



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

A PROTEÇÃO DEFICIENTE DA
LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE
DESPORPORCIONALIDADE POR DEFICIÊNCIA DA PROTEÇÃO PENAL
DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

PAULO ROBERTO SAMPAIO SANTIAGO

Salvador/BA
Novembro de 2012

-PAULO ROBERTO SAMPAIO SANTIAGO

**A PROTEÇÃO DEFICIENTE DA
LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE
DESPORPORCIONALIDADE POR DEFICIÊNCIA DA PROTEÇÃO PENAL
DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito final para a obtenção do grau de Mestre em Direito Público, sob orientação do Prof. Dr. Sebastián Borges de Albuquerque Mello.

**Salvador/BA
Novembro de 2012**

PAULO ROBERTO SAMPAIO SANTIAGO

**A PROTEÇÃO DEFICIENTE DA
LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE
DESPORPORCIONALIDADE POR DEFICIÊNCIA DA PROTEÇÃO PENAL
DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito final para a obtenção do grau de Mestre em Direito Público, sob orientação do Prof. Dr. Sebastián Borges de Albuquerque Mello.

A presente dissertação foi defendida e aprovada em 07 de dezembro de 2012, pela banca examinadora composta pelos seguintes integrantes:

Prof. Dr. Sebastián Borges de Albuquerque Mello
Membro Orientador

Profa. Dra. Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado
Membro Presidente

Prof. Dr. Paulo de Souza Queiroz
Membro Convidado

*A presente pesquisa foi realizada com
apoio institucional e financeiro da
Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado
da Bahia – FAPESB.*

*A sociedade não pode perder
a crença de que o Estado dará a resposta
penal adequada.*

Ministro Carlos Ayres Britto

RESUMO:

A presente pesquisa tem por objeto o postulado da proporcionalidade, desenvolvido pela doutrina internacional na segunda metade do século XX e sistematizado principalmente pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. Mais especificamente, estuda-se a proporcionalidade enquanto proibição de proteção deficiente de bens jurídico-penais de dignidade constitucional, com o objetivo de compreender os critérios e os limites para a definição de um dever estatal de tutela penal. A pesquisa tem como plano de fundo a análise da Lei de Abuso de Autoridade – Lei nº 4.898/65 –, que define o procedimento para a responsabilização civil, administrativa e penal dos agentes públicos que, com abuso de poder, violem liberdades fundamentais consagradas no texto da Constituição Federal de 1988. Pretende-se, por fim, concluir acerca do atendimento, pela Lei de Abuso de Autoridade, dos critérios de proporcionalidade e do dever de tutela imposto ao Estado, de modo a definir se há, no caso em estudo, satisfação ao postulado da proporcionalidade enquanto proibição de proteção deficiente.

PALAVRAS-CHAVE: Proporcionalidade; proibição de proteção deficiente; deveres de proteção; imperativos de tutela; mandamentos de criminalização; ofensividade; bem jurídico-penal; democracia substancial; abuso de autoridade.

ABSTRACT:

The present research's object is the principle of proportionality, developed by international doctrine in the second half of the twentieth century and systematized mainly by the jurisprudence of the German Federal Constitutional Court. More specifically, it studies the proportionality while prohibition of too little protection of legal rights of criminal constitutional dignity, in order to understand the criteria and thresholds for the definition of a state's duty to penal tutelage. The research has the background to the analysis of Authority Abuse Act – Law No. 4.898/65 –, which sets out the procedure for civil, administrative and criminal responsibility for public officials who, with abuse of power, violates fundamental freedoms enshrined in text of the Brazilian Federal Constitution of 1988. It is intended to eventually conclude if the Authority Abuse Act fulfills the criteria of proportionality and the duty of protection imposed on the state in order to determine whether there is, in this particular case, the fulfillment of the principle of proportionality while prohibition of too little protection.

KEY-WORDS: Proportionality; prohibition of too little protection; duty of protection; tutelage imperatives; commandments of criminalization; offensiveness; legal rights; substantial democracy, authority abuse.

SUMÁRIO

RESUMO:	5
PALAVRAS-CHAVE:	5
ABSTRACT:	5
KEY-WORDS:	5
1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	11
2. O POSTULADO da proporcionalidade	15
2.1. REGRAS E PRINCÍPIOS: ESPÉCIES DE NORMA JURÍDICA	15
2.1.1. Evolução do conceito de princípio	15
2.1.2. A normatividade dos princípios	16
2.1.3. Princípios e regras	20
2.1.3.1. <i>Crítérios distintivos</i>	20
2.1.3.2. <i>Tentativa de definição</i>	21
2.1.3.3. <i>Solução de conflitos normativos</i>	22
2.1.3.4. <i>Preferência do nível das regras</i>	24
2.1.3.5. <i>Princípios instrumentais, metaprincípios ou postulados</i>	26
2.2. ORIGEM E CONCEITO DO POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE	28
2.2.1. Matriz norte-americana e o devido processo legal	29
2.2.2. Matriz europeia e legalidade substancial	30
2.2.3. Proporcionalidade e razoabilidade	32
2.2.4. Proporcionalidade, direitos fundamentais e Estado de Direito	35
2.2.5. Natureza jurídica da proporcionalidade	37
2.2.6. Relação entre proporcionalidade e princípios jurídicos	39
2.3. ESTRUTURA DO POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE: RELAÇÃO MEIO-FIM E PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	40
2.4. MÁXIMAS DA PROPORCIONALIDADE	41
2.4.1. A adequação	41
2.4.1.1. <i>Adequação e proteção de bens jurídicos</i>	43

2.4.2.	A Necessidade	46
2.4.2.1.	<i>Necessidade e intervenção mínima</i>	47
2.4.3.	A proporcionalidade em sentido estrito	50
2.4.3.1.	<i>Proporcionalidade em sentido estrito: ponderação de bens protegido e sacrificado no âmbito penal e intervenção mínima</i>	51
2.5.	PROPORCIONALIDADE E PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS	53
2.5.1.	Ponderação e princípios jurídicos.....	54
2.5.2.	Lei de sopesamento.....	56
2.6.	A PROPORCIONALIDADE E A REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES LEGISLATIVAS E EXECUTIVAS.....	58
2.6.1.	O papel do juiz numa democracia substancial	61
2.6.1.1.	<i>Jurisdição constitucional e proteção dos vulneráveis</i>	64
2.6.1.2.	<i>A atividade judicial e a ponderação de princípios</i>	66
3.	A PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE	70
3.1.	PROPORCIONALIDADE COMO PROIBIÇÃO DE EXCESSO E DE INSUFICIÊNCIA	70
3.1.1.	Proporcionalidade e Proibição de Excesso	71
3.1.2.	Proporcionalidade e Proibição de Proteção Deficiente.....	75
3.2.	ORIGEM: DECISÃO PARADIGMÁTICA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO	79
3.3.	O DEVER DE PROTEÇÃO	81
3.3.1.	A noção de Canaris sobre os imperativos de tutela	86
3.4.	A PROIBIÇÃO DE INFRAPROTEÇÃO E O DIREITO PENAL.....	90
3.4.1.	O direito penal como proteção de bens jurídicos: direito fundamental de natureza prestacional.....	90
3.4.1.1.	<i>A proteção de bens jurídicos</i>	90
3.4.1.2.	<i>A proteção de bens jurídicos como prestação estatal</i>	92
3.4.1.3.	<i>A noção de garantismo positivo e a tutela efetiva de bens jurídicos</i>	94
3.4.1.4.	<i>A proibição de infraproteção penal de bens jurídicos: mandamentos de criminalização</i>	96

3.4.2.	A questão das incoerências endonormativas.....	101
3.4.3.	Limite à proporcionalidade como proibição de proteção deficiente de bens jurídico-penais: a barreira intransponível da legalidade	103
3.4.4.	A possibilidade de controle jurisdicional da proibição de proteção deficiente no campo do direito penal: a inconstitucionalidade de normas que reduzam desproporcionalmente a proteção de bens jurídicos fundamentais.....	107
4.	O CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE: ANÁLISE DA LEI Nº 4.898/65..	111
4.1.	OBJETIVIDADE JURÍDICA: PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA REGULARIDADE DA ADMINISTRAÇÃO.....	112
4.2.	BEM JURÍDICO PROTEGIDO: <i>DEMOCRACIA SUBSTANCIAL</i>	114
4.2.1.	Fundamento filosófico da democracia.....	114
4.2.2.	O esgotamento da visão formal de democracia e a <i>democracia substancial</i>	117
4.2.3.	<i>Democracia substancial</i> , Estado de Direito e direitos fundamentais	119
4.3.	ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE.....	122
4.3.1.	A responsabilidade administrativa e sua relação com as Leis nº 8.112/90 e 8.429/92	123
4.3.2.	A responsabilidade civil e sua relação com a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos causados por seus agentes – art. 37, §6º da Constituição Federal	125
4.4.	A RESPONSABILIDADE PENAL	128
4.4.1.	Tipos penais – Art. 3º e 4º.....	128
4.4.1.1.	<i>Tipos previstos no artigo 3º da Lei nº 4.898/65 – atentados gerais às liberdades públicas</i>	129
4.4.1.1.1.	Atentado à liberdade de locomoção (art. 3º, a)	129
4.4.1.1.2.	Atentado à inviolabilidade do domicílio (art. 3º, b)	130
4.4.1.1.3.	Atentado ao sigilo da correspondência (art. 3º, c).....	131
4.4.1.1.4.	Atentado à liberdade de consciência e de crença (art. 3º, d) e ao livre exercício do culto religioso (art. 3º, e).....	133
4.4.1.1.5.	Atentado à liberdade de associação (art. 3º, f) e ao direito de reunião (art. 3º, h)	134

4.4.1.1.6. Atentado aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto (art. 3º, g)	135
4.4.1.1.7. Atentado à incolumidade física do indivíduo (art. 3º, i)	138
4.4.1.1.8. Atentado aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional (art. 3º, j)	140
4.4.1.2. <i>Tipos previstos no artigo 4º da Lei nº 4.898/65 – tipos especiais de violação a direitos fundamentais</i>	140
4.4.1.2.1. Ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder (art. 4º, a)	141
4.4.1.2.2. Submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei (art. 4º, b)	142
4.4.1.2.3. Deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa (art. 4º, c)	143
4.4.1.2.4. Deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada (art. 4º, d)	144
4.4.1.2.5. Levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei (art. 4º, e)	145
4.4.1.2.6. Cobrar o carcereiro ou agente de autoridade policial carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei, quer quanto à espécie quer quanto ao seu valor (art. 4º, f); recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem, custas, emolumentos ou de qualquer outra despesa (art. 4º, g)	145
4.4.1.2.7. O ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal (art. 4º, h)	146
4.4.1.2.8. Prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade (art. 4º, i)	147
4.4.2. Espécies de sanção	148
4.4.2.1. <i>Da pena de multa</i>	148
4.4.2.2. <i>Da pena privativa de liberdade</i>	149

4.4.2.3.	<i>Da pena acessória de perda do cargo e inabilitação para o exercício de outra função pública</i>	149
4.4.2.4.	<i>Da proibição do exercício de funções de natureza policial ou militar no município da culpa</i>	150
4.4.3.	Natureza de crime de menor potencial ofensivo e aplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais.....	150
4.4.4.	Do direito de representação e da propositura da ação penal	153
4.4.5.	Inocuidade da sanção penal.....	154
4.4.6.	Desproporcionalidade em relação aos demais crimes contra a Administração Pública	156
4.4.7.	Necessidade de adequação da Lei nº 4.898/65: solução de <i>lege ferenda</i>	161
5.	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	165
	REFERÊNCIAS.....	174

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Diante do desenvolvimento do Direito Constitucional, da tentativa de construção, na pós-modernidade, de verdadeiros Estados Democráticos e da busca pela preservação e, em especial, pela implementação de direitos fundamentais, observa-se um constante clamor social por medidas do Estado brasileiro para tornar efetivo o extenso rol de direitos consagrados pela Constituição Cidadã, notadamente aqueles de natureza prestacional. Trata-se nada mais que do fervor social pela proibição da insuficiência diante de um contexto de progressiva descrença nos direitos fundamentais¹. Trata-se, com efeito, da pressão feita pela sociedade (e dirigida pelos veículos de comunicação em massa) para que o Estado atue de forma ativa para proporcionar aos cidadãos os direitos insculpidos na Constituição.

Nesse sentido, exige-se que o Estado promova educação de qualidade, que disponibilize um sistema de saúde eficiente, que regule a economia, que fixe padrões mínimos de atendimento ao consumidor, que promova a igualdade material por meio de políticas de discriminação positiva, entre outras medidas de promoção dos direitos fundamentais. Muitas vezes, contudo, esse fenômeno leva o Estado, a pretexto de ter meios para concretizar os direitos fundamentais, a agigantar sua presença nas relações sociais, aumentando seu poder perante os indivíduos e, conseqüentemente, diminuindo o âmbito das liberdades individuais (também direitos fundamentais).

Nesse contexto, revela-se importante o desenvolvimento de pesquisas e trabalhos científicos que auxiliem a equacionar e ponderar a tutela ativa estatal de direitos fundamentais com a preservação de liberdades individuais. Esse equacionamento não se pode fazer sem que se passe pela análise e aplicação do dever de proporcionalidade. Faz-se necessário, pois, um estudo de caráter, essencialmente, interdisciplinar, tendo em vista a imperatividade da compreensão do próprio sentido da proporcionalidade, de sua localização na teoria e filosofia do direito e, principalmente, de sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio. Isso porque, com a ascensão do paradigma pós-positivista, a aplicação (concretização) do direito deixa de obedecer a uma lógica formal, de mero silogismo, passando a considerar fatores alheios à letra fria da lei.

¹SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, ano 12, n. 47. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.74.

A proporcionalidade, num contexto de neoconstitucionalismo, pós-positivismo e quebra de paradigmas de reprodução acrítica do direito, contribui para a reconstrução do pensamento e da ciência jurídica de forma mais científica, mais objetiva. Demais disso, faz-se imperioso o confronto dos princípios penais (fruto de uma perspectiva penal garantidora dos direitos fundamentais do indivíduo) com os princípios inerentes à ordem constitucional e aos demais ramos do direito, tendo em vista a necessidade de uma análise sistemática da proteção dos direitos fundamentais.

É dizer, a proporcionalidade, vista como postulado interpretativo inerente à ordem jurídica constitucional de qualquer Estado de Direito, permeia a aplicação e formação também do direito penal, e deve ser compreendida tanto em sua perspectiva de proibição de excesso quanto em sua perspectiva de proibição de proteção deficiente, sobre o que se tratará no presente trabalho. Nesse passo, ainda que se trate nos dois casos de facetas da proporcionalidade, importa distinguir metodologicamente a proibição de excesso da proibição de insuficiência: o excesso trata de uma intervenção estatal que transborda os limites da proteção de um direito fundamental; já a insuficiência trata de uma omissão na efetiva tutela estatal.

Conquanto tenha encontrado vozes a reverberá-la na seara da defesa de direitos prestacionais de cunho eminentemente social, foi no campo do direito penal que a tese da proibição da insuficiência ganhou forma, a partir de uma decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão que resolveu o conflito entre a proteção ao direito à vida e a descriminalização do aborto. Naquela ocasião, a Corte germânica entendeu que o legislador estaria proibido de renunciar ao emprego do direito penal e dos seus efeitos protetores para garantir o direito à vida (não nascida). Com o amadurecimento da ideia de estado provedor, a compreensão da proibição da insuficiência passou a ser relacionada diretamente à efetivação de direitos prestacionais. Nesse sentido, considerar uma postura do Estado como insuficiente – por não oferecer uma proteção adequada e eficaz – seria considerá-la desproporcional em sentido estrito e, portanto, inconstitucional.

A proibição da insuficiência, assim, como uma faceta do princípio da proporcionalidade, tem a função de impedir que o Estado se omita em responder adequadamente às ofensas significativas aos bens jurídicos de dignidade constitucional². É dizer, a proibição da

²QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 33.

insuficiência consubstancia uma obrigação dirigida ao Estado para que este adote medidas positivas também de caráter penal com o objetivo de tutelar direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.

Transportando o conceito para o campo penal, portanto, a noção de proibição de insuficiência reflete a moderna política criminal de proteção aos direitos fundamentais, que consagrou a tese de que a definição de um determinado interesse como bem jurídico de dignidade constitucional reflete na necessidade de uma proteção legislativa. Ao legislador se reserva a competência de viabilizar o meio para essa tutela, mas dele se exige que não frustre as expectativas de proteção do dito bem fundamental.

Nesse contexto, destaca-se a Lei de Abuso de Autoridade como objeto de estudo deste trabalho. A Lei nº 4.898/65 foi editada nos primórdios do regime ditatorial inaugurado em 1964, com o suposto objetivo de proteger os indivíduos contra os excessos dos agentes públicos no exercício do poder que lhes foi confiado. Referida norma, contudo, estabeleceu procedimentos ineficazes e cominou sanções insuficientes, chegando, em certos casos, a reduzir a proteção conferida pelo Código Penal aos indivíduos vitimados pelo abuso do poder.

Dessa forma, tendo em vista o fato de que, por meio da tutela de liberdades fundamentais consagradas expressamente no texto da Constituição Republicana de 1988, os tipos penais referentes ao abuso de autoridade resguardam, em verdade, a própria conformação político-social do Estado Social e Democrático de Direito, pretende-se verificar se a regulação legislativa é suficiente para proteger de forma adequada os direitos e valores fundamentais a ela relacionados.

Destarte, inicia-se o trabalho pela exposição do já conhecido e estabelecido modelo de regras e princípios. Pretende-se compreender a evolução do modelo principiológico, atestando sua normatividade e imperatividade como meio de compreender o postulado da proporcionalidade, suas origens a partir de ambas as matrizes – norte-americana e européia continental –, as tentativas de sua conceituação. Impende compreender a estrutura da proporcionalidade e suas máximas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Pretende-se compreender, desse modo, a relação entre proporcionalidade e o modelo principiológico do direito. Verifica-se, assim, que, da estrutura dos direitos fundamentais e de seu caráter relativo, deriva a aplicação da proporcionalidade, como instrumento de realização e maximização de princípios definidores de direitos fundamentais. Concebe-se, pois, que a

proporcionalidade atua como um postulado, metaprincípio ou princípio instrumental, viabilizando a concretização normativa numa perspectiva de defesa e otimização dos direitos fundamentais.

Prossegue-se, então, com a análise da proibição de proteção deficiente, faceta do postulado da proporcionalidade. Estudar-se-á a sua estrutura, origem e sistematização pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, bem como pela doutrina constitucional. Deve-se compreender como seu pressuposto a doutrina dos deveres de proteção ou imperativos de tutela, bem como a existência de mandamentos constitucionais explícitos e implícitos de criminalização de condutas. Ademais, pretende-se compreender suas dessemelhanças em relação à proibição de excesso, especialmente no que toca à sua justiciabilidade e limitação pela legalidade no campo do direito penal.

Por fim, passa-se à análise da Lei de Abuso de Autoridade, por meio do estudo do bem jurídico por ela protegido, do procedimento nela definido, das formas prescritas para a responsabilização civil, administrativa e penal dos agentes públicos, bem assim da eficácia de suas prescrições. Estudar-se-ão, ainda, as condutas tipificadas nos art. 3º e 4º da Lei nº 4.898/65, relacionando-as com as liberdades fundamentais tuteladas pela Constituição Federal de 1988. Ademais, serão analisadas as sanções prescritas pela legislação especial e sua relação com os crimes contra a Administração, definidos pelo Código Penal brasileiro, para concluir acerca do atendimento, pela Lei de Abuso de Autoridade, dos critérios de proporcionalidade cardinal e ordinal e, portanto, do postulado da proporcionalidade enquanto proibição de proteção deficiente.

2. O POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE

2.1. REGRAS E PRINCÍPIOS: ESPÉCIES DE NORMA JURÍDICA

2.1.1. Evolução do conceito de princípio

Os últimos duzentos anos representaram para as sociedades humanas – especialmente aquelas organizadas em torno do modelo ocidental-capitalista – um período de profundas e dinâmicas alterações estruturais, tecnológicas, comportamentais. O direito, como fruto dessas relações humanas, foi diretamente afetado por tais mudanças.

Desde a ascensão da modernidade, observaram-se sucessivos paradigmas de compreensão do fenômeno jurídico, cunhados à base de acordos e revoluções, num constante processo de superação para melhor refletir e ordenar os problemas enfrentados pelo homem. Nesse contexto, Ricardo Maurício Freire Soares³ destaca o desafio que a pós-modernidade representa para o direito: são tempos em que se questiona de forma especialmente incisiva sua capacidade para responder aos problemas gerados pelas voláteis relações atuais.

É nesse ambiente de ceticismo que se desenvolve a concepção dos princípios como inerentes ao sistema aberto da ciência do direito. A natureza principiológica das normas jurídicas – ao menos em sua gênese e fundamento – passa a ser vista como decorrência natural da nova forma de organização da sociedade contemporânea, em substituição ao modelo desgastado de exegese legislativa deixado para trás com as agruras do período das guerras europeias. Das normas se passa a exigir uma materialidade de base constitucional, a partir do esgotamento da visão procedimentalista de uma democracia vazia de significado e conteúdo axiológico⁴.

Esse processo de evolução da importância dos princípios para a ciência do direito, segundo Paulo Bonavides, passou por três fases marcantes: o jusnaturalismo, o positivismo e o pós-positivismo⁵.

A primeira corrente teria os princípios como “axiomas jurídicos”, estabelecidos pela reta razão. Tal modelo caracterizar-se-ia por uma notável universalidade, permeada por princípios de justiça e equidade, um direito ideal. Independentemente da origem a que se atribua a concepção da ordem natural – natureza, divindade ou razão –, o direito derivaria de uma

³SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 50.

⁴STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 176.

⁵BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 232.

ordem eterna, imutável. Os princípios seriam os valores, as “verdades objetivas” de que deriva o direito⁶.

Para o positivismo, os “princípios gerais do direito” resultariam da própria ordem positiva: obtidos mediante indução, abstração, generalização das normas postas. Nessa linha, os princípios seriam pautas definidas pelo legislador mediante a positivação de normas. Seriam utilizados para integrar o direito, já que derivam das opções legislativas, produto do processo democrático formal⁷.

Com a ascensão do paradigma pós-positivista, abandona-se a distinção entre princípios e normas. Princípios e regras passam a ser entendidos como espécies do gênero normas. Dessa forma, atribui-se normatividade aos princípios, vistos, agora, como “valores fundamentais”, que “governam a Constituição, o *regímen*, a ordem jurídica”. Não resultam simplesmente da lei, mas do direito, concebido como ordem substancial, material de normas e valores⁸.

As normas deixam, assim, de ser compreendidas como componentes de um sistema fechado, axiomático, dedutível por mera subsunção. A pós-modernidade não comporta uma simples aplicação lógico-formal do direito. O raciocínio jurídico, longe de fundamentado em premissas absolutas e incontestáveis – naturais ou positivadas –, exige que sejam ponderados valores e apreciados argumentos. A atividade hermenêutica se destaca como meio indispensável para a produção e concretização do direito⁹.

