, nesses chamados ...

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): **É por isso que enfatizei**, em meu voto, que o agente **que porta** arma de fogo *desmuniada* **e que, simultaneamente, também não** dispõe *de acesso imediato* à munição necessária à sua utilização **não** cria **nem** faz instaurar, com esse comportamento, **situação efetiva** de perigo real, **o que descaracteriza, por completo, qualquer** possibilidade, *por remota que seja*, **de risco concreto** ao bem jurídico penalmente tutelado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas tendo em vista a situação específica de que se cuida e, talvez, a dificuldade que marca a opção legislativa e a própria necessidade de responder a um quadro específico de violência. Então, é nesse contexto que me manifestei. Porque realmente devemos ter cuidado com a possibilidade dessas tipificações.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): A questão pertinente à ofensividade típica permite reconhecer que não se pode tipificar, *arbitrariamente*, qualquer conduta, sem que dela resulte, pelo menos, danosidade potencial ao bem jurídico penalmente tutelado.

Daí o questionamento que se tem feito, *no plano doutrinário*, a respeito das tipificações concernentes aos delitos de perigo abstrato, tal como assinaei, *extensamente*, no voto que proferi na presente causa.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Tais são as razões, por mim amplamente desenvolvidas em meu voto, que me preocupam no exame do tema, notadamente em face do postulado da ofensividade que deve reger a formulação abstrata do tipo penal.

É por tal motivo, Senhor Presidente, que reconheço a inexistência, no caso ora em exame, de justa causa apta a legitimar a válida instauração, contra o paciente, da “*persecutio criminis*” questionada nesta sede processual, pelo fato de não se revestir de tipicidade penal a conduta do agente que, embora sem a devida autorização, traz consigo arma de fogo desmuniada e cuja pronta utilização se mostra inviável ante a impossibilidade material de acesso imediato à munição.

28/02/2012

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 102.087 MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, pedindo vênia ao eminente Ministro Celso de Mello - compreendo perfeitamente a posição de Sua Excelência - e também acompanhando os argumentos do Ministro Gilmar Mendes no sentido de que cada caso é um caso, deve ser examinado o ponto de vista da proporcionalidade, da razoabilidade, tendo em conta as circunstâncias fáticas, enfim, em que se deu o comportamento, mantenho o meu entendimento de que se está diante um crime de perigo abstrato para cuja caracterização desimporta o resultado concreto da ação.

De outra parte, também, num outro julgamento em que fui Relator, eu consignei que o potencial intimidatório ou o potencial de lesividade está em *re ipsa*, ou seja, está na própria coisa, como a arma, ainda que desmuniada pode causar lesões corporais na vítima, que não é raro porque, muitas vezes, isso acontece em assaltos à residência ou àqueles assaltos que são feitos nos cruzamentos de estradas, de ruas ou diante de semáforos, os assaltantes, não raro, infligem ferimentos à vítima com o cano ou coronha da arma.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Vossa Excelência me permite? O potencial de intimidação de uma arma de fogo, ainda que desmuniada, é incomparável.

Eu me lembro quando nós discutimos, e a arma de fogo desmuniada foi comparada a um tijolo, a uma pedra, a uma garrafa, eu disse: por que não a um toalha molhada? Para lembrar aquele caso de Alagoas, porque já aconteceu. Mas o fato é que, aquele que tem a infelicidade de ver contra si uma arma de fogo apontada, passa por uma experiência traumática, o susto, o medo, o pavor, o terror. É o início do fim. É terrível mesmo.

E, como disse o Ministro Gilmar Mendes, há um espaço de

HC 102.087 / MG

legiferação - falemos assim, não é, Ministro Gilmar Mendes? - que é naturalmente um pouco mais dilatado em função não só dessa potencialidade lesiva da arma de fogo e dos bens jurídicos tutelados. Os bens jurídicos tutelados - a vida, a incolumidade física etc, o próprio patrimônio - associadamente ao artefato capaz de lesioná-lo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Esse debate, se Vossa Excelência me permite, é antigo. Eu me lembro de que, quando o Ministro da Justiça era o José Gregório, ele já trabalhava no sentido de introduzir a ideia de proibição geral do porte de arma, com as exceções conhecidas, e com base em dados estatísticos que sugeririam exatamente que a não disponibilidade da arma de fogo impedia uma série de crimes. E, às vezes, são medidas até prosaicas.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Ministro Ricardo Lewandowski, só para arrematar o lúcido pensar de Vossa Excelência, todos nós temos em mente que arma de fogo também é incomparavelmente mais - digamos - perigosa porque ela alveja a distância e pode ser acionada várias vezes e rompe obstáculos, como nenhum outro artefato lesivo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas esse era o argumento do municiação.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Eu entendo perfeitamente o ponto de vista do Ministro Celso de Mello, mas, graças ao bom Deus, ao destino e a minha sorte, eu nunca tive contra mim uma arma de fogo apontada, mas eu não sei nem como eu reagiria diante de uma arma de fogo apontada contra mim.

28/02/2012

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 102.087 MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Senhor Presidente, eu voto com a corrente que pugna pela prevalência da noção de crime abstrato. Agora eu não sei como está a repartição dos votos.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - O Ministro Celso de Mello, Relator das três ações de **habeas corpus**, deu pela concessão da ordem. Vossa Excelência entende que a arma de fogo desmuniada não materializa o tipo penal. Há falta de lesividade, de danosidade e o perigo efeito não ocorre; não é isso, Ministro?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Esse delito **só se configura**, a meu juízo, *no plano da tipicidade penal*, quando o comportamento do agente **faz instaurar um estado de risco proibido relevante**, cuja caracterização **decorre da presença cumulativa (inexistente** na espécie) de dois elementos essenciais: *de um lado, probabilidade* de risco efetivo ao bem jurídico penalmente tutelado *e, de outro, idoneidade* do objeto.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - O Ministro Gilmar Mendes, num voto igualmente sólido, fundamentado, fez considerações sobre esse espaço de discricionariedade legislativa em prol de uma política criminal mais eficaz.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Justificada, neste caso.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Ponderando Sua Excelência, o Ministro Gilmar Mendes, que há situações em concreto que podem nos levar a uma relativização dessa ideia de crime abstrato.

Vossa Excelência, portanto, está habilitado a votar?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Senhor Presidente, eu acompanho a divergência do Ministro Gilmar Mendes.

28/02/2012

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 102.087 MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) -
Também, pedindo todas as vênias ao Ministro Celso de Mello e sempre louvando a fundamentação erudita nos votos do Ministro Celso de Mello, eu vou acompanhar o voto do Ministro Gilmar Mendes, dizendo inclusive a Sua Excelência que, do ponto de vista do Direito Constitucional, o voto de Vossa Excelência me leva a um repensar de muita coisa. Se Vossa Excelência me obsequiar com uma cópia do seu voto, eu antecipadamente agradeço.



SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 102.087

PROCED. : MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S) : RENATO DE SALES PEREIRA

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após o voto do Relator que deferia a ordem, o julgamento foi suspenso em virtude de pedido de vista formulado pelo Ministro-Presidente. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Ayres Britto. **2ª Turma**, 15.03.2011.

Decisão: ordem denegada, vencido o Senhor Ministro Celso de Mello. Decisão majoritária. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Gilmar Mendes. **2ª Turma**, 28.02.2012.

Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Karima Batista Kassab
Coordenadora