Nesse passo, afirma-se que a positivação normativa é parcial: o conteúdo somente se extrairá com a atividade interpretativa que, mais que declaratória, complementa o significado da norma. Os princípios e os valores por eles incorporados ao sistema adquirem força normativa por meio do fenômeno da interpretação¹⁰.

2.1.2. A normatividade dos princípios

O paradigma principiológico emergente a partir da segunda metade do século XX coloca essa espécie de normas no centro do ordenamento, ocupando posição de destaque no raciocínio jurídico. Daí se poder afirmar que o modelo pós-positivista insere os princípios “no campo da

⁶BONAVIDES, Paulo. *Curso... Op. Cit.*, p. 234.

⁷*Id. Ibid.*, p. 235.

⁸*Id. Ibid.*, p. 259-260.

⁹SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica... Op. Cit.*, p. 55-60.

¹⁰TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 79.

normatividade jurídica”, conferindo-lhe a carga de imperatividade própria das regras – antes tratadas como única espécie de norma¹¹.

Norberto Bobbio¹² trata de modo claro a questão da normatividade dos princípios. Refere à existência de certa celeuma acerca de tal característica, mas é enfático ao afirmar que “não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras”. Para tanto, indica dois argumentos simples e irrefutáveis. O primeiro é de natureza normogênica: se das normas – leia-se: regras, aquelas cuja normatividade não se questiona – se extraem princípios por meio de um processo de generalização e abstrativização sucessiva, somente pode ser o resultado uma norma. Já o segundo argumento é funcional: princípios e normas – regras, novamente – assumem, no ordenamento, a mesma função, qual seja a de regulação de casos concretos, condutas humanas. Revela, com isso, o jurista italiano uma superação do paradigma legalista que nega normatividade aos princípios¹³.

O pós-positivismo, segundo Luís Roberto Barroso¹⁴, reflete exatamente uma tentativa de superação do legalismo, da pretensão de isenção valorativa da norma jurídica. Tal superação, contudo, fugindo ao clichê jusnaturalista, não se dá por meio do “recurso a ideias metafísicas ou abstratas”. Bem ao contrário, o pós-positivismo não se funda em qualquer metafísica, mas em valores concretos, frutos de uma perspectiva histórica de construção e de conquista de direitos.

Nesse passo, destaca-se o caráter histórico dos direitos do homem. Conquistados que são, sempre refletem um modelo valorativo, que se produz questionando modelos pretéritos e já esgotados. Os valores – e assim os princípios – são, portanto, históricos, característicos de cada época e lugar, concebidos “não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”¹⁵.

Tais valores fundamentais, resultado da própria dinâmica social, das relações humanas, integram o sistema por meio dos princípios, normas de textura aberta que garantem a unidade do sistema, norteiam o processo de interpretação e concretização do direito. São eles

¹¹SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca de um direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 113.

¹²BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 158.

¹³*Id. Ibid.*, p. 158-159.

¹⁴BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Luís Roberto Barroso (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 42.

¹⁵BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. 15. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 05.

“exigências morais” características de um determinado período e local, de modo que, no curso do tempo, seu peso refletirá a realidade de diversas organizações sociais¹⁶.

Importante pontuar a validação tópica dessa espécie normativa. Para o Willis Santiago Guerra Filho, isso permite justamente a resignificação de um mesmo conjunto de normas em consideração a diferentes situações – e contextos – de aplicação. Essa forma de validação é imposta, afirma, pela própria estrutura das “sociedades hipercomplexas da (pós- ou hiper) modernidade”¹⁷.

Aqui se destaca o papel da hermenêutica constitucional e da teoria dos direitos fundamentais. Num processo gradual – apesar de não tão lento –, os princípios são revalorizados e alçados ao ápice da pirâmide normativa, incorporados aos diplomas normativos implícita ou explicitamente. É nesse contexto que se enxerga uma reaproximação entre direito e ética, operada por meio da normatização dos princípios¹⁸.

De modo semelhante, com o neoconstitucionalismo – fenômeno correlato ao pós-positivismo no direito constitucional – observa-se o processo de normatização da Constituição, que deixa de ser vista como mera carta de recomendações ou programas desprovidos de imperatividade. Nesse contexto, os textos constitucionais ganham importância porque deixam de encerrar apenas as normas de organização e procedimento, passando a ser dotados de verdadeiro “conteúdo substancial que condiciona a validade das normas infraconstitucionais”¹⁹. A Constituição assume o centro do ordenamento e passa a emanar, assim, verdadeiras ordens de concretização dos valores nela insertos. Seus direitos fundamentais adquirem eficácia normativa imediata e direta, impositiva em face dos órgãos estatais – e também dos particulares. Os princípios, nesse processo, assumem papel preponderante, uma vez que, de ordinário, por meio deles são positivados os direitos fundamentais²⁰.

¹⁶CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 300.

¹⁷GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Princípio da proporcionalidade e teoria do direito: Revista Jurídica da Universidade de Franca*, vol. 4, ano 3. Franca: Universidade de Franca, 2000, p. 207-208.

¹⁸BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In: *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Organização de Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 336.

¹⁹POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. In: *Doxa: Cuadernos del filosofía del derecho*. Espanha: Doxa 21-II, 1998. p. 341.

²⁰SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio... Op. Cit.* p. 124.

Justamente por serem elevados ao cume da pirâmide normativa, consagrados que são no nível constitucional, os princípios jurídicos assumem o papel de “condição de validade” das demais normas jurídicas. Desse modo, em vez da compreensão de que os princípios são induzidos a partir das regras, muito pelo contrário, estas últimas deles derivam, deles tiram fundamento e validade²¹.

A normatividade dos princípios não é uma questão de menor importância. Impende reconhecê-la, uma vez que, sendo os princípios normas jurídicas impositivas, os olhos dos cientistas do direito se voltam para a garantia de sua concretização e maximização de sua eficácia. Os princípios figuram como normas que encerram os valores centrais, fundamentais de uma dada sociedade, de modo que os concretizar significa efetivar os anseios sociais e os direitos fundamentais conquistados e consagrados na ordem jurídica²².

Desse modo, a constitucionalização desses valores por meio de normas principiológicas força seja ultrapassada a concepção de “eficácia programática”. A normatividade dos princípios em nível constitucional – mormente daqueles definidores de direitos fundamentais – impõe a efetivação dos direitos por eles assegurados, sob pena de afronta ao Texto Fundamental de uma ordem normativa²³.

Nesse passo, os princípios jurídicos assumem uma eficácia interpretativa, regulatória e supletiva. Isso porque, de início, legitimam uma dada interpretação normativa, mormente das regras que lhes concretizam – já que funcionam como “imposições axiológicas” que reforçam a argumentação fundamentadora de determinada decisão²⁴. Mas os princípios não funcionam apenas influenciando a compreensão de outras normas. Eles também atuam diretamente na compreensão de fatos e provas, o que lhes garante eficácia regulatória direta²⁵. Demais disso, por meio dos princípios e das pautas valorativas por eles estabelecidas se integra o ordenamento jurídico, já que eles informam e orientam o intérprete no “preenchimento” das lacunas²⁶.

²¹SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, p. 26.

²²SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Curso... Op. Cit.* p. 26.

²³BONAVIDES, Paulo. *Curso... Op. Cit.* p. 231-232.

²⁴SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Curso... Op. Cit.* p. 27.

²⁵ÁVILA, Humberto. *Teoria Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed.. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 99.

²⁶MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. O princípio da Proporcionalidade no direito penal. In: *Princípios Penais Constitucionais*. Ricardo Augusto Schmitt (org.). Salvador: JusPodivm, 2007. p. 03-04.

2.1.3. Princípios e regras

Luís Roberto Barroso²⁷, resumindo o entendimento doutrinário assente já tratado alhures, enuncia que as normas em geral – e, notadamente, as constitucionais – dividem-se em duas categorias: princípios e regras. Acrescenta que não há hierarquia entre ambos, com fundamento na unidade da Constituição²⁸ – por óbvio, está-se tratando de normas constitucionais, já que entre princípio constitucional e regra legal há clara hierarquia.

Willis Santiago Guerra Filho²⁹, por seu turno, assentindo na distinção já elaborada, classifica-as, afirmando que as regras reportam-se a condutas ou situações determinadas e os princípios positivam valores. Essa distinção, contudo, não é tão pacífica. Podem-se identificar na doutrina vários critérios para separar uma espécie da outra.

2.1.3.1. Critérios distintivos

Robert Alexy aponta para a importância de uma clara distinção entre regras e princípios em virtude do fato de que “constitui estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais”, funcionando como ponto de partida para a definição da racionalidade no discurso jurídico e, especialmente, no âmbito dos direitos fundamentais³⁰. Ele descreve diversos critérios distintivos, indicando a generalidade como aquele mais comumente utilizado³¹. Por esse critério, princípios seriam aquelas normas dotadas de maior grau de generalidade – note-se que, aqui, o critério enfatiza uma diferença de grau, quantitativa, portanto, e não qualitativa.

Ana Paula de Barcellos³², por seu turno, acentua que, no caso das regras, há apenas um caminho que leva o seu efeito às condutas previstas; já no caso dos princípios, seus efeitos ligam-se a diferentes condutas por uma infinidade de caminhos distintos. Acrescenta a autora que o critério definidor do caminho escolhido “não é exclusivamente jurídico ou lógico”.

Outros critérios ainda se podem destacar³³: no que toca ao conteúdo, os princípios identificam valores a se preservar ou fins a se alcançar; as regras, por sua vez, são diretas ao traçar

²⁷BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 30.

²⁸*Id. Ibid.*, p. 30.

²⁹GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Op. Cit.*, p. 196.

³⁰ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85.

³¹*Id. Ibid.*, p. 87.

³²BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*. In: *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Organização de Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 72.

³³BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 340-342.

condutas e consequências jurídicas específicas. No aspecto da estrutura normativa, as regras são específicas, delineando os atos que lhe garantem o cumprimento adequado; os princípios indicam estados ideais. Quanto à forma de aplicação, as regras são simplesmente aplicáveis ou não, pelo método de subsunção; já os princípios, dotados de alta carga valorativa, encerram um “fundamento ético, uma decisão política relevante” e são aplicados, de ordinário, mediante ponderação.

Humberto Ávila³⁴ destaca, ainda, a importância dos princípios para a compreensão das regras, de seu sentido mesmo. A importância das regras, diz o autor, seria a de afastar a incerteza – já que encerram a escolha de meios –; de reduzir a arbitrariedade na aplicação direta de valores – já que concretizam as condutas –; e de “evitar problemas de coordenação, deliberação e conhecimento”³⁵.

2.1.3.2. Tentativa de definição

Numa tentativa de sistematizar de forma coordenada regras e princípios, Robert Alexy propõe um critério qualitativo para distingui-los. Destarte, afirma o autor que regras e princípios se diferenciam em sua própria essência, estrutura. Não são apenas graus diferentes de um mesmo fenômeno. Nesse passo, “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Seu conceito de princípio é o de “mandamentos de otimização”, já que realizáveis em distintos graus³⁶. As regras, por seu turno, são sempre satisfeitas ou não – não há grau de satisfação. São, pois, “determinações específicas”³⁷.

Humberto Ávila também propõe uma distinção qualitativa, baseada na estrutura normativa de regras e princípios, mas refuta a tese de que princípios são sopesáveis e regras são subsumíveis. Princípios seriam, assim, normas *imediatamente finalísticas* – enunciam fins e valores –; *primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade* – prevêm algo a ser perseguido no momento da aplicação e demandam complementação no processo hermenêutico –; *para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da*

³⁴ÁVILA, Humberto. *Teoria Princípios...* Op. Cit.. p. 97.

³⁵*Id. Ibid.*, p. 113-114.

³⁶ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 90.

³⁷*Id. Ibid.*, p. 91.

conduta havida como necessária à sua promoção – preveem um estado de coisas sem definir uma conduta específica, o que demanda uma correlação com a escolha feita pelo intérprete³⁸.

Já as regras são normas *imediatamente descritivas* – descrevem condutas e consequências jurídicas de modo específico –; *primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência* – preveem algo que se pressupõe ocorrido no momento da aplicação e pretendem decidir definitivamente o caso – *para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos* – preveem especificamente os fatos a serem identificados e determinados pelo aplicador³⁹.

Apesar de algumas dessemelhanças, as concepções trazidas à tela não diferem muito em essência. Isso porque, primeiramente, partem de uma perspectiva de distinção qualitativa. Demais disso, ambas destacam nas regras uma descrição específica da premissa fática e da consequência jurídica de condutas; e nos princípios a enunciação de um estado de coisas a ser perseguido e realizado na medida das possibilidades (fática e jurídica), ou seja, uma correlação com os efeitos decorrentes da conduta escolhida para promovê-los.

2.1.3.3. *Solução de conflitos normativos*

Os conflitos normativos foram sempre estudados no âmbito do dogma da coerência do ordenamento jurídico. Partindo do axioma de que o sistema é coerente e que, portanto, não se admitem antinomias lógicas, elaboraram-se critérios para resolver conflitos normativos aparentes. Os critérios clássicos são a hierarquia, a cronologia e a especialidade. Tais critérios, que funcionam muito bem no campo das regras e de suas descrições específicas, têm como consequência a inclusão, na norma, de uma cláusula de exceção – no caso da especialidade –; ou de exclusão de uma das normas do sistema – no caso da hierarquia por invalidade e no caso da cronologia por revogação.

A evolução da concepção do sistema jurídico para compreendê-lo como aberto e dialético e, especialmente, a natureza dos princípios – de indeterminabilidade, não-exclusividade e não-exaustividade – impõe uma revisão de tais critérios como os únicos aplicáveis. A existência de colisões é própria de qualquer sistema jurídico e se observava desde os primórdios dos sistemas fechados e axiomáticos. A forma de lidar com os critérios, contudo, ressalta Luís

³⁸ÁVILA, Humberto. *Teoria Princípios...* Op. Cit.. p. 78-79.

³⁹*Id. Ibid.* p. 78.

Roberto Barroso⁴⁰, evoluiu com a compreensão de que um ordenamento jurídico de regras e princípios é dialético e precisa saber conviver com valores conflitantes. Não se pode, assim, pôr a questão da solução de conflitos normativos em termos únicos de validade. Impõe-se uma avaliação da “dimensão de peso” ou de “precedência condicionada”.

Não se diz, com isso, que não haja perquirição de validade no campo dos princípios. Tal análise existe, mas se concentra na identificação da pertinência ou não da norma no ordenamento. Desse modo, um princípio, por ser norma, pode ser válido ou inválido dentro de um determinado sistema normativo⁴¹. Não há dúvidas de que o princípio de *superioridade da raça ariana* não encontra, no ordenamento jurídico brasileiro, qualquer respaldo, já que contrasta com princípios e regras constitucionais fundamentais. Trata-se, pois, de uma norma inválida, não pertinente ao sistema. Identificado como válido, entretanto, um princípio jurídico deve ser realizado na medida das condições fáticas e jurídicas, o que demanda que, independentemente de sua posição na pirâmide normativa ou da data de sua positivação, seja ele realizado em conjunto com os demais princípios incidentes em cada caso concreto.

Deve-se verificar, ainda, que os conflitos não se restringem a cada espécie normativa em particular. Não raro se observa um conflito entre um princípio e uma regra. Como assevera Luís Roberto Barroso⁴², hipóteses há em que as consequências jurídicas de uma regra válida revelam, numa situação concreta, um “efeito inconstitucional”. Observa o autor a necessidade de “paralisar a eficácia da regra”. Como se dá tal processo é uma questão que será vista mais adiante, quando se tratará das leis de sopesamento. Importa, por ora, deixar claro que regras podem, ao conflitar com princípios, ter sua eficácia “paralisada”, em nome da satisfação de um interesse que, no caso específico, revele maior peso.

Essa conclusão, entretanto, não deve ser o comum. Isso porque, como se verá, as regras são resultado de um sopesamento, de uma ponderação de interesses feita por alguém legitimado para tanto. As regras legais e, notadamente, as constitucionais, são fruto da opção do legislador (e do constituinte) democraticamente escolhido para tanto. Nesse ponto, assevera Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴³ que, num Estado Democrático de Direito, a densificação dos princípios constitucionais compete primariamente ao legislador, por força mesmo do princípio da legalidade/liberdade, que exige lei em sentido formal e material para determinar

⁴⁰BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 31.

⁴¹ALEXANDER, Robert. *Op. Cit.*, p. 91.

⁴²BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 41.

⁴³FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 395-396.

ao cidadão qualquer *fazer* ou *não-fazer*. Na mesma linha, conclui André Ramos Tavares⁴⁴ que “as leis são consideradas expressão da vontade popular, e, pois, se possível, devem ser preservadas pelo Judiciário”.

2.1.3.4. *Preferência do nível das regras.*

Bem referem Paulo Branco, Inocêncio Coelho e Gilmar Mendes⁴⁵ que “a interpretação jurídica é essencialmente um fenômeno social” e que, justamente por sê-lo, dela se espera “um nível de aceitabilidade geral”. Isso decorre, por óbvio, do princípio democrático. Os princípios são a positivação de valores sociais e históricos que refletem a realidade de cada sociedade e que devem informar a realização do direito. Desse modo, a aplicação do direito deve, o quanto possível, ter respaldo na vontade geral.

Já se viu aqui que se destaca sobremaneira a função hermenêutica dos princípios, uma vez que fundam, embasam a ordem jurídica. Os princípios, desse modo, orientam a interpretação das regras – e dos demais princípios⁴⁶. Isso não significa, contudo, que se outorgue ao intérprete um poder absoluto de conformação na aplicação do direito. Como exemplifica Kildare Gonçalves Carvalho⁴⁷, não se admite que, no esforço hermenêutico, trate o intérprete de mudar o sentido razoável do texto.

No passado, em épocas de cru e cego exegetismo, tal conclusão derivava de uma concepção exageradamente formalista e legalista, baseada na lição de Montaigne, de que “as leis se devem obedecer não porque são justas, mas porque são leis”⁴⁸.

Apesar de a conclusão ser a mesma ainda hoje – de que leis se devem obedecer –, já não se admite que a premissa seja sustentada. Mas não falta fundamentação para tanto. Deve-se ter em mente, inicialmente, a construção de Robert Alexy⁴⁹ acerca do caráter *prima facie* dos princípios: eles não contêm um mandamento *definitivo*, mas de *otimização*, ou seja, de realização máxima dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Disso implica que os princípios devem ser densificados, o que demanda alguém competente, legitimado para fazê-lo. Esse alguém, como já ressaltado alhures, num Estado Democrático de Direito, deve ser, de preferência, o legislador, já que, a uma, foi legitimamente eleito para tanto,

⁴⁴TAVARES, André Ramos. *Op. Cit.* p. 79.

⁴⁵BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; e MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 111.

⁴⁶SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica... Op. Cit.* p. 67.

⁴⁷CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Op. Cit.* p. 315.

⁴⁸ÁVILA, Humberto. *Teoria Princípios... Op. Cit.* p. 112-113.

⁴⁹ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 103-104.

representando o titular do Poder Constituinte; e, a duas, legisla em caráter geral e abstrato, alcançando a todos da mesma maneira – ressalvadas as peculiaridades – e realizando a máxima da igualdade. Nesse passo, as regras criadas pelo legislador devem ser ordinariamente obedecidas porque encerram importantes valores, tais como “segurança, paz e igualdade”; e porque geralmente oferecem uma solução equânime e uniforme aos conflitos sociais⁵⁰.

Disso não se conclui, todavia, que a superação de uma regra seja um obstáculo intransponível. De modo algum. Aliás, tal já foi dito antes. Apenas se observa que a superação de uma regra não é uma tarefa simples e corriqueira, sob pena de subverter a ordem constitucional, impondo ao cidadão obrigações de *fazer* e *não fazer* que não estejam claramente dispostas na lei, ferindo assim um direito fundamental – liberdade/legalidade.

Nesse contexto, ressalta Humberto Ávila⁵¹ que se devem identificar, numa regra, dois valores que lhe sustentam a resistência – e, que, portanto lhe confirmam a validade e eficácia: o valor substantivo que lhe subjaz e o valor formal subjacente às regras em geral, ou seja, a segurança jurídica. Mais que isso, deve ainda ter em conta “a construção de uma solução de um caso mediante a análise de sua repercussão para a maioria dos casos”. Desse modo, afirma o autor, a superação de uma regra deve observar “seu impacto para aplicação das regras em geral”⁵².

Vê-se, assim, que o caráter principiológico do direito, construído no seio do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo pós-moderno impõe a adoção de pautas valorativas positivadas nos textos constitucionais – ainda que implicitamente – por meio de normas abertas aos influxos sociais. Os princípios são, como as regras, dotados de normatividade e, pois, de imperatividade, obrigando tanto o poder público quanto os particulares. Demandam, contudo, um maior esforço hermenêutico para sua concretização, uma vez que dotados de alta carga axiológica e carentes de densificação a partir das pautas valorativas vigentes numa dada sociedade e época.

A crescente importância dos princípios, contudo, não tira das regras sua imperatividade. Isso porque as regras são também resultado da densificação dos valores sociais, operada mediante um processo político-democrático de ponderação de interesses e escolha de meios de realização dos fins constitucionalmente impostos. Para equacionar a densificação legislativa e

⁵⁰ÁVILA, Humberto. *Teoria... Op. Cit.* p. 114.

⁵¹*Id. Ibid.* p. 118.

⁵²*Id. Ibid.* p. 119.

judicial dos princípios e permitir uma melhor concretização das normas constitucionais, impõe-se a compreensão dos critérios da proporcionalidade, importante princípio instrumental para a garantia da efetivação e defesa dos direitos fundamentais.

2.1.3.5. *Princípios instrumentais, metaprincípios ou postulados*

Os princípios instrumentais, chamados por Humberto Ávila de postulados normativos são aquelas normas que “instituem os critérios de aplicação de outras normas”⁵³. Também não se trata de sobreprincípios, como o Estado de Direito e segurança jurídica. Os sobreprincípios são normas que influenciam outras normas, são princípios mais gerais, que, no entanto, não perdem esse caráter, já que também são objeto de aplicação. Os metaprincípios ou postulados atuam sobre as normas no âmbito metodológico, diferentemente dos sobreprincípios que sobre elas atuam no campo semântico, axiológico⁵⁴. Demais disso, refere o autor, postulados dirigem-se aos intérpretes, são métodos, critérios de aplicação. Já regras e princípios dirigem-se ao poder público e aos indivíduos, regulam as situações concretas⁵⁵.

Para Paulo Branco, Inocêncio Coelho e Gilmar Mendes⁵⁶, tais princípios instrumentais (ou de interpretação) não teriam caráter normativo, já que não encerram interpretações obrigatórias. Valem como tópicos, pontos de vista interpretativos manejados apenas como argumentos. Permitem, assim, a solução de problemas interpretativos, mas não oferecem respostas definitivas, não valoram ou indicam quais valores devem ser utilizados em cada caso.

Também Paulo Bonavides⁵⁷ os relaciona com a tópica, já que voltados para a solução de casos concretos e permitindo o estabelecimento de catálogos de *topoi*. Por isso, estão intimamente ligados ao paradigma hermenêutico contemporâneo. Cuida-se de uma pauta interpretativa “criativa, participativa e construtiva, em harmonia e adequada com os direitos fundamentais e realidade social”⁵⁸.

Nesse contexto, Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto Barroso⁵⁹ pontuam que o termo “princípio”⁶⁰ não é utilizado no sentido usual. Não se quer compreendê-lo como princípio em

⁵³ÁVILA, Humberto. *Teoria... Op. Cit.* p. 122.

⁵⁴*Id. Ibid.* p. 122.

⁵⁵*Id. Ibid.* p. 122.

⁵⁶BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; e MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. Cit.* p. 111.

⁵⁷BONAVIDES, Paulo. *Curso... Op. Cit.* p. 387.

⁵⁸CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Op. Cit.* p. 300.

⁵⁹BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* Renovar, 2008, p. 359.

virtude de seu conteúdo substancial, sua estrutura, forma de realização ou aplicação mediante ponderação. Esses princípios instrumentais são pautas metodológicas que permitem ao intérprete a solução de uma questão concreta.

Esses “princípios” funcionam, pois, como “um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público”, já que por meio deles se podem controlar os atos do poder público e oferecer critérios, métodos de racionalizar o processo de interpretação, garantindo justiça e segurança na concretização do direito. Isso porque, além da limitação dos atos legislativos e administrativos, ao juiz é facultado medir a incidência da norma no caso concreto, impedindo resultados absurdos, indesejados e lesivos a direitos fundamentais⁶¹. Também Willis Santiago Guerra Filho relaciona os postulados com a defesa de direitos fundamentais, ressaltando que, apesar de sua natureza “instrumental”, devem ser eles encarados como “garantias fundamentais”, justamente porque são “indispensáveis para garantir a preservação de direitos fundamentais”⁶².

Apesar de destacar sua importância, notadamente na defesa de direitos fundamentais e na limitação dos atos de poder, a doutrina chama atenção para a necessidade de critérios que embasem sua aplicação. Isso porque esses princípios, na esteira do desenvolvimento da metodologia jurídica, têm sua racionalidade controlada pela fundamentação que se lhes dispensa. É dizer, eles atuam como “fórmulas persuasivas”, muitas vezes como argumentos utilizados para “justificar pré-decisões” que, necessárias no caso concreto, seriam vistas como arbitrárias e desarrazoadas se desprovidas dessa fundamentação⁶³.

Diga-se, tais decisões representam, muitas vezes, a supressão, pelo magistrado, de uma norma jurídica aprovada pelo parlamento e, portanto, endossada pela soberania popular. Demais disso, é de notar que as decisões, independentemente dos esforços argumentativos despendidos, resultam de “valorações pessoais do intérprete”, ainda que legítimo para tanto. O

⁶⁰Preferiu-se, no presente trabalho, não utilizar a expressão “princípio” para designar a proporcionalidade, a razoabilidade e a ponderação, justamente por nelas reconhecer a natureza de postulado interpretativo e técnica de controle da atividade legislativa e administrativa e racionalização das decisões judiciais.

⁶¹BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*Renovar, 2008, p. 363.

⁶²GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Op. Cit.* p. 207.

⁶³BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; e MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. Cit.* p. 111.

acerto de tal decisão é uma avaliação que será feita apenas pela comunidade jurídica e política em geral⁶⁴.

Essa, aliás, é uma das questões fulcrais do desenvolvimento da hermenêutica pós-moderna. No paradigma do pós-positivismo, diante da fluidez de um sistema marcadamente axiológico, o intérprete se utiliza de postulados como a proporcionalidade para controlar e corrigir atos legislativos e administrativos. Mas, para tanto, em todas as fases do processo de interpretação, aplicação e ponderação, as avaliações realizadas pelo juiz têm marcante caráter subjetivo. Trata-se de valorações que, por sua própria natureza, variam em função de circunstâncias do caso, do local, da época e, notadamente, do intérprete⁶⁵.

Por isso se justifica a necessidade de estabelecer critérios que controlem a atividade hermenêutica, dando racionalidade e objetividade à metodologia de concretização do direito. Dentre os critérios hoje utilizados pela doutrina para cumprir com tal objetivo, destaca-se a proporcionalidade, objeto da presente pesquisa.

2.2. ORIGEM E CONCEITO DO POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE

A proporcionalidade, por muitos chamada – diga-se, confundida – com a razoabilidade, é, para Luís Roberto Barroso, “um mecanismo para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa”⁶⁶. Funciona como um meio de garantir ao juiz a análise da lei ou do ato administrativo ou até judicial em questão, permitindo-o a reconstrução interpretativa do dispositivo, para dele extrair um melhor significado – diga-se, mais condizente com a ordem constitucional –, ainda que não seja esse o mais obviamente extraível do texto. Não se trata, contudo, de voluntarismo do magistrado, que não fica livre da moldura traçada pelo ordenamento positivo.

Esse princípio reflete a natureza axiológica do direito contemporâneo e de seus traços principiológicos. Para Karl Larenz⁶⁷, resulta das ideias de “justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins”. Nesse passo, a proporcionalidade “precede e condiciona” o próprio processo de positivação, ainda no plano constitucional, já que consubstancia uma pauta de ponderação e sopesamento

⁶⁴BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; e MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. Cit.*, p. 115.

⁶⁵BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.*, p. 59.

⁶⁶BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 36-37.

⁶⁷LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. apud: LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.75.

de valores e interesses superiores. Justamente por isso, deve ser utilizada para a compreensão e concretização do direito.

A doutrina aponta duas matrizes para o seu desenvolvimento, consoante se trate do termo razoabilidade, derivado da cláusula do devido processo legal norte-americano; ou do termo proporcionalidade, derivado de construção da jurisprudência europeia continental, da noção de legalidade material e controle o excesso de poder estatal.

2.2.1. Matriz norte-americana e o devido processo legal

Dirley da Cunha Júnior⁶⁸ destaca que a origem da razoabilidade seria a garantia do devido processo legal, ligado à cláusula *law of the land*, da magna Carta inglesa de 1215. Por esse dispositivo, os cidadãos ingleses⁶⁹ somente poderiam ter sua propriedade, vida e liberdade restringida por um julgamento baseado no direito comum (*common law*), ou seja, a lei do lugar.

Também Eduardo Áppio⁷⁰ relaciona a proporcionalidade, hoje já aplicada em larga escala pelos tribunais brasileiros, com o devido processo legal substantivo, apesar de ressaltar seu contorno mais aproximado com o desenho alemão. O devido processo legal foi incorporado ao direito norte-americano⁷¹ por meio da 14ª emenda à Constituição⁷², de 1868, que inseriu as cláusulas de imunidades e privilégios, do devido processo legal⁷³ e de igual proteção. A partir dessa emenda, que complementava e reforçava a efetividade do *Bill of Rights* – declaração de direitos fundamentais de 1791 –, a Suprema Corte daquele país desenvolveu uma doutrina de limitação dos atos do poder público.

⁶⁸CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2007, p. 219.

⁶⁹Deve-se destacar que, àquela época, se adotava um conceito bastante restritivo de cidadania, permeado de privilégios e segregações.

⁷⁰APPIO, Eduardo. *Direito das minorias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 173.

⁷¹*Id.* p. 100-101.

⁷²Em tradução livre: Nenhum Estado fará ou endossará qualquer lei que reduza os privilégios e imunidades de cidadãos dos Estados Unidos; nem qualquer Estado privará qualquer pessoa de vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal; nem negará a qualquer pessoa dentro de seu território a igual proteção das leis. Do original: *No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*. Disponível em:

<http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_amendments_11-27.html>. Em 20 de junho de 2010.

⁷³Note-se que a cláusula do devido processo legal já havia sido prevista pela 5ª emenda à Constituição norte-americana, de 1791 (*Bill of Rights*), segundo a qual: Ninguém será compelido em qualquer processo criminal a ser testemunha contra si mesmo, nem será privado de vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal. Do original: *No person [...] shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law [...]*. Disponível em:

<http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html>. Em 20 de junho de 2010.

É de se registrar que a Constituição estadunidense tem, desde sua gênese, em 1787, um caráter fortemente principiológico, com o estabelecimento de cláusulas abertas que lhe permitem uma leitura moral. Essa mesma natureza principiológica garantiu o desenvolvimento da doutrina da razoabilidade nos Estados Unidos, a partir da jurisprudência da Suprema Corte⁷⁴.

A Suprema Corte norte-americana passou a enxergar no *due process of law* não somente uma dimensão instrumental – da simples existência de um processo legal – mas principalmente uma dimensão substantiva – da exigência de um processo devido, razoável. Já no final do século XIX e, notadamente, no início do século XX, aquela Corte assumiu uma postura ativa ao balizar o poder de controle do Estado sobre a economia. O Tribunal invalidou uma série de leis que restringiam a liberdade de contratar ao estabelecer proteções ao trabalhador, por exemplo, ou impor regulações ao mercado. A liberdade de contratar e exercer um ofício, alçada a direito máximo de uma sociedade marcadamente liberal, seria a locomotiva de uma doutrina de preservação dos demais direitos fundamentais, notadamente o direito à privacidade, logo após, já na segunda metade do século passado⁷⁵.

Essa doutrina, do devido processo legal substantivo (*substantive due process of law*), concentrava-se em questionar “se o governo tem uma razão adequada para tirar a vida, a liberdade ou a propriedade de uma pessoa”. Essa ideia de “razão suficiente” – que deu origem aos termos “restrição razoável” e “razoabilidade” – estaria diretamente vinculada ao nível de escrutínio utilizado para avaliar uma medida governamental. É dizer, a Suprema Corte desenvolveu um sistema de distribuição do ônus probatório acerca da razoabilidade da restrição: em determinados casos, cabe ao requerente demonstrar a irrazoabilidade da lei (*regular basis test*); já em outros – e aqui se destaca a restrição de direitos fundamentais e a discriminação contra minorias –, cabe ao governo demonstrar que a medida é razoável e, portanto, constitucional (*strict scrutiny level*)⁷⁶.

2.2.2. Matriz europeia e legalidade substancial

Já na Europa, a proporcionalidade teve um desenvolvimento com contornos bem específicos, apesar de, como a razoabilidade norte-americana, já em sua gênese, ter sido criada como um meio restritivo do poder estatal. Além-mar, contudo, foi a doutrina do direito administrativo,

⁷⁴APPIO, Eduardo. *Op. Cit.* p. 169.

⁷⁵CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Op. Cit.* p. 308.

⁷⁶APPIO, Eduardo. *Op. Cit.* p. 140.

especialmente francês, a responsável pelo seu gérmen, tendo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão – *BverfG*, ou *Bundesverfassungsgericht* –, já no pós-guerra, estruturado, sistematizado e operacionalizado sua aplicação em sede constitucional.

A proporcionalidade surgiu, segundo Suzana de Toledo Barros⁷⁷, como controle de atos administrativos em França, com a criação, nos idos de 1806, do *récourse pour excès de pouvoir*. O controle da administração naquele país não foi deferido ao judiciário, como aqui. A desconfiança para com os juízes, que representavam, no século XIX, uma ameaça aos ideais revolucionários, por sua histórica ligação com o *ancien régime*, fez com que se desenvolvesse um peculiar modelo de contencioso administrativo, que tinha no *Conseil D'Etat* seu maior símbolo.

O recurso por excesso de poder era, destarte, um instrumento processual de postulação perante o Conselho de Estado francês para o controle de atos e decisões administrativas que violassem a legalidade ou que representassem desvio de poder. A proporcionalidade, então, evoluiu no direito administrativo como *longa manus* da própria legalidade, ligando a ideia de proporção à necessidade e justiça na aplicação de penas⁷⁸.

Já na Alemanha, a proporcionalidade foi utilizada e desenvolvida como meio de limitação, ainda no direito administrativo, do poder de polícia. Pretendia-se, assim, conter a intervenção da Administração na propriedade privada e na regulação da sociedade e da atividade econômica⁷⁹. Posteriormente, alçada que foi, em terras germânicas, para o direito constitucional, a proporcionalidade passou a servir de defesa do particular face ao poder público – inclusive ao legislador – no delicado campo dos direitos fundamentais⁸⁰.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão foi a responsável por dar à proporcionalidade os contornos hoje observados, a partir da concepção de que se trata de norma constitucional não-escrita. Segundo o magistério de Gilmar Ferreira Mendes⁸¹, referida norma, que deriva diretamente da noção de Estado de Direito, objetiva evitar “restrições

⁷⁷BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 42-43.

⁷⁸*Id. Ibid.* p. 38-39.

⁷⁹*Id. Ibid.* p. 46.

⁸⁰*Id. Ibid.* p. 47.

⁸¹MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 43.

desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais”, por meio do exame da “compatibilidade entre meios e fins”.

Percebe-se, assim, que, seja na vertente norte-americana de devido processo legal substantivo, seja na europeia continental, de defesa da legalidade, desenvolveu-se um sistema de preservação de direitos fundamentais, como instrumento derivado diretamente do Estado de Direito. Aliás, como se verá a seguir, isso é o que garante à razoabilidade e à proporcionalidade o *status* de norma implícita de qualquer Estado de Direito, já que defluem diretamente do sistema de direitos fundamentais.

2.2.3. Proporcionalidade e razoabilidade

Consoante já aventado, proporcionalidade e razoabilidade são nomes diversos que se atribuem a sistemas de controle dos atos do poder público, conforme se extraia a sua gênese da matriz europeia continental ou norte-americana, respectivamente. Conquanto seja pacífico que se trata de meios de limitação da atividade legislativa e administrativa – ou seja, de controle do poder⁸² –, a doutrina diverge substancialmente acerca da definição de cada um e da efetiva coincidência de seus conceitos. É dizer, não há consenso quando se estudam razoabilidade e proporcionalidade: há quem defenda que são a mesma coisa; há quem defenda, por diversos motivos, que os institutos diferem substancialmente. Neste trabalho, pretende-se analisar as principais diferenças apontadas pela doutrina.

Para Luís Roberto Barroso⁸³, apesar da gênese em sistemas diversos – como já se disse, europeu continental e norte-americano –, proporcionalidade e razoabilidade seriam “conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis”, uma vez que se desenvolveram, ali e acolá, como máximas de controle e limitação do poder. Pontua o doutrinador, todavia, que, enquanto a trajetória da razoabilidade, no modelo americano, revela o controle de atos normativos, a proporcionalidade concebeu-se no direito administrativo, como sindicância de atos executivos. É dizer, ao buscar as raízes de cada instituto, o modelo americano tratava do controle de atos de criação do direito; já o modelo europeu atuava sobre os atos de sua concretização.

Também Suzana de Toledo Barros estuda essa ligação. Para ela, mesmo tendo se desenvolvido em matrizes e linhas diversas, há uma correspondência entre os institutos,

⁸²BARROS, Suzana de Toledo. *Op. Cit.*, p. 62-63.

⁸³BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 36.

apesar de não se confundirem⁸⁴. Justamente pela diferente trajetória doutrinária, aponta a autora, nota-se uma distinção marcante entre os institutos: com a razoabilidade se verifica “uma pauta de valores da sociedade que os magistrados ocupam-se de traduzir”; já a proporcionalidade leva em conta uma ponderação na relação custo/benefício entre a medida restritiva de direitos e os fins por ela colimados⁸⁵.

Já Eduardo Appio⁸⁶, como visto, ressalta que a limitação dos atos de poder, nos Estados Unidos da América, foi derivada da cláusula do devido processo legal, que restringia a ação dos legisladores e administradores em dois sentidos: substância e procedimento. A razoabilidade, diz ele, se extrai do devido processo substantivo (*substantive due process of law*) e é aplicada nos casos de regulação governamental de um direito considerado pela Suprema Corte como fundamental. Segundo o autor, a razoabilidade é o meio pelo qual o Supremo Tribunal norte-americano se reserva a prerrogativa de “definir de que maneira os ônus estatais impostos para o exercício de um direito fundamental – como a privacidade – podem ser impostos aos cidadãos, sem que impliquem a pura e simples supressão do direito envolvido”⁸⁷.

Criticando o Supremo Tribunal Federal, Eduardo Appio⁸⁸ denuncia uma confusão entre proporcionalidade em sentido estrito e razoabilidade levada a cabo pela corte brasileira. Afirma, destarte, que se está “equiparando dois conceitos distintos”, uma vez que a proporcionalidade atua na ponderação entre dois valores constitucionais, ao passo que a razoabilidade está ligada à “proteção de um único e concreto valor”.

Humberto Ávila⁸⁹, por seu turno, destaca três acepções para a razoabilidade: enquanto equidade, exige que as normas gerais tenham em conta as particularidades do caso concreto; enquanto congruência, impõe que as normas jurídicas tenham em conta a realidade, “o mundo ao qual elas fazem referência”; já enquanto equivalência, mede a relação entre duas grandezas. Nesse passo, tanto na acepção de congruência quanto na de equivalência, a razoabilidade se refere à relação entre medida adotada e critério utilizado. Desse modo, a razoabilidade-congruência exige que o critério distintivo de uma medida com ela se relacione;

⁸⁴BARROS, Suzana de Toledo. *Op. Cit.*, p. 59.

⁸⁵*Id. Ibid.*, p. 67.

⁸⁶APPIO, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 138.

⁸⁷*Id. Ibid.*, p. 175.

⁸⁸*Id. Ibid.*, p. 181.

⁸⁹ÁVILA, Humberto. *Teoria... Op. Cit.*, p. 152.

já a razoabilidade-equivalência impõe que o critério que dimensiona a medida com ela se identifique quantitativa e qualitativamente⁹⁰. Conclui, assim, que a razoabilidade é uma relação entre “critério e medida, e não entre meio e fim”. Como a proporcionalidade se refere a uma relação de causalidade entre meio e fim, os institutos seriam distintos não só em sua gênese e desenvolvimento (sistemas europeu e americano), mas em sua própria estrutura⁹¹.

Para Humberto Ávila⁹², a razoabilidade como equidade poderia até ser incluída no exame da proporcionalidade em sentido estrito, caso se compreenda nesta última “a ponderação dos vários interesses em conflito, inclusive dos interesses pessoais dos titulares dos direitos fundamentais restringidos”. Não é essa, contudo, a opção metodológica do autor em sua obra, já que defende expressamente serem os institutos diversos.

Por fim, importa lembrar Willis Santiago Guerra Filho⁹³, que enxerga na proporcionalidade uma máxima de interpretação racional do direito, *in verbis*:

Que nossas palavras finais, então, se dirijam aos que, em nossa dogmática jurídica, especialmente, no campo do Direito Público, vem confundindo o princípio da proporcionalidade, de origem germânica, com um outro, de origem anglo-saxônica, aqui denominado, ao que parece por influencia argentina, “princípio da razoabilidade”, quando na própria tradição britânica se fala em “princípio da irrazoabilidade”. O emprego do princípio da proporcionalidade, como aqui se procurou evidenciar, não se destina a evitar que absurdos sejam perpetrados, na elaboração do Direito, mas sim que este seja interpretado e aplicado atendendo a um princípio de racionalidade, apto a determinar qual a melhor dentre as diversas interpretações possíveis, do ponto de vista da promoção simultânea e equânime do Estado de Direito e da Democracia, com a gama de direitos fundamentais e valores que lhes são inerentes, sendo esse mesmo compromisso com a racionalidade o principal de toda teoria, também no campo do Direito.

Do quanto exposto, conclui-se neste trabalho que os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, conquanto guardem uma similitude intrínseca, já que cunhados como meios de limitação do poder e garantia contra o arbítrio, foram delineados em contextos e sentidos distintos. Assumiram, em cada sistema particular, seus próprios contornos, de modo que não cabe tratá-los como sinônimos.

⁹⁰ÁVILA, Humberto. *Teoria... Op. Cit.* p. 159-160.

⁹¹*Id. Ibid.* p. 159.

⁹²*Id. Ibid.* p. 160.

⁹³GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Op. Cit.* p. 209.

2.2.4. Proporcionalidade, direitos fundamentais e Estado de Direito

Paulo Bonavides é claro em ligar a proporcionalidade aos direitos fundamentais. Em verdade, para esse autor, a proporcionalidade está intrinsecamente vinculada ao direito constitucional, ganhando extrema importância ao relacionar-se com princípios afins, como a igualdade, em especial⁹⁴. Já Karl Larenz enxerga no princípio um “fio condutor metodológico da concretização judicial da norma”, uma imposição de que o direito e a norma jurídica devem ser interpretados para preservar direitos fundamentais. Afirma que a proporcionalidade equivale à imposição da utilização do “meio mais idôneo ou da menor restrição possível”, ou seja, que o Estado não pode impor a lesão a um bem jurídico que não seja estritamente necessária à promoção de outro bem reconhecido, *in concreto*, como prevalente⁹⁵.

Também com clareza, Ingo Wolfgang Sarlet extrai a proporcionalidade da própria natureza do sistema de direitos fundamentais. Observa o autor que um sistema que prestigie os direitos humanos não pode ser encarado como lógico-dedutivo⁹⁶. Um sistema de direitos fundamentais é intrinsecamente aberto e flexível, de modo que se permita o influxo de ideias e valores sociais absorvidos no desenvolvimento e concretização do direito.

Isso não exclui, contudo, muito ao contrário endossa a unidade da ordem constitucional. Não se trata, porém, de uma ordem axiomática, senão dialética, permeada de valores contrastantes e conflitantes que devem ser, ao mesmo tempo, concretizados e maximizados em conjunto. Disso defluiu a necessidade de “mecanismos de ponderação e harmonização dos princípios”, equacionados exatamente pelo postulado da proporcionalidade⁹⁷.

A proporcionalidade se encontra, portanto, implícita na confluência do princípio democrático com o princípio do Estado de Direito. Assume uma função hermenêutica de solucionar conflitos para permitir a aplicação simultânea e a efetividade dos princípios em jogo. Tudo isso por meio da hierarquização dos interesses e pelo estabelecimento de uma precedência condicionada no caso concreto⁹⁸.

⁹⁴BONAVIDES, Paulo. *Curso... Op. Cit.* p. 359.

⁹⁵LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 586.

⁹⁶SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 83-84.

⁹⁷*Id. Ibid.* p. 86.

⁹⁸GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Op. Cit.* p. 199.

Essa dialética da democracia (soberania popular) com o Estado de Direito é o ponto fulcral da influência da proporcionalidade e da proteção de direitos fundamentais. Isso porque a concepção pós-positivista/neoconstitucionalista do sistema jurídico submete não somente o administrador e o juiz à observância do direito. Mais que isso, a Constituição impõe limites à própria atividade legislativa (vontade geral/soberania popular), estabelecendo o âmbito daquilo que o legislador não pode decidir⁹⁹.

É nesse ponto que se observa a ascendência do papel do juiz, defensor dos direitos fundamentais diante de leis e atos administrativos desproporcionais¹⁰⁰. Paulo Bonavides¹⁰¹ destaca uma ponderação do próprio princípio da separação dos poderes, já que se coloca o juiz como “corretor” da lei, competente para impedir abusos e controlar a sanha legislativa da maioria dominante por restringir direitos dos politicamente mais fracos.

Desse modo, a eficácia da proporcionalidade está diretamente ligada ao âmbito de liberdade que a Constituição defere ao legislador. Quanto maior o arbítrio legislativo, menor o âmbito de incidência da proporcionalidade. Restringida a ação do legislador pela Lei Fundamental – como no caso brasileiro –, por meio de um sistema de garantias, direitos fundamentais e limites implícitos e explícitos ao poder de disposição sobre a vida, liberdade e propriedade particular, amplia-se a possibilidade de manejo da proporcionalidade, garantindo-se a efetividade do princípio do Estado de Direito¹⁰².

Desse modo, derivando do sistema de direitos fundamentais, a proporcionalidade age como limite intrínseco à atividade legislativa, próprio de um Estado de Direito. O legislador fica restringido em sua “sua liberdade de conformação no âmbito de sua atividade regulamentadora e concretizadora”¹⁰³. Esse limite, material, refere-se especificamente à relação entre a medida adotada e os fins por ela realizados. Exige-se que a regulamentação legislativa/administrativa seja adequada e necessária aos fins pretendidos e, principalmente, que se guarde uma proporção entre os fins e os meios utilizados. Impõe-se que se possa defender racionalmente o sacrifício de um interesse (meio) em virtude da promoção de outro interesse prevalecente (fim).

⁹⁹FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: La ley Del más débil*. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 52.

¹⁰⁰Impende destacar o papel do princípio-garantia da inafastabilidade da jurisdição, inserto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal – *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito* – ao submeter a própria lei ao exame judicial quando em jogo a proteção de direitos fundamentais.

¹⁰¹BONAVIDES, Paulo. *Curso... Op. Cit.* p. 363.

¹⁰²*Id. Ibid.* p. 385.

¹⁰³SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia... Op. Cit.* p. 362.

2.2.5. Natureza jurídica da proporcionalidade

Já se percebeu que a proporcionalidade resulta do caráter principiológico do direito, a partir de seu desenvolvimento numa perspectiva pós-positivista de abertura e apreensão de valores sociais e históricos. Nesse contexto, os postulados normativos surgem como condições essenciais para a interpretação de objetos culturais, sem os quais o direito, por exemplo, não pode ser compreendido¹⁰⁴. Essas normas não atuam sobre o caso, não são dirigidas aos atores sociais. Atuam sobre a própria aplicação, são dirigidas aos intérpretes, de modo que por detrás delas “há sempre outras normas que estão sendo aplicadas”¹⁰⁵. Disso se conclui que não se podem classificar os postulados nem como regras nem como princípios, consoante a distinção tradicional já aqui demonstrada¹⁰⁶.

Essa função dos postulados, e notadamente da proporcionalidade, deriva diretamente do caráter principiológico do direito. Isso porque os princípios são normas que, ao prescrever um estado de coisas a ser realizado sem ditar as condutas que lhe sejam inerentes, demandam complementação posterior. Essa complementação, realizada por medidas concretas que visam a satisfazer os fins prescritos dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, sempre se dá com o sopesamento de bens jurídicos e interesses fundamentais¹⁰⁷. O exame da proporcionalidade se impõe, pois, para a verificação da viabilidade fática (adequação e necessidade) e jurídica (proporcionalidade estrita) de promoção de uma finalidade constitucional por um meio escolhido pelo legislador, administrador, ou, ainda, pelo particular.

Ademais, como se verá adiante, a ponderação é um instrumento pouco útil ao direito quando dissociada de critérios específicos que lhe estruturam. A proporcionalidade funciona exatamente nesse ponto. Por meio da proporcionalidade, o intérprete norteia a atividade de sopesamento, uma vez que seus critérios podem estruturar a ponderação de interesses, solucionando conflitos entre direitos fundamentais¹⁰⁸.

Essa máxima, contudo, não é apenas formal e abstrata, uma vez que as consequências jurídicas de sua inobservância são claras e precisas: a invalidade da medida adotada, possivelmente acompanhada da substituição por uma medida mais eficaz e/ou menos danosa

¹⁰⁴ÁVILA, Humberto. *Teoria... Op. Cit.*, p. 122.

¹⁰⁵*Id. Ibid.*, p. 122.

¹⁰⁶*Id. Ibid.*, p. 122.

¹⁰⁷*Id. Ibid.*, p. 122.

¹⁰⁸SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio... Op. Cit.*, p. 149.

ao direito fundamental em questão¹⁰⁹. Isso retrata a função primacial da proporcionalidade: preservar direitos fundamentais¹¹⁰. Nesse ponto, aproxima-se a proporcionalidade da igualdade, da isonomia, da equidade, uma vez que fundada na ideia aristotélica de *igualdade proporcional*, promotora de uma *justiça distributiva*. É dizer, a proporcionalidade garante que a satisfação de direitos fundamentais encontre limite nos direitos fundamentais alheios, instalando uma ordem de Direito e equidade ali onde haveria arbítrio e barbárie¹¹¹. Destaca-se, contudo, a importância da proporcionalidade por atuar não somente em conjunto com a igualdade, promovendo-a em efetivo, mas por ser um fator de promoção de todo e qualquer princípio enunciativo de direitos fundamentais. Trata-se da “expressão objetiva dessa dimensão de todo e qualquer princípio”¹¹².

Sua relação com todo e qualquer princípio deriva de uma formulação aberta, ligada à relação adequada entre meios e fins ao mesmo tempo restritivos e concretizadores de direitos fundamentais. Funciona, pois, como uma fórmula geral de equilíbrio entre interesses, que requer, contudo, a valoração adicional do intérprete na definição dos pesos atribuídos a cada princípio com o objetivo de realizar a justiça no caso concreto¹¹³.

Nesse ponto que ascende a importância da argumentação jurídica, ligada à fundamentação de cada uma das etapas de verificação da viabilidade fática e jurídica de determinada medida realizar um direito fundamental. A possibilidade de fundamentar racionalmente, por meio de argumentos sólidos e verificáveis é o que permite aumentar o grau de racionalidade do trabalho do jurista¹¹⁴. Essa exigência de racionalizar o processo hermenêutico de concretização da norma, já se disse, representa a incessante busca da hermenêutica pós-positivista, como método de conciliação da realização da justiça e da segurança jurídica.

A proporcionalidade desponta, assim, não como uma fórmula vazia, que confere liberdade ao magistrado para arbitrariamente impor seus próprios valores numa tentativa de realizar sua justiça no caso concreto¹¹⁵. Revela-se como um método, como um conjunto de critérios objetivos que permitem racionalizar o processo de criação e aplicação normativa com base na

¹⁰⁹GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Op. Cit.*. p. 200.

¹¹⁰*Id. Ibid.*. p. 204.

¹¹¹*Id. Ibid.*. p. 205.

¹¹²*Id. Ibid.*. p. 208.

¹¹³LARENZ, Karl. *Op. Cit.*. p. 684.

¹¹⁴SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio... Op. Cit.*. p. 179.

¹¹⁵BONAVIDES, Paulo. *Curso... Op. Cit.*. p. 388.

preservação de direitos fundamentais. Trata-se, pois, de um princípio instrumental, de um postulado de defesa de direitos fundamentais.

A proporcionalidade funciona, portanto, como um princípio instrumental que garante a correta interpretação constitucional ao fornecer critérios objetivos de controle das decisões. Esses princípios instrumentais são próprios da perspectiva pós-positivista, desenvolvidos para racionalizar a hermenêutica constitucional¹¹⁶.

Vale ressaltar, ainda, que, na aplicação da proporcionalidade, legislador e intérprete lidam com um sistema dialético, permeado de interesses e princípios muitas vezes contrapostos, o que lhes exige uma hermenêutica conformadora. O sistema, longe da axiomatização antes proposta, se apresenta como aberto e flexível, desenvolvendo-se com o próprio desenvolver da sociedade¹¹⁷. Os direitos fundamentais entre si e em relação a toda ordem constitucional devem ser vistos sob a ótica do princípio da unidade da Constituição, o que impõe a contínua atividade de ponderação e harmonização por parte do hermeneuta¹¹⁸.

2.2.6. Relação entre proporcionalidade e princípios jurídicos

Já se verificou neste trabalho que proporcionalidade, assim como razoabilidade, ponderação, concordância prática, entre outros, são postulados normativos ou metaprincípios, dirigidos ao intérprete do direito, como critérios e métodos que lhe permitem uma melhor aplicação do direito.

Mas tal não significa que não haja relação entre os princípios instrumentais e os “princípios substanciais”. Muito pelo contrário, estes últimos defluem da própria natureza principiológica do direito. É dizer, com a ascensão do paradigma pós-positivista, a compreensão de que o direito é permeado por valores, positivados pelos princípios, impõe um método específico de sua realização e concretização. A proporcionalidade, e especialmente a proporcionalidade em sentido estrito, significando a realização dos princípios na medida de suas possibilidades fáticas e jurídicas, representa o método de sopesamento específico da aplicação dessa espécie normativa¹¹⁹.

¹¹⁶BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* p. 34.

¹¹⁷SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia... Op. Cit.* p. 83-84.

¹¹⁸*Id. Ibid.* p. 86.

¹¹⁹ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 117-118.

A relação entre teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade é, pois, a mais íntima que se pode conceber: “a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela”. Isso significa que esse postulado decorre logicamente da forma de aplicação dos princípios. Os princípios são, para Robert Alexy, mandamentos de otimização, realizados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas. Já a proporcionalidade reflete exatamente a avaliação das possibilidades fáticas (máximas da adequação e necessidade) e jurídicas (proporcionalidade em sentido estrito). Disso se conclui que a proporcionalidade e os princípios (substanciais) implicam-se mutuamente¹²⁰.

Não é outro o entendimento de Suzana de Toledo Barros¹²¹, que conclui dizendo que “o equacionamento de um conflito entre princípios é regido pela proporcionalidade em sentido estrito”, de modo que não se pode pensar a natureza principiológica do direito sem pensar na proporcionalidade; também não cabe falar em proporcionalidade num sistema axiomático, fechado, exclusivo de regras. Disso se extrai, em suas palavras, que o “cânone da proporcionalidade é um consectário lógico da natureza de princípio da norma de direito fundamental”.

2.3. ESTRUTURA DO POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE: RELAÇÃO MEIO-FIM E PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como já visto, o postulado da proporcionalidade ingressa na ciência do direito com um objetivo bem claro: limitar o arbítrio do legislador e do administrador no exercício do poder. Esse excesso de poder, contudo, não se pode controlar de forma aleatória. Deve ser aferido e restringido com base em critérios jurídicos minimamente objetivos e racionais, tais como a proporcionalidade.

A ideia de proporção, diz Ricardo Maurício Freire Soares¹²², é um “conceito relacional”. É dizer, cuida-se de relacionar dois objetos. A proporcionalidade busca, portanto, uma prudência ao determinar a “adequada relação entre as coisas”.

Nesse passo, a proporcionalidade não trata de avaliar a conveniência e oportunidade da lei ou do ato administrativo – aquilo que se costuma chamar de mérito legislativo ou administrativo. Em verdade, exige-se “precisar a congruência entre os fins constitucionalmente estabelecidos

¹²⁰*Id. Ibid.* p. 116-117.

¹²¹BARROS, Suzana de Toledo. *Op. Cit.* p. 160.

¹²²SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio...Op. Cit.* p. 146.

e o ato legislativo destinado à prossecução dessa finalidade”. O âmbito de perquirição judicial, portanto, é delimitado, preciso: a relação entre meios e fins¹²³.

Também Karl Larenz¹²⁴ ressalta essa relação como ponto fulcral de estudo da proporcionalidade. Deve-se perquirir a adequação entre meio e fim, utilizando, ainda, aquela medida menos restritiva de direitos ou bens juridicamente protegidos. Isso traz a lume outro requisito intrínseco da proporcionalidade: meio e fim são, respectivamente, restrição e promoção de direitos fundamentais.

Para Paulo Bonavides¹²⁵, a simples menção à proporcionalidade presume que se trate dessa relação: exige-se a análise da adequação “entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo”. Isso significa não se tratar efetivamente de proporção matemática. Trata-se de uma verificação empírica da relação entre dois elementos: um meio restritivo de direitos fundamentais e um fim de promoção de direitos fundamentais. Impõe-se, assim, o exame de três critérios fundamentais: “o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito”¹²⁶.

2.4. MÁXIMAS DA PROPORCIONALIDADE

2.4.1. A adequação

A máxima da adequação, também chamado de idoneidade, pertinência, conformidade ou aptidão, impõe uma relação de adequação entre as medidas adotadas pelo poder público e os fins declarados pela lei ou ato administrativo¹²⁷. É dizer, as medidas escolhidas pelo administrador ou legislador devem efetivamente promover ou realizar os fins propostos pela norma¹²⁸.

Trata-se de uma relação empírica entre meio e fim: exige-se que o meio escolhido leve efetivamente à realização do fim valorizado constitucionalmente. Essa relação se pode analisar em três aspectos: “quantitativo (intensidade), qualitativo (qualidade) e probabilístico (certeza)”¹²⁹.

¹²³MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. Cit.*, p. 42.

¹²⁴LARENZ, Karl. *Op. Cit.*, p. 603.

¹²⁵BONAVIDES, Paulo. *Curso... Op. Cit.*, p. 357.

¹²⁶ÁVILA, Humberto. *Teoria... Op. Cit.*, p. 161.

¹²⁷CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Op. Cit.*, p. 309.

¹²⁸CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Op. Cit.*, p. 220.

¹²⁹ÁVILA, Humberto. *Teoria... Op. Cit.*, p. 165.

Isto é, pode-se verificar se um meio realiza mais um determinado fim, se o realiza de melhor forma, ou se o realiza mais certamente. Logicamente, a verificação da intensidade, qualidade e certeza da realização de um fim constitucionalmente previsto por uma determinada medida legislativa ou administrativa é uma questão bastante complexa. Desse modo, não se admite que a Administração e o legislador fiquem reféns de uma necessária avaliação de qualquer das medidas adotadas, por mais insignificantes, sob pena de uma absoluta inefetividade dos fins constitucionalmente prescritos¹³⁰.

Desse modo, não se pode exigir que toda e qualquer medida do legislador ou da Administração seja absolutamente adequada, verificada em cada caso concreto, embora esse seja o objetivo perseguido. Exige-se, apenas, que a medida escolhida seja abstrata e geralmente adequada. É dizer, o ato legislativo ou administrativo deve ser, numa generalidade de casos, idôneo para promover os fins previstos pela norma¹³¹.

Nota-se, assim, uma acentuada predileção pela presunção de validade e idoneidade das escolhas do legislador e do administrador. Em verdade, um ato somente poderá ser considerado inidôneo para a satisfação dos fins constitucionais quando manifestamente seu resultado for inadequado. A avaliação deve, em regra, ser deferida à autoridade competente para a edição do ato¹³².

Disso se conclui que o exame da adequação tem um viés negativo: deve-se apenas declarar um meio inidôneo quando tal medida se apresentar inequivocamente inapta para efetivar o interesse fundamental protegido pela norma. Conclui Suzana de Toledo Barros: “é lícito que o legislador se equivoque acerca do desenvolvimento de seu prognóstico”¹³³.

Na mesma linha, Robert Alexy também entende que a máxima da adequação é um juízo negativo. Não determina a medida adequada, mas apenas exclui algumas das medidas, quando verificada sua inidoneidade para a realização do fim previsto pela norma e resguardado por um princípio definidor de direitos fundamentais¹³⁴.

¹³⁰ÁVILA, Humberto. *Teoria... Op. Cit.*, p. 166.

¹³¹*Id. Ibid.*, p. 168.

¹³²*Id. Ibid.*, p. 170.

¹³³BARROS, Suzana de Toledo. *Op. Cit.*, p. 80.

¹³⁴ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 590.

2.4.1.1. Adequação e proteção de bens jurídicos

No campo do direito penal, a relação “meio/fim” própria da proporcionalidade parte do pressuposto de que a intervenção penal materializa a restrição de direitos fundamentais (liberdade) em prol da proteção de direitos fundamentais da coletividade. É dizer, parte-se do pressuposto de que a tutela penal deve recair sobre um interesse fundamental, sem o que se torna sem sentido a intervenção. Pode-se dizer, pois, que, no âmbito das ciências criminais, o postulado da adequação pressupõe a proteção, pela norma penal, de um *bem jurídico* de valor constitucional. Trata-se, pois, da materialização do princípio da lesividade.

Nesse contexto, a par da discussão acerca do seu conceito, é extrema de dúvida a asserção de que a lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico é uma exigência para a configuração do delito. Esse consenso levou Luiz Régis Prado¹³⁵ a afirmar o princípio da lesividade como um “verdadeiro axioma”.

Esse princípio, também chamado de ofensividade, enuncia, primeiramente, uma vedação dirigida ao legislador. Para Juliana Cabral¹³⁶, fica, em virtude dele, o Poder Legislativo impedido de criar tipos penais que proíbam “*condutas concretas não violadoras de bens jurídicos*”. Trata-se de uma função político-criminal do princípio da lesividade, de natureza interpretativa ou dogmática¹³⁷.

Ademais, tal função não é somente dirigida ao legislador, mas também ao juiz, de modo a resguardar de punição efetiva aquelas condutas que, ainda que subsumidas formalmente no tipo penal, não revelem efetiva lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico. No particular, cabe aos magistrados verificar se, no caso concreto, a conduta que se amoldou a determinado tipo penal efetivamente causou lesão ou perigo ao bem jurídico protegido pela norma, concluindo pela existência de tipicidade material, bem como definindo a pena adequada para o caso concreto¹³⁸.

¹³⁵PRADO, Luiz Régis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 28.

¹³⁶CABRAL, Juliana. *Os tipos de perigo e a pós-modernidade: Uma contextualização histórica da proliferação dos tipos de perigo no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 168.

¹³⁷GOMES, Luis Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 28.

¹³⁸QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral... Op. Cit.*, p. 48.

O significado desse ‘axioma’¹³⁹ é a restrição do direito do Estado de intervir penalmente ali onde não haja dano ou perigo de dano efetivo, concreto, sob pena de, não protegendo qualquer bem jurídico, punir-se a mera desobediência à norma. Nessa linha, inclusive, Paulo Queiroz repudia os chamados delitos de perigo abstrato¹⁴⁰.

Luigi Ferrajoli, por seu turno, enxerga na lesividade um “limite axiológico externo” do direito penal. Esse limite externo, para o autor, condiciona qualquer tentativa de justificação da norma penal como “instrumento de tutela”¹⁴¹, de modo que não faz sentido nenhuma política penal de tutela de bens jurídicos que não seja subsidiária. Não haveria, portanto, legitimidade na proteção penal que não seja precedida de medidas administrativas e cíveis¹⁴². Há, aqui, portanto, uma relação íntima entre os princípios da lesividade e subsidiariedade, uma vez que o bem jurídico deve ser protegido, antes da tutela penal, por outros meios de que possa se valer o Direito. Como se verá adiante, a relação entre a lesividade e a subsidiariedade do direito penal é a mesma que se observa entre os postulados da adequação e da necessidade. A necessidade pressupõe e complementa a adequação na limitação da atuação estatal, do mesmo modo que a subsidiariedade pressupõe e complementa a ofensividade.

Isso porque acaso se observe que a norma penal não tutela qualquer bem jurídico, não haverá espaço para a tipicidade material, independentemente de análise da existência de medidas alternativas. Doutra ponta, observada a pertinência entre a tutela penal e a efetiva proteção de bens jurídicos, dever-se-á passar à análise da existência de medida alternativa, confundindo-se tal perquirição com a aplicação do princípio da subsidiariedade.

Nesse passo, impende ressaltar o pensamento de Claus Roxin¹⁴³, para quem a legitimidade e a idoneidade do princípio da ofensividade para limitar o poder punitivo se podem deduzir das “finalidades do direito penal” e caso “a proteção dos direitos humanos fundamentais e de liberdade for nele integrada”.

¹³⁹Não se pretende, neste trabalho, defender o Direito como um sistema axiomático. Muito pelo contrário, como já exposto alhures, sustenta-se aqui que o Direito é uma ciência predominantemente axiológica, permeada por valores históricos, construídos por cada sociedade. A referência ao termo ‘axioma’ se faz apenas no sentido já apontado por PRADO de que não se vê, na doutrina penalista contemporânea, grande dissenso acerca da necessidade de respeito ao princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos.

¹⁴⁰QUEIROZ, Paulo. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 112.

¹⁴¹FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 428.

¹⁴²FERRAJOLI, Luigi. *Direito... Op. Cit.* p. 434.

¹⁴³ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.53.

Impõe-se, destarte, relacionar o conceito de bem jurídico e o princípio da lesividade com as finalidades do direito penal para concluir como se pode colocá-lo como limite externo do processo de criminalização de condutas e imposição de penas. Impende, pois, verificar como pode esse princípio se colocar em sua função restritiva diante da expansão do poder punitivo.

Nesse contexto, aponta Jorge de Figueiredo Dias¹⁴⁴, tanto a finalidade da pena quanto de sua medida deverá sempre ser a tutela dos bens jurídico-penais no caso concreto. Deve-se atentar, contudo, para o fato de que tal tutela não tem caráter retrospectivo, em relação ao fato já praticado, uma vez que, nesse caso, já se consumou a agressão ao bem jurídico em questão. Trata-se, em verdade, de uma tutela prospectiva, no sentido de que se tutelam a confiança e as expectativas da sociedade na “manutenção da vigência da norma violada”. Diga-se, o objetivo da tutela penal é o restabelecimento da paz jurídica violada pela prática do fato típico.

Trata-se, em verdade, de uma tendência de concentração do fundamento da tutela penal, mormente na fase de criminalização legislativa, na chamada *prevenção geral integradora*, com o objetivo de justificar a punição nos seguintes fundamentos, como nos ensina Claus Roxin: o efeito de aprendizagem, que tem sentido “socialpedagógico”; o exercício da confiança no direito, que se concretiza na execução das Leis, ainda que já violado o bem jurídico; e o efeito de pacificação, derivado da sensação de preservação da ordem jurídica com a efetiva responsabilização decorrente da prática do ilícito penal¹⁴⁵.

É dizer, concilia-se a noção de tutela do bem jurídico penal constitucionalmente previsto com o fundamento de prevenção geral integradora da pena estatal. Isso porque a proteção penal vem sempre em sentido prospectivo, restabelecendo a paz social e a confiança das pessoas no direito; restabelece-se, assim, a garantia de vigência da norma protetiva. Bem se pode falar que a atuação penal do Estado sempre se dá após a efetivação da lesão, sugerindo uma suposta ineficácia dessa proteção. Não se pode olvidar, contudo, que sua finalidade é prospectiva e tem sua eficácia comprovada pelo fato de que, apesar dos índices (ainda que altos) de criminalidade, a regra é de comportamento conforme ao direito¹⁴⁶.

Verifica-se, assim, que há uma base de efetiva proteção de bens jurídicos, sem a qual perde legitimidade a intervenção penal. Tal intervenção, fundamentada na necessidade de

¹⁴⁴DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 76.

¹⁴⁵ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: tomo I: fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Madrid: Editorial Civitas, 1997. p. 91-92.

¹⁴⁶*Id. Ibid.*. p. 92.

confirmação de vigência da norma e preservação do ordenamento (que tutela os bens jurídicos), é limitada de um lado pela necessidade de efetiva tutela dos bens e de garantia de manutenção do ordenamento; e de outro pela proporcionalidade entre a restrição da liberdade e a proteção prevista pela norma¹⁴⁷. É dizer, funciona o bem jurídico tanto como fundamento da intervenção e garantia de sua adequação ou idoneidade, quanto como baliza de ponderação mínima e máxima de intervenção penal: se a criminalização e a pena imposta não podem ir além da restrição necessária para a proteção do bem jurídico, tampouco podem estar aquém das expectativas sociais para essa mesma proteção¹⁴⁸. Referida atividade de ponderação, contudo, se verá mais adiante, no tópico próprio à análise da proporcionalidade em sentido estrito.

2.4.2. A Necessidade

A segunda máxima da proporcionalidade é chamada necessidade, exigibilidade, intervenção mínima, indispensabilidade¹⁴⁹. Por esse subprincípio, o poder público está obrigado a adotar, dentre aquelas medidas igualmente aptas à satisfação de um interesse, o meio menos gravoso, menos danoso a direitos fundamentais¹⁵⁰.

Nesse passo, a verificação da necessidade impõe a perquirição de meios que sejam menos gravosos, meios alternativos ao escolhido pela autoridade. Um meio alternativo deve promover igualmente um interesse fundamental sem impor tão graves limitações a direitos fundamentais de terceiros. São duas, pois, as etapas de investigação. Inicialmente, deve-se verificar se os meios escolhido e alternativo são igualmente – *in abstracto* – idôneos para a promoção do interesse tutelado; posteriormente, verifica-se o grau de restrição dos direitos fundamentais¹⁵¹.

Passado o duplo exame, deve-se respeitar, sempre que possível, “a escolha da autoridade competente”, de modo que somente se admite a substituição se o meio alternativo for inequívoca e manifestamente mais adequado ou menos restritivo de direitos fundamentais. Isso em virtude de imposição da legalidade e da separação dos poderes. Conclui Humberto

¹⁴⁷DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral...* Op. Cit.. p. 81.

¹⁴⁸QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral...* Op. Cit.. p. 33.

¹⁴⁹CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Op. Cit..* p. 309-310.

¹⁵⁰CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Op. Cit..* p. 220.

¹⁵¹ÁVILA, Humberto. *Teoria...* Op. Cit.. p. 170.

Ávila¹⁵²: “na hipótese de normas gerais o meio necessário é aquele mais suave ou menos gravoso relativamente aos direitos fundamentais colaterais, para a média dos casos”.

No que toca à necessidade, trata-se de um juízo positivo. Isso porque não se procede, aqui, apenas à exclusão do meio indicado por ser ele inadequado ou inidôneo. Impõe-se, mais que uma simples refutação da medida escolhida pelo legislador ou administrador, a indicação de um meio alternativo igualmente idôneo e menos gravoso. Mais que isso, requer-se a fundamentação da troca, devendo o magistrado explicar porque o meio alternativo deve ser utilizado¹⁵³.

Diferentemente do exame da adequação, não se procede, pela máxima da necessidade, a “uma simples eliminação de meios”. Trata-se da indicação de meios alternativos menos gravosos. Isso, contudo, não obriga o legislador categoricamente à adoção do meio que menos intensamente intervenha. O exame da necessidade apenas significa uma “vedação de sacrifícios desnecessários a direitos fundamentais”. Explica-se: há situações em que a medida escolhida e alternativa diferem não somente no grau de afetação de direitos fundamentais, mas também no grau de promoção do interesse¹⁵⁴.

É exatamente aqui, para Humberto Ávila¹⁵⁵, onde começam os problemas. É exatamente onde se inicia o processo de ponderação. Nesse processo de ponderação, entretanto, não se trata de verificar as possibilidades fáticas para a promoção de uma medida restritiva de direitos fundamentais. Isso porque não se ponderam a idoneidade do meio e a restrição por ele causada. Ponderam-se os bens, os interesses promovidos pela medida em questão com aqueles que por ela são sacrificados. É dizer, verificam-se as possibilidades jurídicas de implementação da medida.

2.4.2.1. *Necessidade e intervenção mínima*

Impende, neste tópico, fazer uma ligação com a teoria do direito penal para exemplificar a atuação da proporcionalidade na limitação do poder punitivo do Estado. Para tanto, pretende-se observar, na linha preconizada por Sebastián Mello¹⁵⁶, uma ligação intrínseca entre a máxima da necessidade e a intervenção mínima, também chamada de *ultima ratio*, princípio

¹⁵²ÁVILA, Humberto. *Teoria... Op. Cit.* p. 171.

¹⁵³BARROS, Suzana de Toledo. *Op. Cit.* p. 82.

¹⁵⁴ALEXYS, Robert. *Op. Cit.* p. 591.

¹⁵⁵ÁVILA, Humberto. *Teoria... Op. Cit.* p. 172-173.

¹⁵⁶MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O princípio... Op. Cit.* p. 13.

basilar do direito penal que engloba a fragmentariedade e a subsidiariedade da intervenção punitiva.

O direito penal contemporâneo, enquanto ciência penal, tem se desenvolvido, assim como a proporcionalidade, como uma tentativa de defesa de direitos fundamentais contra o poder punitivo do Estado, exercido, no mais das vezes, com arbítrio e tons de crueldade. Refere Luigi Ferrajoli¹⁵⁷ que a pena criminal, já utilizada como castigo, expurgo do mal, proteção social e vingança privada ou socialmente organizada, revela que “a imaginação humana não tem tido limites nem freios para inventar as formas mais ferozes da pena de morte e em aplicá-la inclusive nas infrações mais leves”.

Em virtude da tendência natural do homem para o exercício do poder de forma arbitrária, a ciência penal foi cunhada, desde o humanismo de Beccaria, como um meio de limitar o poder punitivo e garantir os direitos fundamentais do acusado. Nesse passo que a visão retributivista da pena, como medida de justiça e retribuição do mal com o mal, foi refutada pelo direito penal moderno, que já não enxerga uma relação natural (inexorável ou causal) entre o crime e a pena. Esse fato, todavia, não retira do binômio crime/pena a necessária correspondência e proporcionalidade da fixação desta última na medida da culpa. Aliás, essa é uma exigência do direito penal¹⁵⁸.

Isso garante à pena criminal moderna um caráter próprio: a necessária proporcionalidade entre a pena aplicada e a gravidade do crime cometido como reflexo da exigência de necessidade da própria intervenção penal. A sanção criminal deve ser aquela estritamente necessária nos limites da lei, fixada pelo legislador na “base da hierarquia dos bens e dos interesses eleitos por ele como merecedores de tutela”¹⁵⁹.

Nessa linha, como assevera Paulo Queiroz, o fenômeno da criminalização de condutas também se submete ao princípio da intervenção mínima, uma vez que o direito penal age, de um lado, por meio da seleção fragmentária de condutas; e, de outro, como último recurso, ali onde os outros ramos não puderam tutelar direitos fundamentais com efetividade. Isso significa dizer que, em virtude de seu caráter de *ultima ratio*, o direito penal somente deve ser

¹⁵⁷FERRAJOLI, Luigi. *Direito... Op. Cit.* p. 355.

¹⁵⁸FERRAJOLI, Luigi. *Direito... Op. Cit.* p. 366.

¹⁵⁹*Id. Ibid.* p. 361.

utilizado quando fracassadas as demais instancias de controle social e proteção de bens jurídicos que sejam menos onerosas ou mais eficazes que a tutela penal¹⁶⁰.

Nessa linha, reputando-se à máxima da necessidade expressa no art. 18º, 2 da Constituição Portuguesa¹⁶¹, Jorge de Figueiredo Dias¹⁶² esclarece que referida norma jurídica subordina a intervenção penal, obrigando a atuação do legislador criminal à salvaguarda de bens jurídicos constitucionalmente protegidos e limitando-o à atuação estritamente necessária a essa proteção. Dessa forma, somente se justificaria a intervenção penal quando houvesse razões de prevenção e tutela de bens jurídicos, especialmente razões de “prevenção geral de integração”, sem o que seria a criminalização exagerada e, portanto, desproporcional.

Nesse passo, a intervenção do braço penal do Estado deve ser mínima justamente porque sua atuação só se permite quando necessária. É dizer, a pena, como meio de promoção de um fim coletivo, somente será válida quando necessária, ou seja, quando não houver outra intervenção menos gravosa e igualmente idônea para a tutela de determinado bem jurídico. Obriga-se o Estado, por esse princípio, a adotar todas as medidas possíveis para resolver pacificamente o conflito sem prejuízo ou restrição de direitos fundamentais, que, no caso do direito penal, são restringidos de forma notadamente intensa¹⁶³. Dessa forma, a adoção do direito penal como forma de controle social, em virtude mesmo da violência que lhe é inerente, depende da insuficiência da utilização de outros meios menos gravosos ou mais adequados. A utilização desmesurada e desnecessária do direito penal, assim, revela violação ao princípio da proporcionalidade¹⁶⁴.

Em virtude disso, somente se pode concluir que a intervenção mínima, intrinsecamente ligada à máxima da necessidade, exige que o legislador, ao criminalizar condutas, examine a efetiva necessidade de intervenção penal, esgotando os meios menos gravosos (não penais) de solução do conflito. Exige, ainda, que o juiz, ao aplicar a pena, pondere o *quantum* efetivamente necessário para cumprir seus fins, não impondo ao apenado uma sanção que vá além das restrições admissíveis de direitos fundamentais. Funcionam, pois, a necessidade e a

¹⁶⁰QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 26.

¹⁶¹Artigo 18.º Força jurídica - 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

¹⁶²DIAS, Jorge de Figueiredo. *direito penal Português – Parte Geral II: Consequências jurídicas do crime*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 84.

¹⁶³MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. O princípio... *Op. Cit.* p. 10.

¹⁶⁴QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: introdução... Op. Cit.* p. 13.

dignidade humana como critérios complementares que baseiam o programa de limitação das penas, por meio da restrição da criminalização e imposição de penas desnecessárias¹⁶⁵.

2.4.3. A proporcionalidade em sentido estrito

Verificada a existência de meios que diferem não só no grau de restrição a direitos fundamentais, mas também no grau de promoção de um interesse fundamental; ou, ainda, verificado um “desequilíbrio na relação meio-fim”, não se trata mais de perquirir as possibilidades fáticas de uma medida. O que se exige, pois, não é a adequação do meio para a promoção do fim almejado, ou, ainda, a necessidade desse meio em face da inexistência de alternativa menos gravosa. Como bem ensina Suzana de Toledo Barros¹⁶⁶, a questão aqui é a “precedência de um bem ou interesse sobre o outro”.

Com a análise da precedência de um bem sobre outro, ingressa-se no campo da *proporcionalidade em sentido estrito*, que reflete o sopesamento dos interesses em jogo. É dizer, “pesam-se as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”¹⁶⁷.

Para Dirley da Cunha Júnior, “deve-se encontrar um equilíbrio entre o motivo que ensejou a atuação do poder público e a providência por ele tomada na consecução dos fins almejados”. Ao colocar na balança os meios e os fins, deve-se equacioná-los, verificando até que ponto se pode sacrificar um bem em benefício de outro¹⁶⁸.

É exatamente esse o exame feito por Humberto Ávila, que refere ser a medida comumente adotada em prol da consecução de um interesse coletivo. Tratar-se-ia de um fim público. Sua promoção, todavia, costuma gerar “efeitos colaterais” que incidem diretamente sobre direitos fundamentais do cidadão. No exame da proporcionalidade em sentido estrito, exige-se “a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais”¹⁶⁹.

Robert Alexy, por seu turno, identifica a proporcionalidade em sentido estrito com a lei do sopesamento, que posteriormente será estudada, uma vez que significa a mútua otimização dos princípios. Pela lei do sopesamento, que funciona como uma verdadeira balança de

¹⁶⁵FERRAJOLI, Luigi. *Direito... Op. Cit.* p. 364/365.

¹⁶⁶BARROS, Suzana de Toledo. *Op. Cit.* p. 85.

¹⁶⁷CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Op. Cit.* p. 310.

¹⁶⁸CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Op. Cit.* p. 220.

¹⁶⁹ÁVILA, Humberto. *Teoria... Op. Cit.* p. 173.

interesses, se expressa que “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”¹⁷⁰.

2.4.3.1. *Proporcionalidade em sentido estrito: ponderação de bens protegido e sacrificado no âmbito penal e intervenção mínima*

Já se viu que, em virtude da necessária adequação da intervenção estatal, somente se pode falar em tutela penal quando esta se mostrar adequada à proteção de bens jurídicos constitucionalmente protegidos. Viu-se, ainda, que a tutela penal é subsidiária e somente se justifica quando se verifique a necessidade de proteção de um bem jurídico cuja tutela por outros ramos do direito não se mostre suficiente.

Não basta, contudo, para justificar a intervenção penal, que se trate de tutela de bens jurídico-penais constitucionalmente protegidos, tampouco que hajam sucumbido em sua proteção os demais ramos do direito.

Isso porque, como observa Luís Greco¹⁷¹, todo tipo penal, numa perspectiva dogmática, tutela algum bem jurídico. De ordinário, ainda, tratar-se-á de um valor constitucionalmente protegido e de certa relevância para a ordem constitucional. Partindo-se, pois, de uma análise simples, a mera decisão do legislador penal de proteger determinado bem jurídico seria suficiente, face à máxima da adequação, para que fosse idônea a intervenção penal.

O direito penal, todavia, não deve tutelar todos os bens jurídicos. Deve o legislador, em verdade, para embasar sua decisão sobre a criminalização ou não de determinada conduta, atender a critérios de relevância do bem jurídico tutelado e de intensidade da lesão provocada por uma tal conduta. É dizer, não se devem proteger todos os bens jurídicos, mas apenas os de maior importância. Ademais, a proteção de tais bens pelo direito penal se deve restringir àqueles atentados mais intensos, que não podem ser tolerados pelo direito¹⁷².

Inicialmente, portanto, deve-se partir da Constituição, que seleciona os bens jurídicos mais importantes e que merecem a tutela penal, o que significa que se deve sempre partir do âmbito de tutela que foi garantido pelo constituinte a determinado bem ou interesse fundamental para

¹⁷⁰ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 593.

¹⁷¹GRECO, Luís. *Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 49. jul./ago. 2004, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.94.

¹⁷²QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: introdução...* *Op. Cit.* p. 15.

decidir sobre a necessidade de sua criminalização¹⁷³. Ademais, deve-se levar em conta o princípio da intervenção mínima do direito penal, que deriva da natureza da sanção aplicada em virtude da realização do fato típico. É dizer, tendo em vista o fato de que a consequência jurídica do crime é uma restrição especialmente grave aos direitos do apenado, a intervenção penal não se justifica para a tutela de qualquer bem jurídico, ainda que tenha sido constitucionalmente protegido¹⁷⁴.

Não se pode, portanto, concluir pela ampla liberdade do legislador para intervir na liberdade dos cidadãos, especialmente quando se trate de restrição por meio da sanção penal. Em virtude disso, Alice Bianchini¹⁷⁵ chama a atenção para o conflito entre proteção penal de bens por meio do sacrifício de direitos individuais. Cuida-se, pois, da conhecida relação meio e fim já tratada neste trabalho, estrutura do princípio da proporcionalidade. É dizer, impõe-se não somente a definição dos bens jurídicos que serão objeto de tutela penal, mas a “averiguação da relação custo/benefício que tal intervenção provoca”, com análise efetiva de quais são os efeitos de determinada criminalização, tendo em vista a prevalência dos interesses em jogo.

Verifica-se, assim, que o legislador está, em virtude do princípio da proporcionalidade, vinculado à ponderação entre os interesses ao criminalizar uma conduta e cominar-lhe determinada pena. Não se podem tipificar fatos de forma aleatória, sem que se proceda ao sopesamento dos bens jurídicos em jogo.

É verdade que a seleção dos bens jurídico-penais decorre de políticas criminais determinadas pelos representantes do povo, de modo que, *a priori*, é exatamente o legislador o responsável por defini-los¹⁷⁶. Há, contudo, critérios para sua seleção, de modo que não se pode deferir ao legislativo uma discricionariedade absoluta na seleção de bens e, principalmente na forma e intensidade da criminalização.

Nesse passo, como lecionam Alice Bianchini, Antônio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes¹⁷⁷, a definição dos bens constitucionalmente protegidos como “bens jurídico-penais” exige que se trate de bens existenciais – ligados, pois, à dignidade humana –, que tenham sido positivamente valorados pelo Direito e que tenham sido tutelados por uma norma de direito

¹⁷³MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O conceito material de culpabilidade*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 68.

¹⁷⁴GRECO, Luís. *Op. Cit.*. p.100.

¹⁷⁵BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 20.

¹⁷⁶BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antônio García-Pablos de, GOMES, Luiz Flávio. *direito penal: introdução e princípios fundamentais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.236.

¹⁷⁷*Id. Ibid.*. p.233.

penal. Há, aqui, portanto, uma restrição à liberdade do legislador em escolher os bens a serem protegidos e a forma de sua proteção. Não basta que haja norma penal e que ela faça referência à tutela de um bem jurídico. Exige-se que haja equilíbrio na relação entre a tutela e a importância (existencialidade e valorização positiva) do bem escolhido, tal qual se deve observar na análise de qualquer medida estatal no campo dos direitos fundamentais, sob pena de afronta à proporcionalidade em sentido estrito.

Exatamente por isso, Sebastián Mello observa que o direito penal caminha, hoje, “entre a proporcionalidade e o abuso, entre a justiça e o excesso”¹⁷⁸. Dessa forma, cabe ao magistrado essa valorização no caso concreto, de modo que se lhe impõe a revisão da ponderação de interesses no momento da análise da tipicidade material da conduta, bem como da aplicação da sanção, sob pena de se cancelarem, no âmbito judiciário, ponderações equivocadas e valorizações desproporcionais, em descompasso com a realidade sobre a qual o direito atua¹⁷⁹.

2.5. PROPORCIONALIDADE E PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Como já visto, a emergência da pós-modernidade exigiu do direito que se reinventasse. O paradigma pós-positivista, revendo antigos conceitos de normatividade, aplicabilidade e interpretação, trouxe uma nova forma de compreender a realização do direito a partir do retorno dos valores ao sistema, agora permeado de princípios. Com o neoconstitucionalismo, a eficácia das normas constitucionais, mormente dos princípios definidores de direitos fundamentais, é maximizada, exigindo-se do intérprete um esforço maior para equacionar os diversos interesses fundamentais conflitantes. Isso em virtude do fato de que as Constituições contemporâneas criaram ordens intrinsecamente dialéticas, fundadas na pluralidade política e na ampla participação de todos os setores sociais nas decisões. A ciência do direito viu-se, destarte, forçada a desenvolver-se para lidar com esse novo e complexo fenômeno jurídico¹⁸⁰.

É nesse contexto que surgem as técnicas de ponderação de interesses e desenvolve-se a argumentação jurídica. A tentativa é a de superar o arbítrio na aplicação do direito e racionalizar o fenômeno interpretativo. É de se observar que o paradigma que se pretende superar – note-se: superar e não deixar para trás –, bem representado pelo positivismo lógico kelseniano, não oferecia resposta adequada para controlar o fenômeno da interpretação

¹⁷⁸MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O conceito... Op. Cit.* p. 19.

¹⁷⁹*Id. Ibid.* p.320.

¹⁸⁰BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* p. 345.

jurídica. Para Hans Kelsen¹⁸¹, o direito positivo não abarca qualquer critério que defina ou obrigue o juiz a tomar esta ou aquela decisão, desde que dentro da moldura normativa. Observava o autor que “os métodos de interpretação até o presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto”.

É exatamente essa a tarefa da ponderação: racionalizar o processo de obtenção do direito, tornando-o controlável, portanto¹⁸². O processo de ponderação implica na atribuição de pesos aos interesses envolvidos no caso decidido. Estabelece-se, assim, uma relação de precedência condicionada entre *bem tutelado* e *bem sacrificado* pela norma jurídica. A possibilidade – exigibilidade, diga-se – de fundamentação para esse procedimento se não elimina, ao menos diminui o subjetivismo na aplicação da norma.

Bem verdade que, no atual estágio de desenvolvimento da ciência jurídica, a ponderação não revela uma efetiva objetividade, sendo, muitas vezes, o meio pelo qual os juízes se utilizam para justificar um decisionismo desarrazoado. As técnicas de argumentação e a exigência de efetiva fundamentação das decisões judiciais, todavia, têm contribuído para um maior controle do poder depositado na mão dos magistrados¹⁸³.

2.5.1. Ponderação e princípios jurídicos

Num contexto em que as normas jurídicas são divididas em regras e princípios, já se viu aqui, um dos critérios utilizados para a distinção entre as duas espécies normativas é a sua forma de aplicação. Desse modo, pela clássica definição, regras são aplicadas mediante subsunção e princípios são concretizados mediante ponderação. Apesar de demasiadamente simples e, bem verdade, ultrapassada, essa definição traz a base da discussão da moderna doutrina.

A subsunção é uma forma de aplicação ainda largamente utilizada e faz parte da própria essência do direito. Mas há casos em que não se pode a ela recorrer para a concretização das normas jurídicas. Nesse passo, a ponderação seria a técnica adequada para a decisão em casos difíceis (*hard cases*), quando a subsunção não satisfaz às exigências, em virtude da complexidade da situação trabalhada¹⁸⁴.

¹⁸¹KELSEN, Hans. *Op. Cit.*. p. 248.

¹⁸²BARROS, Suzana de Toledo. *Op. Cit.*. p. 174.

¹⁸³BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 350.

¹⁸⁴BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.*. p. 55.

Isso resulta diretamente da natureza dialética do sistema jurídico contemporâneo, que não comporta, em certas ocasiões, uma solução simplória oferecida pela subsunção¹⁸⁵. Diante da existência de interesses conflitantes abarcados pela ordem jurídica, impõe-se a utilização de técnicas mais apropriadas, como a ponderação. Nesse contexto, identificam-se diversas situações de conflitos normativos, em virtude da existência de direitos contrapostos e tutelados simultaneamente pela Constituição. Essa constante colisão de princípios não é apenas possível, ela é intrínseca ao sistema jurídico contemporâneo, que não é axiomático, mas dialético¹⁸⁶.

De forma criteriosa, Robert Alexy¹⁸⁷ descreve como se dá esse fenômeno de colisão. Observa o autor que isso se dá geralmente quando uma medida é por um princípio permitida ou incentivada e por outro proibida. Nesse caso, tratando-se de princípios, não se cogita a declaração de invalidade ou a introdução de uma exceção. É o caso de definir que, no caso concreto, um dos princípios prevalecerá, diante das condições verificadas.

É dizer, o conflito se resolve “por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes”, cujo objetivo é verificar qual dos princípios terá “maior peso no caso concreto”, apesar de abstratamente não haver qualquer hierarquia¹⁸⁸. Isso significa estabelecer para uma determinada colisão uma *relação de precedência condicionada*, ou seja, enunciar que em determinadas condições verificadas no caso concreto, tal ou tais princípios prevalecem e determinada conduta é permitida, proibida ou obrigatória. Alteradas as condições fáticas, é possível que o resultado da ponderação se inverta, estabelecendo nova relação de precedência, com base em outro suporte concreto¹⁸⁹.

Esse método de concretização do direito, baseado na ponderação e na utilização da proporcionalidade, permite que num sistema jurídico uno convivam princípios, direitos e interesses contrapostos, próprios das sociedades plurais e democráticas da pós-modernidade. A ponderação e a proporcionalidade são necessárias num sistema que se pretenda dialético, valorativo e plural, baseado em princípios jurídicos¹⁹⁰.

¹⁸⁵SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio... Op. Cit.*, p. 116.

¹⁸⁶BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 31.

¹⁸⁷ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 93.

¹⁸⁸*Id. Ibid.*, p. 95.

¹⁸⁹*Id. Ibid.*, p. 96.

¹⁹⁰GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Op. Cit.*, p. 200.

Por isso que a ponderação foi por muito tempo vinculada à teoria dos princípios, entendendo a doutrina que ambas se implicam mutuamente¹⁹¹. A ponderação, contudo, tem se destacado como técnica autônoma aplicável não apenas em conflitos entre princípios. Nessa linha, Humberto Ávila é categórico ao afirmar que “não é apropriado afirmar que a ponderação é método privativo de aplicação dos princípios, nem que os princípios possuem uma dimensão de peso”¹⁹². Isso porque não só os princípios, mas também as regras possuem um caráter provisório – ou *prima facie* –, já que podem ser superados a depender de determinadas condições verificadas no caso concreto. A variação, diz ele, é o tipo de ponderação utilizado¹⁹³.

Também Lênio Streck¹⁹⁴ o destaca. Para ele, princípios e regras “acontecem sempre no caso concreto”, não se podendo cindir situações de direito de situações fáticas, motivo porque não se pode hierarquizá-los ou metodologizar-lhes a aplicação com critérios apriorísticos. Podem, sim, regras e princípios ser superados diante do caso concreto, uma vez identificados valores superiores que o justifiquem, num processo de sopesamento.

Aliás, como já referido, as regras podem sim ser superadas, contudo, *data venia*, sua superação implica uma ponderação com os princípios substantivos que as embasam e também com princípios formais que norteiam o sistema e exigem a observância das regras em geral, preservando a segurança jurídica e a isonomia. Entretanto, isso somente pode ser conseguido se observados critérios objetivos e fundamentada a decisão com base em argumentos racionais, o que leva à exigência de um método específico, uma lei de sopesamento.

2.5.2. Lei de sopesamento

Importa salientar, inicialmente, a distinção feita por Humberto Ávila¹⁹⁵, para quem a ponderação não implica, necessariamente, a proporcionalidade e a existência de princípios. Nessa linha, o autor afirma que, para que tenha utilidade no campo do direito, a ponderação deve ser associada a algum critério específico. Impõe-se, pois, associá-la aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade para que, assumindo uma estrutura específica, contribua com a realização do direito.

¹⁹¹BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.* p. 56.

¹⁹²ÁVILA, Humberto. *Teoria... Op. Cit.* p. 52.

¹⁹³*Id. Ibid.* p. 58-59.

¹⁹⁴STRECK, Lênio Luiz. *Verdade... Op. Cit.* p. 175-176.

¹⁹⁵ÁVILA, Humberto. *Teoria... Op. Cit.* p. 143.

A associação da técnica de ponderação com a proporcionalidade, já se viu, implica num método de solução de conflitos normativos, notadamente de princípios. Diante de um conflito, que se apresenta quando uma conduta é permitida ou incentivada por uma norma e proibida por outra, sopesam-se os interesses em jogo. Diante das circunstâncias observadas no caso, estabelece-se uma relação de precedência condicionada, em que as condições são os fatos relevantes específicos do caso.

No caso das regras, pode-se estabelecer uma hipótese de superação – sem declará-las inválidas –, quando, realizada a ponderação entre os princípios substanciais e formais, se resultar na submissão da regra a um princípio antagônico. Ressalte-se que a superação de um princípio formal não deve ser comum. É medida excepcional, uma vez que tais princípios são reflexo e fundamento da democracia e da legitimidade do poder político e da própria edição das normas¹⁹⁶.

Num caso e noutro, verifica-se sempre o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada, constatando-se, claramente, as condições fáticas para a incidência da decisão e as consequências jurídicas preconizadas pelo princípio prevalente. Ficam claros, assim, o suporte fático e a consequência jurídica de uma norma particular, uma regra, já que delimitados precisamente¹⁹⁷. Para Robert Alexy¹⁹⁸, trata-se de uma norma (com estrutura de regra) de direito fundamental atribuída, já que, apesar de não estar expressa em um texto legal, pode ser corretamente fundamentada na perspectiva dos direitos fundamentais.

Nessa linha, sempre que em outro caso se verifique a repetição das circunstâncias descritas no suporte fático daquela regra – as condições para a precedência –, poder-se-á aplicar, por subsunção, a regra elaborada no novo caso, dando ao juiz “modelos de solução pré-prontos”¹⁹⁹. É o que se observa, por exemplo, com as súmulas de tribunais superiores, que concretizam princípios, estabelecendo condições de prevalência de um sobre outro e a consequência jurídica aplicada no caso concreto. A utilização dessas regras, a subsunção de decisões já tomadas e a contínua formulação de novas normas de direito fundamental atribuídas criam certa estabilidade no sistema, permeando-o de racionalidade²⁰⁰. Essas

¹⁹⁶ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 105.

¹⁹⁷*Id. Ibid.* p. 121.

¹⁹⁸*Id. Ibid.* p. 102.

¹⁹⁹BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.* p. 61.

²⁰⁰Em sentido contrário, Lênio Luiz Streck refuta a tese de que a ponderação seja um raciocínio propriamente jurídico e que confira racionalidade à aplicação do direito: “*de forma discordante, entendo que a ponderação*

normas, conhecidas independentemente da aplicação num caso concreto, assumem um grau de generalidade e abstração, contribuindo para a garantia de segurança jurídica²⁰¹.

Consoante já se viu, os critérios utilizados para o sopesamento são exatamente aqueles preconizados pela proporcionalidade. Essa máxima funciona como um “princípio dos princípios”, que atua estabelecendo relações de precedência diante de conflitos entre normas de igual hierarquia, sem lhes declarar a invalidade ou a revogação²⁰². É dizer, trata-se do confronto entre uma medida que pretende promover um direito fundamental – ou, simplesmente, realizá-lo, no caso de atos particulares – e que, como efeito colateral, produz a restrição de outro direito fundamental.

Impõe-se, assim, verificar as possibilidades fáticas e jurídicas da proporcionalidade. Questiona-se a idoneidade da medida para satisfazer um direito fundamental: se não for, a medida escolhida será inválida, pois não se admitem restrições inúteis de direitos fundamentais. Perquire-se a existência de meios alternativos igualmente idôneos e menos restritivos de direitos fundamentais: se houver, a medida escolhida será inválida, pois não se admitem restrições desnecessárias de direitos fundamentais. Por fim, sopesam-se os interesses em jogo, para verificar a importância de cada bem (sacrificado e promovido) no caso concreto, estabelecendo-se uma relação de precedência condicionada e criando-se uma regra de direito fundamental atribuída para o caso em exame e os que o sucederem.

2.6. A PROPORCIONALIDADE E A REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES LEGISLATIVAS E EXECUTIVAS

A tônica do neoconstitucionalismo e o sentido dos esforços do direito contemporâneo orientam-se num objetivo principal: dar efetividade à Constituição. Como assinala Lênio Luiz Streck²⁰³, essa agenda é obrigatória no contexto de uma sociedade como a brasileira, permeada de miséria e desigualdades e distante de um ideal de democracia com efetiva

vem a ser o mecanismo exterior pelo qual se encobre o verdadeiro raciocínio (estruturante de compreensão). Por ela, encobre-se a seguinte questão: a de que não existe semântica perfeita e de que, enfim, não é possível a superposição de significados” (STRECK, Lênio Luiz. *Verdade... Op. Cit.* p. 181); e, ainda: “*A ponderação sempre leva a uma abstração em face do caso, circunstância que ‘reabre’ para o juiz a perspectiva de argumentação sobre ‘o caráter fundamental ou não do direito’, já reconhecido desde o início como fundamental, e assim acaba tratando esses direitos como se fossem “valores negociáveis”, com o que se perde a força normativa da Constituição, que é substituída pelo ‘discurso adjudicador’ da teoria da argumentação jurídica*”. (STRECK, Lênio Luiz. *Verdade... Op. Cit.* p. 187).

²⁰¹BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.* p. 66.

²⁰²GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Op. Cit.* p. 197.

²⁰³STRECK, Lênio. *Verdade... Op. Cit.* p. 36.

participação popular. A noção de efetividade das normas constitucionais impõe uma releitura de dogmas cristalizados na consciência das sociedades ocidentais, como a separação dos poderes.

A divisão das funções entre os órgãos estatais não é absoluta. Antes, impõem-se interferências recíprocas, num sistema de freios e contrapesos que permite aos governantes equilibrar o poder e concretizar os mandamentos constitucionais²⁰⁴. Essa necessária separação, insculpida no bojo de um indispensável processo de contenção do poder estatal, se estrutura atualmente em torno de um eixo axiológico: a Constituição. Mais que um mero sistema de procedimentalização do jogo político e de distribuição de competências, a Lei Fundamental traz valores sobre os quais repousa o exercício do poder²⁰⁵.

Destaca-se, nesse contexto, a função do órgão de guarda da Constituição, incumbido do exercício da jurisdição constitucional, porque lhe cabe a defesa desses valores que embasam o sistema. Os direitos fundamentais figuram como parâmetro para a sindicância de atos do poder público – da regulamentação da atividade econômica à criminalização de condutas –, importando sua confrontação com o Texto Maior. Numa democracia constitucional, as normas oriundas do processo de fundação do ordenamento adquirem precedência formal e material em face de qualquer decisão posteriormente tomada por maiorias parlamentares²⁰⁶.

As normas constitucionais guardam valores que se impõem a todos os poderes da República, notadamente ao Legislativo²⁰⁷. Como ressalta Gilmar Mendes, a discricionariedade legislativa é revista, encerrando, com o neoconstitucionalismo, os conceitos de liberdade e limitação. Ao legislador se outorga a liberdade de densificar os valores previstos no texto constitucional, de modo que se encontra ele sempre limitado pela moldura traçada pelo Constituinte. Doutro lado, a discricionariedade legislativa contempla um poder-dever. Nessa medida, encontra-se o parlamento obrigado a editar aquelas normas necessárias à concretização e efetivação dos direitos fundamentais, mormente quando a Constituição o preveja de forma expressa²⁰⁸.

Violado o *poder-dever* de legislar ou ultrapassados os limites traçados pelo Constituinte, verifica-se um *vício por excesso de poder legislativo*. É dizer, o legislador excedeu o poder que lhe foi constituído no pacto fundante, padecendo o ato produzido de

²⁰⁴SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.114.

²⁰⁵BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 27.

²⁰⁶STRECK, Lênio. *Verdade... Op. Cit.* p. 31.

²⁰⁷MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. Cit.* p.38.

²⁰⁸*Id. Ibid.* p.41.

inconstitucionalidade. A esse vício, constatado no âmbito da jurisdição constitucional, impõe-se a censura judicial, responsável pela expurgação do ato do ordenamento ou, quando do controle difuso-concreto, pela sua inaplicabilidade no caso *sub examine*²⁰⁹.

Nesse passo, como bem ressalta Dirley da Cunha Júnior²¹⁰, o magistrado, suspendendo a aplicação de um ato legislativo ou administrativo viciado por inconstitucionalidade – seja *in concreto*, seja *in abstracto* –, aplica diretamente a Constituição. Afasta, assim, a vontade de uma ocasional maioria parlamentar para aplicar a “vontade ‘autêntica’ e soberana do povo, expressa de modo mais elevado”. A Constituição funciona, desse modo, como verdadeira barreira diante das decisões legislativas, definindo os limites do exercício da competência de criar o direito. Desse modo, nas precisas palavras de Susanna Pozzolo, a jurisdição assume a função de um “instrumento de contrapeso do Poder Legislativo que anula as decisões que trespasam os limites de tal competência legislativa”²¹¹.

Nessa linha, a legitimidade formal da jurisdição constitucional – ainda que não fosse prevista expressamente – se extrairia do regime político do Estado Democrático de Direito, uma vez que é este o modelo de controle dos atos do poder e preservação da vontade popular constitucionalmente consagrada. A legitimidade material da jurisdição constitucional, por sua vez, se extrairia do sistema de direitos fundamentais, cuja proteção é confiada ao Poder Judiciário, indispensável para sua tutela²¹². Conclui-se, pois, que a legitimidade da jurisdição constitucional – e, portanto, da revisão judicial da legislação e dos atos administrativos – se extrai diretamente da Constituição, isto é, da vontade popular, do autêntico Poder Constituinte titularizado pelo povo²¹³.

²⁰⁹MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. Cit.*, p.39.

²¹⁰CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 44.

²¹¹POZZOLO, Susanna. *Op. Cit.*, p. 347.

²¹²A Constituição da República Federativa do Brasil, em vários pontos, confia ao Poder Judiciário a guarda dos direitos fundamentais, por meio da atribuição de competências aos seus órgãos e pelo estabelecimento de garantias instrumentais para a efetivação desses direitos. Destacam-se os artigos 102, *caput* (*competete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição*); 97 (*somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público*); 5º, LIV (*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*); LV (*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*); LXVIII, LXIX, LXXI, LXXII e LXXIII (ações constitucionais); com especial destaque para a regra da inafastabilidade da jurisdição, inserta no art. 5º, XXXV (*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*).

²¹³CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle... Op. Cit.*, p. 45.

Dirley da Cunha Júnior²¹⁴ ainda destaca, de forma precisa, a ampla possibilidade de atuação das partes no processo judicial. É dizer, diferentemente do procedimento legislativo, deveras distante da população – mormente no que toca à atividade legiferante em âmbito federal –, o processo judicial é permeado pela participação das partes, diga-se, da população em geral, autêntica titular do poder. Nos autos de um processo, à parte é facultada a produção de provas, a manifestação sobre todos os atos da autoridade e, principalmente, a influência determinante na decisão, algo que nem de longe se cogita na produção legislativa. O acesso ao Judiciário é muito mais facilitado que aos demais poderes.

Veja-se que, ainda nos processos judiciais de índole objetiva, em que se discutem as questões de forma mais geral e abstrata, naturais, aliás, da jurisdição constitucional concentrada, a tônica das decisões tem se aproximado cada vez mais da população, com o avanço de institutos como as audiências públicas e a “intervenção social de terceiros” como *amicus curiae*.

Destarte, verifica-se que a revisão judicial, em regra, ainda quando tome lugar nas cortes constitucionais, não se embasa em questões políticas, senão em questões jurídicas. Como ressalta Ronald Dworkin, o tribunal, ordinariamente, não se questiona acerca da melhor forma de promoção do bem-estar geral. Debruça-se, em verdade, sobre a existência ou não de direitos das partes, ou, ainda, sobre a compatibilidade ou não entre normas: objeto e paradigma da impugnação. Os tribunais tomam “decisões de princípio, não de política”. Baseiam-se, sempre, numa “teoria substantiva da representação”, segundo a qual o Estado deve preservar os direitos fundamentais e tratar igualmente seus cidadãos. É esse o papel do magistrado na democracia²¹⁵.

2.6.1. O papel do juiz numa democracia substancial

Parte-se da indagação formulada por Paulo Bonavides²¹⁶: que legitimidade teria o Poder Judiciário para manter uma superioridade sobre o Executivo e o Legislativo com o uso de sua função hermenêutica-concretizadora de direitos fundamentais? Também Lênio Streck²¹⁷ o questiona: até que ponto o Judiciário detém legitimidade para concretizar os direitos fundamentais ali “no limite, isto é, na inércia injustificável dos demais poderes”?

²¹⁴CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle... Op. Cit.* p. 47.

²¹⁵DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 101.

²¹⁶BONAVIDES, Paulo. *Curso... Op. Cit.* p. 589.

²¹⁷STRECK, Lênio. *Verdade... Op. Cit.* p. 25-26.

Luigi Ferrajoli²¹⁸ responde a esse questionamento afirmando estarem, sim, os juízes legitimados para concretizar as normas constitucionais, ainda que por meio do sacrifício de leis aprovadas pelo Parlamento. Para ele, essa legitimação não derivaria da democracia política, não seria fruto da vontade da maioria – por meio dos representantes –, expressa no processo de elaboração legislativa. O fundamento de tal legitimação seria simplesmente “a intangibilidade dos direitos fundamentais”. Isso não lhe retiraria o caráter democrático, já que sua base é a função judicial de garantia dos direitos fundamentais. O autor italiano completa afirmando que o exercício da jurisdição não sujeita o juiz apenas à lei, impondo-se ao magistrado a “análise crítica de seu significado como meio de controlar sua legitimidade constitucional”²¹⁹.

Na mesma linha, Ricardo Maurício Freire Soares afirma que, num ordenamento constitucional, a Lei Maior, por representar o conjunto daqueles valores fundamentais que embasam o pacto de convivência social, deve ser tomada como baliza para esse tipo de análise. Ao juiz se impõe a verificação da pertinência de uma norma jurídica ao ordenamento não só pela satisfação dos pressupostos formais, pelo cumprimento do procedimento democrático representativo/participativo de elaboração das leis. Acima de tudo, deve o juiz verificar a pertinência das disposições legais no contexto do sistema constitucional construído²²⁰.

Acrescenta, ainda, a importância de se reconhecer, nas sociedades contemporâneas, o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento de todo o ordenamento jurídico. Como valor supremo e *telos* de qualquer norma jurídica – num ordenamento constitucional contemporâneo, todas as leis têm por fim último a satisfação da dignidade humana e, portanto, dos direitos fundamentais –, esse princípio é o paradigma para verificação da pertinência das normas jurídicas no sistema e, portanto, de aplicação e concretização do direito pelo juiz²²¹.

Essa configuração de competências, pois, é definida pela própria Constituição, que atribui ao Judiciário a guarda dos direitos fundamentais. Nesse aspecto, Robert Alexy pontua que não se pode falar em subtração de competência pelo Judiciário, já que é a própria Lei Fundamental que, ao definir direitos fundamentais, tira do legislador a competência para dispor sobre tais

²¹⁸FERRAJOLI, Luigi. *Direito... Op. Cit.* p. 26.

²¹⁹*Id. Ibid.* p. 68.

²²⁰SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio... Op. Cit.* p. 127.

²²¹*Id. Ibid.* p. 146.

matérias. Caso a Constituição não consagrasse tais direitos, teria o legislador uma maior “parcela de competência”²²².

John Hart Ely, contudo, expressa sua discordância ao afirmar que os tribunais não teriam condições de avaliar o consenso democrático. Não lhes seria própria a tarefa de decidir, justamente porque, além de não lhes assistir legitimidade democrática, não têm os tribunais o devido contato com aqueles valores que os membros da comunidade efetivamente compartilham²²³.

Acerca de tais alegações, cabe aqui analisar, com Paulo Branco, Inocêncio Coelho e Gilmar Mendes, a importância do princípio do pluralismo político, inexoravelmente ligado à noção de democracia. Para os autores, sua abrangência não se restringe à mera existência de diversos partidos e à oportunidade de participação no processo eleitoral. O pluralismo político significa “*pluralismo na polis*”, expressando-se como direito fundamental à diferença, a desenvolver sua individualidade, nos limites garantidos pela dignidade humana, sem interferência do Estado ou de terceiros. Desse modo, ainda ali onde os valores sociais exijam um determinado comportamento, o indivíduo terá garantida a sua diferença quando um direito fundamental o enunciar – o que pressupõe a *não-afetação* de direitos de terceiro²²⁴.

Também Ronald Dworkin²²⁵ rebate tal argumento, lembrando exatamente o direito das minorias. Observa o autor ianque que esses segmentos sociais perderiam poder político se não houvesse competência jurisdicional para a proteção de direitos fundamentais. A universalização do acesso à justiça permite que o oprimido pela maioria parlamentar tenha ao menos a chance de garantir que seus direitos fundamentais sejam preservados.

Acrescenta, ainda, no aspecto da correção das decisões, que os tribunais, justamente por não terem receio de represálias em virtude de decisões impopulares – uma vez que sua composição não obedece às mesmas regras do jogo político-representativo –, são livres para a defesa dos direitos dos indivíduos, especialmente das minorias²²⁶.

²²²ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 449.

²²³ELY, John Hart. *Democracia y Desconfianza: una teoría del control constitucional*. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1997. In: CARVALHO, Luis Borges de. *Jurisdição Constitucional & Democracia: Integridade, Pragmatismo nas Decisões do STF*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 65 e 90.

²²⁴BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martires; e MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. Cit.* p. 156.

²²⁵DWORKIN, Ronald. *Op. Cit.* p. 32.

²²⁶*Id. Ibid.* p. 28.

Ressalte-se que isso, em momento algum, significa um desequilíbrio ou uma efetiva supremacia do Poder Judiciário sobre os demais poderes. Aliás, isso é o que se extrai da leitura do seguinte trecho do célebre periódico *The federalist papers*²²⁷, crucial meio de desenvolvimento do federalismo estadunidense:

Esta conclusão não supõe de modo algum uma superioridade do Poder Judiciário sobre o legislativo. Supõe apenas que o poder do povo é superior a ambos, e que, quando a vontade do legislativo, expressa em suas leis, entre em oposição com a do povo, expressa na Constituição, os juízes devem ser governados por esta última e não pelas primeiras. Devem regular suas decisões pelas leis fundamentais, não pelas que não são fundamentais.

Disso se conclui que a atuação do magistrado numa democracia substancial não se pode restringir à mera aplicação inocente e automática da lei. Um juiz, num ordenamento constitucional e democrático de Direito que prima pelo princípio da dignidade da pessoa humana e que consagra no Texto Maior disposições de direitos fundamentais, está obrigado, em cada caso que se lhe apresente, a retirar do sistema jurídico aquela resposta que melhor coadune com o *telos* da atuação estatal e, com isso, do exercício da jurisdição. Está ele, então, vinculado à aplicação da Constituição, à concretização dos direitos fundamentais e à efetiva limitação do poder arbitrário, ainda que, para isso, enfrente a vontade da maioria e sobreponha, ao princípio da soberania popular, a dignidade humana e os sagrados direitos do homem insculpidos na Lei Fundamental.

2.6.1.1. *Jurisdição constitucional e proteção dos vulneráveis*

Como visto, a jurisdição constitucional foi concebida na linha de defesa dos direitos fundamentais, preservando o indivíduo do excesso de poder estatal. O neoconstitucionalismo, cunhado como contraponto ao paradigma positivista que permitiu a estruturação de ordenamentos nazi-fascistas baseados na vontade da maioria, trouxe uma nova compreensão do fenômeno democrático. Assim, impõem-se ao legislador limites no seu âmbito de conformação, por meio da cristalização na Constituição da vontade superior do titular do poder²²⁸.

As experiências assustadoras da Segunda Guerra mundial levaram o homem a constatar a propensão das maiorias à opressão, antes vinculada à figura dos ditadores. Verificou-se que não somente os déspotas, mas também as sociedades, o homem comum, permeado de

²²⁷The federalist papers LXXVIII. In: MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 06.

²²⁸STRECK, Lênio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 148.

preconceito, tende ao arbítrio, ao abuso e à exploração²²⁹. Isso trouxe a consciência da necessidade de contenção da própria vontade da maioria – notadamente das eventuais e simples maiorias parlamentares.

A segunda metade do século passado trouxe Constituições imunizadas contra essas maiorias. A propensão humana ao sufocamento dos direitos das minorias é contido por um extenso rol de direitos fundamentais e um sistema de garantias institucionais e instrumentais que confiam geralmente ao Poder Judiciário a tarefa de proteger a dignidade humana. Estabelece-se, assim, o âmbito daquilo que as maiorias parlamentares podem e não podem decidir, bem como não decidir²³⁰.

Como bem ressalta Dirley da Cunha Júnior²³¹, é na jurisdição constitucional que se depositam os instrumentos de tutela desses direitos fundamentais. Inicialmente, impende assegurar a efetiva participação dos grupos menores na formação da vontade geral. De outro lado, reserva-se o âmbito de liberdade intrínseco ao desenvolvimento da personalidade e da preservação da dignidade humana. Esse âmbito, definido pelos “valores substantivos da sociedade”, é imunizado contra a vontade da maioria e sua tendência de opressão.

Nesse contexto que Lênio Streck²³² distingue a vontade da maioria, expressa na legislação ordinária, muitas vezes abusiva, da vontade geral, inserta nos textos constitucionais, definindo os princípios fundamentais, os valores permanentes de dada sociedade. Tais valores permitem conter a vontade da maioria, impedindo a exploração dos grupos menos representados e garantindo a manutenção do pluralismo no seio da sociedade.

Ressalte-se, ainda, a tendência apontada por Eduardo Appio²³³ de crescente pluralismo das sociedades modernas. Destaca-se um “aumento dos grupos de interesse” que revela interesses contrapostos e muitas vezes irreconciliáveis. Nesse contexto que se impõe a assunção do pluralismo como “principal característica” das democracias pós-modernas, único meio de “evitar a guerra de todos contra todos”.

A atividade do juiz, assim, para permitir a proteção dos direitos fundamentais, deve seguir o sentido da ponderação dos interesses conflitantes e da harmonização dos diversos princípios incidentes no caso concreto. O sopesamento e a proporcionalidade na decisão e nos atos do

²²⁹ APPIO, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 196.

²³⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle... Op. Cit.*, p. 41.

²³¹ *Id. Ibid.*, p. 53.

²³² STRECK, Lênio. *Verdade... Op. Cit.*, p. 32.

²³³ APPIO, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 172.

poder público são a chave para a preservação do necessário pluralismo das sociedades contemporâneas.

2.6.1.2. *A atividade judicial e a ponderação de princípios*

Como ressalta Maria Helena Diniz²³⁴, apesar de destacar sua força normativa e imperatividade, a Constituição não deve ser vista apenas como um documento jurídico. Mais que isso, está ela ligada ao processo político de desenvolvimento das sociedades. As Constituições, suas reformas, revisões e mutações, refletem um processo histórico de evolução dos grupos humanos. Elas são o produto de lutas e conflitos sociais, são o resultado de “uma atitude reflexiva e crítica” de cada sociedade em cada momento histórico. Resumem, pois, os valores consolidados naquele tempo, bem como as aspirações e perspectivas para o futuro.

As Cartas Políticas são, portanto, documentos dialéticos, que exprimem diversos pontos de vista, diversos valores políticos, econômicos e sociais que devem, à vista do princípio da unidade da Constituição, ser sempre conciliados no caso concreto pelo hermeneuta. Esse processo de concretização também reflete uma postura analítica e dialética. Não se pode mais conceber a interpretação e aplicação do direito como um processo axiomático, simples, corriqueiro ou, muito menos, fruto da vontade soberana do magistrado. A noção de Hans Kelsen de um processo de aplicação incontrolável, por meio do qual o juiz escolhe uma das opções que lhe são dadas pelo texto²³⁵ se pretende superada pelo neoconstitucionalismo.

Destarte, surgem e se desenvolvem técnicas de controle da atividade de concretização do direito, como a ponderação, própria de casos que exigem a harmonização de princípios e valores contrapostos – casos cada vez mais comuns no direito contemporâneo. Como bem sintetiza Suzana de Toledo Barros, a técnica da ponderação, há pouco estudada, pretendendo racionalizar a aplicação do direito e compatibilizá-la com a dialeticidade do sistema jurídico, consiste no estabelecimento da precedência de um princípio sobre o outro no caso concreto, diante de circunstâncias específicas. A racionalidade se verificaria na possibilidade de fundamentar essa relação de precedência de modo consistente, sobrelevando o papel da argumentação jurídica²³⁶.

²³⁴DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989, p.14.

²³⁵KELSEN, Hans. *Op. Cit.* p. 248.

²³⁶BARROS, Suzana de Toledo. *Op. Cit.* p. 174.

Consoante já se viu, Robert Alexy sistematiza de forma bastante didática esse procedimento. Para o autor, a colisão de princípios jurídicos pode ser solucionada pela ponderação, estabelecendo-se entre eles uma relação de precedência condicionada. É dizer, diante do caso concreto, o magistrado verificará quais circunstâncias favorecem a aplicação de um ou de outro princípio. Atribuindo pesos a cada uma das normas para aquele caso, o juiz decidirá que, naquelas circunstâncias (condições específicas) dado princípio prepondera. Alteradas as condições em caso concreto distinto, a relação de precedência poderá se alterar, prevalecendo, para a nova situação, outro princípio²³⁷.

Esclarece ele que as condições estabelecidas para a precedência, ou seja, as características específicas do caso concreto são o *suporte fático* de uma regra, cujas consequências jurídicas serão determinadas para a consecução do princípio prevalente²³⁸. Assim, o resultado do procedimento de sopesamento corretamente realizado será sempre uma regra, uma norma de direito fundamental atribuída. Sua estrutura é de regra porque define claramente quais as condições de sua aplicação (suporte fático) e quais as consequências jurídicas de sua incidência (específicas da promoção do princípio prevalente). Seria uma norma de direito fundamental atribuída porque obtida mediante um procedimento de sopesamento de princípios enunciadores de direitos fundamentais e corretamente fundamentada nesse sentido²³⁹.

Nessa linha, como aponta Ana Paula de Barcellos, a reprodução das circunstâncias fáticas resultantes do sopesamento (suporte fático da regra) autoriza a aplicação imediata pelo juiz, com referência ao procedimento já realizado²⁴⁰. Isso permite o estabelecimento de enunciados normativos gerais e abstratos, que se podem subsumir com a repetição do caso concreto. Verifica-se, assim, o estabelecimento de um catálogo de *topoi*, de que o hermeneuta se socorre quando verificado o preenchimento do suporte fático²⁴¹.

Diante disso, sustenta-se que são os tribunais, mormente no exercício da jurisdição constitucional, que definem o alcance, o conteúdo e a vinculação dos direitos fundamentais. A interpretação 'correta', o verdadeiro sentido da norma constitucional é revelado pelo Judiciário, no exercício hermenêutico, no caso concreto²⁴². Por correto não se entende a única

²³⁷ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 96.

²³⁸*Id. Ibid.* p. 121.

²³⁹*Id. Ibid.* p. 102.

²⁴⁰BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.* p. 61.

²⁴¹*Id. Ibid.* p. 66.

²⁴²SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia... Op. Cit.* p. 369.

decisão possível, ou a única resposta correta. Correta é a decisão que pode ser racionalmente fundamentada com referência aos direitos fundamentais, que foi produzida mediante um procedimento válido de concretização normativa e que reflete de algum modo os valores positivados no direito e especialmente no texto constitucional.

Por meio da ponderação, o juiz define o alcance da norma, concretizando aquilo que o legislador abstratamente inseriu no texto da lei. Por isso que se diz, na linha de Paulo Bonavides, haver a nova hermenêutica, ainda que preservando o princípio da separação dos poderes, construído um paradigma de “ascendência do juiz sobre o legislador”²⁴³. Não se abala o princípio da separação dos poderes exatamente porque há limites à atividade criativa do magistrado, não se imaginando uma concentração absoluta do poder político em suas mãos.

Importa, pois, concluir, com Suzana de Toledo Barros, que a imposição de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais não exclui a atividade do legislador. Ao legislador é confiada a função precípua de, legitimado pela vontade da maioria, concretizar os princípios jurídicos e efetivar os direitos fundamentais, preservando-os sempre. Não lhe cabe, é verdade, extrapolar os limites impostos pelo Constituinte, indo além da restrição permitida ou ficando aquém da efetivação exigida. Mas dentro da moldura que lhe foi desenhada na Constituição, deve-se respeitar a vontade popular da maioria, preservando a discricionariedade e a liberdade de conformação do legislador²⁴⁴.

Assim é que, já se viu, estão os governantes, administrador e legislador, vinculados à Constituição. Mas também a ela se vincula o magistrado, que deve se limitar a corrigir os desvios do poder público ali onde lhe foi deferida diretamente a competência para agir²⁴⁵. Os direitos fundamentais vinculam os poderes da República num sentido material e formal, o que impõe o respeito ao princípio democrático e do Estado de Direito²⁴⁶.

Não se está, com isso, defendendo um procedimentalismo exacerbado, como sustenta John Hart Ely, que se limita a controlar a correção e a democracia do processo de produção normativa, negando ao Judiciário a revisão das decisões substantivas nela expressas. Mesmo porque, como bem refere Ronald Dworkin²⁴⁷, tal seria muito mais fácil caso a qualidade

²⁴³BONAVIDES, Paulo. *Curso... Op. Cit.* p. 363.

²⁴⁴BARROS, Suzana de Toledo. *Op. Cit.* p. 155.

²⁴⁵CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle... Op. Cit.* p. 31.

²⁴⁶SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia... Op. Cit.* p. 361.

²⁴⁷DWORKIN, Ronald. *Op. Cit.* p. 82.

democrática do processo fosse facilmente determinada e extirpada de discordâncias. Em virtude disso, a regra da revisão é importante num Estado Democrático de Direito, já que o sistema de freios e contrapesos que o preconiza é o modelo concebido para a contenção do arbítrio e a revisão dos abusos no exercício do poder²⁴⁸.

Como assevera Lênio Luiz Streck, na linha substancialista, da jurisdição constitucional se exige uma postura ativa, intervencionista, que garanta a observância do procedimento e a fidelidade aos princípios constitucionais. Essa função intervencionista, entretanto, não implica uma exacerbada “judicialização da política e das relações sociais”. Ao revés, exige-se apenas – e nada mais que – o fiel cumprimento das disposições constitucionais, mormente das determinações relativas à concretização de direitos fundamentais²⁴⁹.

Justamente para garantir a fidelidade à Constituição, aponta Maria Helena Diniz²⁵⁰, o sistema de freios e contrapesos impõe a limitação de um poder pelo outro, sem que, com isso, se prejudique o equilíbrio no seu exercício. Não se pode falar em competências incontroláveis, sejam elas titularizadas pelo Executivo, pelo Legislativo ou pelo Judiciário.

Nesse contexto de limitação do poder, desponta assim o postulado da proporcionalidade como baliza de interpretação e aplicação das normas jurídicas e controle dos atos estatais. Esse controle, contudo, conforme evolução do pensamento jurídico, não se restringe à proibição do excesso – no sentido de tutelar o indivíduo contra os excessos do Estado. A proporcionalidade, nessa linha, tem sido compreendida também numa outra face, a saber, como proibição de proteção deficiente de direitos fundamentais. É o que será estudado de modo mais pormenorizado no próximo capítulo.

²⁴⁸ APPIO, Eduardo. *Op. Cit.* p. 251.

²⁴⁹ STRECK, Lênio. *Jurisdição... Op. Cit.* p. 185.

²⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.* p.13.

3. A PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE

3.1. PROPORCIONALIDADE COMO PROIBIÇÃO DE EXCESSO E DE INSUFICIÊNCIA

Neste capítulo, para o estudo da noção de Proibição de Proteção Deficiente de bens jurídicos (ou de direitos fundamentais), será necessário entender como o postulado da proporcionalidade se estrutura – para além de suas máximas – em dois sentidos distintos e, talvez até, contrapostos: a *Proibição de Excesso* e a *Proibição de Proteção Deficiente* (ou de *Insuficiência*).

Isso porque, como observa Ingo Wolfgang Sarlet²⁵¹, o Estado poderá, no contexto da realização de direitos fundamentais, atuar de forma demasiada, atingindo sobremaneira outro direito fundamental em conflito. Tais são os casos, já exaustivamente exemplificados, de atuação excessiva do poder público, que revelam desproporcionalidade no sentido de proibição de excesso. Nesses casos, a proporcionalidade funciona como um postulado que proíbe intervenções excessivas em determinado direito fundamental. De outro lado, contudo, poderá o Estado atuar aquém do necessário para a efetiva proteção do direito fundamental em jogo. Fala-se de hipótese em que a tutela estatal – seja ela legislativa, material ou judicial – será insuficiente para garantir que o direito em questão não seja violado ou exposto a perigo. Trata-se de atuação deficiente – ou de ausência atuação – por parte do Estado a quem se impôs a tutela do bem jurídico. Nessas hipóteses, a proporcionalidade funciona como um postulado que exige do Estado que intervenha ali onde o cidadão ou a sociedade carece de proteção.

Isso não significa necessariamente a supressão de um dos princípios envolvidos na atividade de ponderação. Em verdade, trata-se de viabilizar a realização máxima de cada um deles. É dizer, em vez de escolher um dos princípios em detrimento do outro, trata-se de garantir uma estrutura para que ambos sejam efetivados²⁵².

Nesse passo, como bem resume Juarez Freitas²⁵³, o postulado da proporcionalidade, entendido em seus dois sentidos, mostra-se como uma baliza de ponderação que, se de um lado impede que o Estado aja em demasia, de outro lhe proíbe a omissão ou a ineficiência na promoção de

²⁵¹SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição... Op. Cit.*, p. 98.

²⁵²ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista diálogos jurídicos*. Ano I. vol. I. nº 4. Jul/2001. Salvador. p. 24.

²⁵³FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. apud: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição... Op. Cit.*, p. 104-105.

suas funções de tutela de direitos fundamentais. Qualquer descompasso, independentemente do lado para o qual penda a balança, configurará violação ao postulado em exame.

Dessa forma, como sinaliza Luciano Feldens, a proporcionalidade, atuando como proibição de excesso e proibição de proteção deficiente, define os limites máximo e mínimo, respectivamente, da atuação do poder público na consecução de seus objetivos de tutela, definidos pela Constituição. Destarte, verifica-se que, por um lado o Estado não pode agir de modo excessivo, de modo que se permite o controle da atuação estatal por meio do postulado da proporcionalidade enquanto proibição de excesso (*Übermassverbot*); já por outro lado, não se admite que o Estado aja de modo insuficiente ou que se abstenha na tutela do bem jurídico cuja proteção foi imposta pela Constituição, de modo que se permite o controle da atuação estatal por meio do postulado da proporcionalidade enquanto proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*)²⁵⁴.

No presente capítulo, estudar-se-á cada uma das facetas do postulado da proporcionalidade, entendendo como se estruturam e dirimindo confusões comuns na doutrina. Posteriormente, passar-se-á à análise da aplicabilidade do postulado da proporcionalidade enquanto proibição de proteção deficiente no campo do direito penal.

3.1.1. Proporcionalidade e Proibição de Excesso

Antes de adentrar no estudo da proibição de proteção deficiente como aspecto do postulado da proporcionalidade, é importante fazer um retrospecto acerca de sua compreensão como proibição de excesso, especialmente tendo em vista o fato de uma constante confusão entre os conceitos. Assim como se faz com a razoabilidade, muitos autores costumam confundir tais institutos, afirmando tratar-se “do mesmo princípio”. Kildare Gonçalves Carvalho²⁵⁵, por exemplo, considera os termos sinônimos, afirmando que a proibição do excesso é um “parâmetro de controle de constitucionalidade” que impede restrições desproporcionais de direitos fundamentais por meio de atos e leis “caprichosas, desarrazoadas e lesivas aos cidadãos”. Essa proibição limita o poder de legislar, impedindo o exercício do poder com abuso, excesso e desvio. Já Karl Larenz, segundo refere Willis Santiago Guerra Filho²⁵⁶, enxerga na proibição de excesso um sentido específico da proporcionalidade – que o autor tedesco relaciona com a igualdade.

²⁵⁴FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 93-94.

²⁵⁵CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Op. Cit.* p. 309.

²⁵⁶GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Op. Cit.* p. 207.

Há, todavia, quem os distinga, traçando contornos que ora os apartam por completo, ora incluem a proibição do excesso como uma perspectiva da proporcionalidade em sentido estrito. Humberto Ávila²⁵⁷, por exemplo, afirma que a proibição de excesso, diferentemente da proporcionalidade, não se restringe a equacionar relações entre meios e fins. Para esse postulado, segundo o autor, um princípio, direito ou garantia não poderia ser aniquilado como resultado da realização de outro. A definição dos elementos estudados e dos critérios utilizados nessa relação, entretanto, não seria definida pela proibição de excesso, afirma. Esse postulado apenas proibiria que qualquer direito fundamental fosse excessivamente restringido²⁵⁸.

Nessa linha, qualquer situação em que se verificasse a restrição de um direito fundamental, em qualquer contexto, impor a observância da proibição de excesso, de modo que não se exigiria o tratamento de uma relação entre meio e fim para a sua aplicação. Aqui residiria a distinção entre proibição de excesso e proporcionalidade e, portanto, a necessidade de que seu estudo seja apartado: “o postulado da proibição de excesso depende, unicamente, de estar um direito fundamental sendo excessivamente restringido”²⁵⁹. É verdade que situações há – e esta, indubitavelmente, é a regra – em que o excesso na violação de direitos fundamentais se dá no bojo de uma relação meio/fim, o que exige a incidência simultânea dos postulados. Mas Humberto Ávila²⁶⁰ vê, em certos casos, a possibilidade de incidência da proibição de excesso mesmo quando não constatada uma relação entre meio e fim²⁶¹.

Até se poderia compreender a proibição de excesso como uma face da proporcionalidade em sentido estrito, assevera o autor, caso este último conceito fosse alargado para compreender um “dever de ponderação de bens, princípios e valores, em que a promoção de um não pode

²⁵⁷ÁVILA, Humberto. *Teoria... Op. Cit.* p. 142.

²⁵⁸*Id. Ibid.* p. 145.

²⁵⁹*Id. Ibid.* p. 146.

²⁶⁰*Id. Ibid.* p. 149.

²⁶¹Cabe pontuar que, para o presente trabalho, não se concebe a possibilidade de uma medida restritiva de direitos fundamentais que não se possa identificar como meio de promoção de um fim relevante. Sustentar que um direito fundamental possa ser restringido – ainda que nos limites do excesso – por uma conduta que não seja promoção ou exercício de direitos fundamentais alheios significa afirmar a possibilidade de restrição inútil de direitos fundamentais, o que não se admite neste trabalho como uma hipótese válida no direito, ao menos tendo em conta um sistema baseado no princípio democrático e do Estado de Direito.

Nesse passo, no campo do direito penal em especial, Paulo Queiroz observa que a intervenção estatal nessa esfera somente se justifica quando se preste à proteção de bens jurídicos, sem o que não se observará a necessária lógica de adequação entre o meio (pena) e o fim (prevenção). É dizer, quando se demonstre que não há idoneidade para a intervenção, não se tratará sequer de análise da existência de um tal excesso, mas efetivamente da impossibilidade de utilização desse meio de tutela, uma vez que inadequado para a satisfação de direitos fundamentais., de modo que se impõe a descriminalização ou despenalização. (QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral... Op. Cit.* p. 34-35)

implicar a aniquilação de outro”. Mas essa não é a proposta metodológica por ele defendida²⁶².

Demais da inexigibilidade de constatação de uma relação meio/fim, o autor observa que, para a proibição de excesso, haveria situações em que não importam quais sejam as razões da medida adotada ou a existência de proporcionalidade estrita no equacionamento de interesses. Nesse ponto, “nenhuma medida pode restringir excessivamente um direito fundamental, sejam quais forem as razões que a motivem”. Aqui, não haveria que se falar em proibição de excesso como faceta da proporcionalidade, já que ambos indicariam soluções divergentes²⁶³.

Para ilustrar, Humberto Ávila²⁶⁴ desenha círculos concêntricos, representando graus de proteção de um direito fundamental, em que a proteção se amplia conforme se aproxime do centro. O menor círculo, mais interno, seria um “núcleo inviolável”, por alguns chamado de núcleo essencial do direito fundamental. Nesse passo, a promoção de um fim público poderia justificar uma restrição até a coroa mais interna, mas não poderia significar a anulação do direito, adentrando no núcleo intangível. Isso não dependeria da intensidade de realização do fim público promovido, de modo que a proteção nuclear seria absoluta e o conteúdo central aquele além de cuja margem qualquer restrição seria excessiva.

Na mesma linha, Suzana de Toledo Barros²⁶⁵ afirma que o núcleo essencial significaria “o conteúdo mínimo de um direito, insuscetível de ser violado, sob pena de aniquilar-se o próprio direito”. Desse modo, a proibição de excesso impediria o legislador de ir além de um limite objetivo, absoluto, de entrar no núcleo essencial e privar o cidadão não da própria titularidade de um direito em virtude de seu esvaziamento.

Também Robert Alexy²⁶⁶ refere a essa teoria. Citando decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, ele delinea aquilo que chama de “teoria absoluta do núcleo essencial”, semelhante ao que defende Humberto Ávila acerca da proibição de excesso. Assim, relaciona passagens em que o tribunal destaca uma “esfera nuclear da configuração da vida privada, protegida de forma absoluta”. Em outros casos, fala-se de “limite absoluto, cuja superação

²⁶²ÁVILA, Humberto. *Teoria... Op. Cit.*, p. 160.

²⁶³*Id. Ibid.*, p. 147.

²⁶⁴*Id. Ibid.*, p. 149.

²⁶⁵BARROS, Suzana de Toledo. *Op. Cit.*, p. 102.

²⁶⁶ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 298.

violaria o conteúdo essencial do direito fundamental”, “limite extremo” ou de “última área intocável”.

A esta teoria contrapõe-se o que chama de “teoria relativa”, para a qual “o conteúdo essencial é aquilo que resta após o sopesamento”. Não haveria, assim, um núcleo objetivo, abstratamente identificado. Para essa corrente, a solução nunca seria apriorística, dependendo sempre da ponderação no caso concreto. Desse modo, ainda que não reste qualquer resquício do direito fundamental, a decisão será proporcional e válida quando respeitada a proporcionalidade e equacionados os interesses e bens em jogo. Conclui-se que “a garantia do conteúdo essencial é reduzida à máxima da proporcionalidade”²⁶⁷.

Como já anunciado alhures e se verá mais especificamente adiante, para a lei do sopesamento, “a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro”²⁶⁸. Disso se extrai que, com o sopesamento, não se trabalha no campo do que é definido em termos absolutos, no “tudo-ou-nada”. Há, aqui, uma “*tarefa de otimização*”. Dessa forma, o sopesamento impõe uma tentativa de concordância prática dos princípios em jogo²⁶⁹. Mas isso não significa que haja limites estabelecidos *a priori*.

Isso resulta da própria natureza dos direitos fundamentais. Sabe-se que não há direitos fundamentais absolutos e que, de ordinário, são eles enunciados por normas principiológicas. Como já visto, essas normas são restringíveis, já que, reconhecida a sua pertinência no sistema normativo, elas funcionam dialeticamente, não podendo ser seu conflito solucionado no campo da simples validade/invalidade. Tais restrições devem, todavia, obedecer à lei de sopesamento, somente sendo possível sustentá-las se, no caso concreto, os princípios que fundamentam a medida adotada tiverem maior peso e relevância que os por eles afetados. Os princípios atuam, pois, como *restrição de sua própria restrição*. Explica-se: o que conterà, numa ponderação, a restrição a um determinado princípio, é o seu peso, sua relevância no caso concreto. Conclui-se, destarte, que “os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições a sua própria restrição e restringibilidade”²⁷⁰.

²⁶⁷ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 297-298.

²⁶⁸*Id. Ibid.* p. 167.

²⁶⁹*Id. Ibid.* p. 173.

²⁷⁰*Id. Ibid.* p. 295.

Esse é o principal argumento para refutar qualquer teoria absoluta: *não se pode afirmar que razões mais importantes não podem prevalecer diante do núcleo essencial de um direito fundamental*. Somente se pode afirmar que não há razões mais importantes que justifiquem essa restrição. Se houver, a restrição poderá ser levada a cabo validamente. O direito preservado é aquele que resulta da tarefa de ponderação, de modo que, em determinadas condições, diante da importância, do peso de um direito fundamental e da necessária proteção de sua essência, “nenhum princípio colidente prevalecerá”. Esse âmbito de máxima relevância é o que se pode definir por “âmbito nuclear da configuração da vida privada”. Seu caráter, seus limites, seu conteúdo, entretanto, somente se podem definir em relação aos princípios colidentes, nunca objetiva, abstrata e aprioristicamente²⁷¹.

Conclui-se que, em verdade, há âmbitos de proteção cuja importância é tão grande que se pode afirmar com grande convicção que são “absolutos”. Isso não resulta, porém, da natureza dos direitos fundamentais ou de uma regra externa que lhe proíba a restrição. Ao revés, resulta do próprio peso e importância que determinado princípio tenha no sistema jurídico em questão. Desse modo, arremata Robert Alexy, afirmando que uma teoria absoluta, que defenda a existência de direitos não relativizáveis – ainda em circunstâncias extremas – “pode ser defendida como vinculante pelo indivíduo que tenha a liberdade de se sacrificar em nome de determinadas máximas, mas não pode ser válida a partir da perspectiva do direito constitucional”²⁷².

Essa concepção se aproxima mais da compreensão do postulado da proporcionalidade adotado neste trabalho. Defende-se, aqui, que a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente são limites mínimo e máximo de atuação do poder público que, contudo, devem ser fixados na análise do caso concreto, diante da situação fática analisada. Isso porque se se partir de uma concepção absoluta de proibição de excesso e proibição de proteção deficiente, situações haverá em que o conflito será insolvível.

3.1.2. Proporcionalidade e Proibição de Proteção Deficiente

A conclusão de Robert Alexy, transcrita no último tópico, é a base para o início do estudo da noção da Proporcionalidade como Proibição de Proteção Deficiente. Isso porque, na perspectiva dos direitos fundamentais, a tutela de um bem jurídico não se restringe à proteção

²⁷¹ALEXY, Robert. *Op. Cit.*. p. 300-301.

²⁷²*Id. Ibid.*. p. 301.

contra os atos do Estado. É dizer, apesar de sua gênese e desenvolvimento, não serve o postulado da proporcionalidade apenas como critério de vedação de condutas estatais vulneradoras de direitos fundamentais. Ao revés, a proporcionalidade serve como parâmetro para verificar também a efetiva satisfação da proteção de determinado bem jurídico quando se exige do Estado uma postura ativa em sua tutela.

É o que observa Susanna Pozzolo. Para a autora, a adoção do modelo axiológico neoconstitucionalista, que concebe a Lei Fundamental como norma impositiva tende a afastar a noção de Constituição como mero documento de controle do exercício do poder. Mais que isso, o texto constitucional prescreve objetivos e caminhos a serem seguidos, de modo que ao legislador não se impõe apenas a atuação nos limites constitucionalmente traçados, mas, principalmente, impõe-se-lhe uma atuação na linha definida pelo constituinte para garantir a concretização de tais valores, modelando as relações sociais e construindo o modelo de sociedade por ele prescrito²⁷³.

Nesse passo, como observa Ingo Wolfgang Sarlet, a proporcionalidade também se vincula ao dever que se impõe ao Estado no sentido de proteger os bens fundamentais – sejam individuais ou coletivos – da agressão por parte de terceiros. A proporcionalidade, assim, além de ser incompatível com a vulneração demasiada de um direito fundamental como meio de tutela de interesses também fundamentais (proibição de excesso), não coaduna com a ausência ou insuficiência da proteção desses interesses, de modo que serve o referido postulado como instrumento de compatibilização entre a vedação de intervenção excessiva e a exigência de intervenção efetiva²⁷⁴.

Também Virgílio Afonso da Silva observa que a proporcionalidade não pode mais ser entendida apenas como instrumento de controle em face do excesso do poder na satisfação de interesses fundamentais, destacando a sua utilização pela doutrina para a finalidade oposta, a saber, o controle das omissões e deficiências da atuação do poder público. Nesse passo, chama atenção para a face da proporcionalidade hoje conhecida com proibição de insuficiência²⁷⁵. Referido aspecto do princípio, na precisa definição de Daniel Sarmiento, seria o controle da tutela estatal realizada “aquém do patamar mínimo necessário à tutela dos

²⁷³POZZOLO, Susanna. *Op. Cit.* p. 347.

²⁷⁴SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e direito penal: breves notas a respeito da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: a necessária e permanente busca da superação dos “fundamentalismos” hermenêuticos. *Revista da ESMESC*, v. 15, n. 21, 2008, p. 39-40.

²⁷⁵SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *In: Revista dos Tribunais* 798. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 27.

direitos fundamentais”²⁷⁶. Na mesma linha, Gregor Staechelin, observa que se trata do “limite inferior da liberdade de valoração do legislador”²⁷⁷.

Verifica-se, assim, que a proporcionalidade, nessa perspectiva de proteção deficiente, funciona como instrumento de verificação da vulneração de um direito fundamental pelo ato estatal que seja ineficiente, insuficiente ou, ainda, que se caracterize como omissão completa de tutela²⁷⁸. Veja-se que, enquanto, no caso da proibição de excesso, o meio é excessivo em relação ao fim – e, portanto, algum direito fundamental restringido pela ação-meio foi desproporcionalmente afetado –; no caso da proibição de proteção deficiente, o meio é insuficiente para promover o fim (ou simplesmente não há meio) – e, portanto, o direito fundamental que deveria ser promovido foi desproporcionalmente afetado.

Nesse contexto, conforme lição de Ingo Wolfgang Sarlet, a mesma metodologia de aplicação da proporcionalidade como proibição de excesso – já estudada neste trabalho – se aplica ao postulado da proibição de proteção deficiente, guardadas as peculiaridades de cada caso. É dizer, é possível a análise trifásica das medidas estatais também aqui no caso dessa faceta do postulado da proporcionalidade²⁷⁹.

Nesse passo, quanto à análise da adequação, da mesma forma já estudada, impõe-se verificar se a medida escolhida pelo poder público para tutelar determinado bem jurídico é apta a protegê-lo; é dizer, se o meio utilizado é eficaz e adequado à satisfação do interesse objeto de tutela estatal. Quanto à necessidade, deve-se verificar se há alguma outra forma de tutela que seja mais eficaz que aquela escolhida sem intervir de modo mais gravoso em direitos fundamentais outros – sejam interesses de terceiros ou coletivos –, de modo a se averiguar a possibilidade de substituição da medida por alguma mais eficaz. Por fim, quanto à análise da proporcionalidade em sentido estrito, devem-se ponderar os interesses em jogo, levando-se em conta o peso do dever estatal de tutela do bem jurídico fim e de preservação do direito fundamental afetado pela ação utilizada como meio²⁸⁰.

Verifica-se, assim, que, embora a análise das primeiras etapas deva sempre seguir as peculiaridades de cada caso, na fase relativa à análise da proporcionalidade em sentido estrito,

²⁷⁶SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 133.

²⁷⁷STAECHELIN, Gregor. “¿Es compatible la prohibición de infraprotección con una concepción liberal del Derecho penal?” In: *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 1999, p. 289.

²⁷⁸FELDENS, Luciano. *Direitos... Op. Cit.* p. 91-92.

²⁷⁹SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos... Op. Cit.* p. 62.

²⁸⁰*Id. Ibid.* p. 63.

a atuação da proibição de excesso e da proibição de proteção deficiente é idêntica. Em ambos se trata de ponderar o bem protegido e o bem sacrificado. Ocorre que, de acordo com a análise do caso concreto, a conclusão do intérprete poderá ser no sentido de que houve excesso da atuação do poder público – quando o sacrifício for desproporcional à proteção – ou de que houve deficiência nessa atuação – quando a proteção for desproporcional ao imperativo de tutela²⁸¹.

Quanto às peculiaridades de cada caso, Luciano Feldens observa que é precisamente na fase da análise da necessidade que a distinção entre proibição de excesso e proibição de insuficiência tem destaque. Isso porque, enquanto naquela face da proporcionalidade se deve escolher, entre os meios adequados, aquele que menos afete direitos fundamentais relacionados; nesta última faceta, a necessidade se liga à constatação de que inexistem medidas alternativas mais brandas. É dizer, constata-se que é necessária referida medida porque, diante do mínimo de proteção exigido pelo Direito, a única alternativa é aquela escolhida pelo poder público²⁸².

Caso a conduta estatal não realize o dever de proteção de modo eficiente, estar-se-á diante de violação da proporcionalidade em sua face de proibição de insuficiência de proteção. Portanto, como observa Ingo Wolfgang Sarlet, habitualmente se tratará de uma omissão do poder público no cumprimento de seu dever de tutela de determinado bem jurídico. Não significa que sempre se trate de um “não agir” no sentido próprio da palavra, mas sempre de uma omissão na realização de determinado objetivo vinculado. Dessa forma, configura-se como omissão, por exemplo, a edição de uma medida legislativa que reduza a proteção estatal sobre determinado bem jurídico, ou, ainda, que, apesar de inaugurar uma nova forma de proteção, seja ineficaz, fazendo-o de modo insuficiente em relação às expectativas geradas a partir da tutela que a Constituição impõe para determinado direito fundamental²⁸³.

E também por se tratar de uma omissão, a análise da proibição de proteção deficiente difere da análise da proibição de excesso, justamente no ponto da reação do Direito – e em especial da tutela jurisdicional – em face da desproporcionalidade da medida adotada pelo poder público. Especialmente no que toca ao direito penal, mas também em outros ramos em que se aplica o direito constitucional, a margem de liberdade do legislador e do administrador para a escolha dos meios adotados para tutelar determinado interesse fundamental é consideravelmente maior que a margem que lhe deferiu a Constituição para intervir em

²⁸¹SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos... Op. Cit.* p. 63.

²⁸²FELDENS, Luciano. *Direitos... Op. Cit.* p. 93.

²⁸³SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos... Op. Cit.* p. 55; SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição... Op. Cit.* p. 99.

direitos fundamentais²⁸⁴. Nesse passo, o nível de vinculação imposto pela Constituição à atividade legislativa e administrativa não é o mesmo quando se relaciona à proibição de excesso e à proibição de insuficiência, de modo que lhes cabe primeiramente a análise da necessidade de tutela²⁸⁵.

3.2. ORIGEM: DECISÃO PARADIGMÁTICA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO

Segundo relata Virgílio Afonso da Silva, a expressão “proibição de proteção deficiente” (do original *Untermassverbot*, em oposição à proibição de excesso, *Übermassverbot*) foi cunhada por Claus-Wilhelm Canaris na obra “Direitos Fundamentais e Direito Privado” (“*Grundrechte und Privatrecht*”), que será estudada logo adiante. Sua projeção, contudo, deriva da segunda decisão paradigmática proferida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*) acerca da constitucionalidade da descriminalização do aborto em 28 de maio de 1993²⁸⁶.

Consoante se observa da ementa da decisão, trata-se de análise acerca do dever estatal de proteger a vida não nascida²⁸⁷. O tribunal reconheceu, naquela assentada, que há um dever estatal de proteger a vida do nascituro, que essa proteção independe da proteção dada à mãe e

²⁸⁴FELDENS, Luciano. *Direitos... Op. Cit.* p. 51.

²⁸⁵SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos... Op. Cit.* p. 61.

²⁸⁶SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. Cit.* p. 27.

²⁸⁷A decisão não se restringe à análise da existência de um dever de tutela penal. A avaliação do tribunal passa por diversas medidas consideradas pelo legislador na tentativa de efetivar sua tarefa de proteção. Em alguns trechos, contudo, se destaca o posicionamento da Corte no sentido da existência de um limite mínimo de proteção, que pode incluir a exigência de intervenção penal. Em tradução para a língua inglesa extraída do sítio oficial do Tribunal Constitucional Federal alemão, extraem-se os seguintes trechos da decisão:

[...] 3. The unborn is entitled to legal protection even vis-à-vis its mother. Such protection is only possible if the legislature fundamentally forbids the mother to terminate her pregnancy and thus imposes upon her the fundamental legal obligation to carry the child to term. The fundamental prohibition on pregnancy termination and the fundamental obligation to carry the child to term are two integrally connected elements of the protection mandated by the Basic Law.

4. Termination must be viewed as fundamentally wrong for the entire duration of the pregnancy and thus prohibited by law (reaffirmation of BVerfGE 39, 1 <44>). The right to life of the unborn may not be surrendered to the free, legally unbound decision of a third party, not even for a limited time, not even when the third party is the mother herself. [...]

6. To fulfill its obligation to protect [unborn human life], the state must undertake sufficient normative and practical measures which lead - while taking the competing legal values into account - to the attainment of appropriate and, as such, effective protection (prohibition on too little protection). This necessitates a concept of protection which combines elements of preventative and repressive protection. [...]

8. The prohibition on too little protection does not permit free disregard of the use of criminal law and the resulting protection for human life. [...]

10. Moreover, the state's mandate to protect human life requires it to preserve and to revive the public's general awareness of the unborn's right to protection. [...]

(ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. *BVerfG*, 2 BvF 2/90 of 05/28/1993, paragraphs No. (1 - 434). Disponível em: http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/fs19930528_2bvf000290en.html. Acesso em: 27 out. 2012.)

que esse dever implica na proibição de interrupção da gravidez. Ademais, em virtude da necessidade de proteção da vida não nascida, o aborto deve ser considerado como ilícito, uma vez que a vida do nascituro não pode ser submetida à livre decisão de uma terceira parte, ainda que se trate de sua mãe.

Também se registrou que a obrigação de proteção pressupõe uma atuação positiva do Estado no sentido de promover os meios normativos e materiais que garantam efetiva tutela do bem jurídico, combinando-se meios preventivos e repressivos. Nesse passo, em virtude da proibição de proteção deficiente, o legislador não tem a livre disposição da utilização do direito penal e da proteção que lhe é inerente. Destaca-se, inclusive, a importância da intervenção penal para garantir a consciência do público em geral acerca do direito do nascituro à proteção jurídica.

Importa registrar que, para o Tribunal Constitucional Federal alemão, é dever do legislador a definição dos meios e da extensão da proteção dada ao bem jurídico, uma vez que a Constituição apenas define a necessidade de proteção como objetivo a ser seguido. A atividade legislativa, contudo, fica vinculada aos limites mínimo (proibição de proteção deficiente) e máximo (proibição de excesso), o que o submete ao controle de constitucionalidade²⁸⁸. Diante dessa construção, o tribunal concluiu que, tendo em vista que a proteção da vida humana é um dos deveres fundamentais do Estado, o postulado da proporcionalidade, enquanto proibição de proteção deficiente, constitui uma ordem ao Estado no sentido de que este não pode deixar de se valer do direito penal e da proteção que ele pode garantir ao bem jurídico²⁸⁹.

²⁸⁸It is the legislature's task to determine the nature and extent of protection. The Basic Law identifies protection as a goal, but does not define the form it should take in detail. Nevertheless, the legislature must take into account the prohibition on too little protection (regarding the meaning of this term see Isensee in: Handbuch des Staatsrechts, Volume V, 1992, § 111 marginal note No. 165 et seq.) so that, to this extent, it is subject to constitutional control. What is necessary - taking into account conflicting legal values - is appropriate protection, but what is essential is that such protection is effective. The measures taken by the legislature must be sufficient to ensure appropriate and effective protection and be based on a careful analysis of facts and tenable assessments (see I. 4. *infra*). The amount of protection required by the Basic Law does not depend on what stage the pregnancy has reached. The unborn's right to life and its protection under the Basic Law are not graded according to the expiration of certain deadlines or the development of the pregnancy. Thus the legal system also has to provide the same degree of protection in the early phase of a pregnancy as it does later on. (ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. *BVerfG*, 2 BvF 2/90 of 05/28/1993, paragraphs No. (1 - 434). Disponível em: http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/fs19930528_2bvf000290en.html. Acesso em: 27 out. 2012.)

²⁸⁹dd) If the task of protecting human life from killing is one of the state's elementary protective tasks, then the prohibition on too little protection forbids it from relinquishing its use of the criminal law and the protective measures afforded by the criminal law.

Importa destacar que, apesar de ter lançado as bases e já se aprofundado de modo bastante incisivo na sistematização do postulado da proporcionalidade enquanto proibição de proteção deficiente, esta decisão descrita do Tribunal Constitucional Federal alemão referente ao aborto foi um primeiro passo para o desenvolvimento dos critérios e da teoria dos deveres de proteção como atualmente concebida, bem assim dos níveis e formas de aplicação da máxima de proibição de deficiência da proteção de direitos fundamentais. Nesse passo, a aplicabilidade geral de uma tal teoria enfrenta diversas outras questões que devem ser objeto de análise. É o que se fará adiante.

3.3. O DEVER DE PROTEÇÃO

A noção de Estado de Direito hoje está vinculada intimamente à promoção e proteção de direitos fundamentais. Nesse passo, o ente abstrato que representa a reunião dos indivíduos de uma determinada sociedade tem sua existência justificada pela sua efetividade na tutela dos direitos daqueles que lhe compõem. É dizer, a justificação para a existência do Estado moderno é a sua capacidade de garantir a paz social e a defesa dos cidadãos entre si e diante de outras nações²⁹⁰. Ademais, por mais que referido conceito – Estado de Direito – tenha tido gênese na sujeição do Estado a suas próprias leis e, com isso, se tenham definido direitos fundamentais de natureza defensiva, a noção dessa classe de direito evoluiu no decorrer dos últimos séculos para abarcar diversas outras espécies, de modo que referido conceito já não se enquadra hoje apenas na noção de “Estado que fixa normas de garantia contra seu poder”. Ao revés, o Estado contemporâneo assume obrigações positivas que transbordam a simples garantia negativa de vedações de intervenção na vida privada²⁹¹.

Nesse contexto de exigência de conduta positiva do Estado, Ingo Wolfgang Sarlet destaca que se podem observar na atualidade verdadeiros comandos dirigidos ao ente estatal na forma de *deveres de proteção*, que têm sua base exatamente na noção de Estado de Direito, uma vez que, sob a égide do Direito, o Estado assume o monopólio da força e da jurisdição. É dizer, se não se autoriza ao particular que proteja – com a força e o poder legítimo – seus direitos, o

(ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. *BVerfG*, 2 BvF 2/90 of 05/28/1993, paragraphs No. (1 - 434). Disponível em: http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/fs19930528_2bvf000290en.html. Acesso em: 27 out. 2012.)

²⁹⁰*Id. Ibid.* p. 74.

²⁹¹CHOUKR, Fauzi Hassan. O que é garantismo. In: *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 691.

detentor desse poder assume também o ônus de tutelar os interesses dos particulares – seja contra condutas de terceiros, seja contra as ações e omissões dos próprios agentes estatais²⁹².

Veja-se que, no contexto de justificação da existência do Estado como instituição, os indivíduos cedem sua liberdade para a conformação social exatamente na mesma medida em que o ente estatal assume o poder-dever de assegurar a paz e a própria liberdade desses indivíduos²⁹³. Desse modo, as restrições à liberdade de determinados grupos, inerentes à convivência em sociedade, não existem senão para garantir a satisfação efetiva da liberdade de outros grupos que também compõem o tecido social. Isto significa dizer, nas precisas palavras de Dieter Grimm, que “o que aparenta ser uma restrição para um grupo de pessoas pode ser uma libertação para outro grupo”²⁹⁴.

Extrai-se, pois, dessa análise, que a conformação do Estado de Direito, constituído por meio da ordenação social e pelo controle das liberdades dos grupos que detêm o poder, apenas se justifica no momento em que se garante a promoção da liberdade dos grupos oprimidos, excluídos – àquela época e ainda hoje – do processo político-decisório. Qualquer restrição, assim – como visto no estudo da estrutura do postulado da proporcionalidade –, somente se justifica em virtude e na medida em que sirva de meio para a promoção de um valor fundamental: trata-se da garantia de coexistência das liberdades ou daquilo que Luciano Feldens chama de “maximizar a liberdade geral na sociedade”²⁹⁵.

Nesta senda, para Paulo Queiroz, somente se autorizam intervenções penais restritivas à liberdade quando adequadas e necessárias à proteção de bens jurídico-penais de dimensão constitucional e, portanto, somente se toleram tais intervenções “quando necessárias à afirmação da liberdade mesma”²⁹⁶. É dizer, as limitações que se instrumentalizam por meio do direito penal são exceções à regra geral de liberdade e se justificam apenas quando confirmem essa regra, garantindo, em verdade, a promoção da própria liberdade²⁹⁷.

Nessa mesma linha, Robert Alexy aponta que, no contexto da hipotética transição da organização pré-estatal para uma sociedade estruturada entorno do Estado, os indivíduos “renunciam” aos direitos de autoproteção em troca da garantia de efetiva proteção por parte

²⁹²SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição... Op. Cit.* p. 94.

²⁹³STAECHELIN, Gregor... *Op. Cit.* p. 294.

²⁹⁴GRIMM, Dieter. A função protetiva do estado. *apud*: FELDENS, Luciano. *Direitos... Op. Cit.* p. 76.

²⁹⁵FELDENS, Luciano. *Direitos... Op. Cit.* p. 76.

²⁹⁶QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 125-126.

²⁹⁷QUEIROZ, Paulo. *Do caráter... Op. Cit.* p. 26.

do ente coletivo²⁹⁸. Referida proteção materializa-se por meio do reconhecimento de direitos fundamentais, de modo que, se referidos direitos correspondem objetivamente a uma margem de competência negativa (proibição de intervenção) ou positiva (dever de proteção) do Estado, em perspectiva diversa, eles constituem direitos de natureza subjetiva relacionados aos indivíduos que carecem de tutela sobre sua vida, integridade física, liberdade, propriedade²⁹⁹.

Verifica-se, assim, que, no contexto da contemporânea teoria dos direitos fundamentais, a sujeição dos indivíduos à existência e atuação do ente estatal se relaciona diretamente com a capacidade que tenha o Estado para proteger as liberdades dessas pessoas, de modo que se pode conceber uma imposição, na forma de dever jurídico, que se dirige ao Estado no sentido de que ele garanta as liberdades e realize os direitos fundamentais reconhecidos aos cidadãos.

Essa atuação estatal, registre-se, não se limita à relação travada diretamente com o indivíduo. Ao revés, impõe-se-lhe a atuação também no âmbito das relações privadas, justamente porque detentor o Estado do monopólio do uso da força legítima e da resolução definitiva dos conflitos. Dessa forma, as liberdades garantidas pelo Direito estão relacionadas não somente à abstenção do Estado, mas à sua atuação no sentido de que particulares (em nome próprio ou agindo em nome do próprio Estado) se abstenham de constranger a liberdade uns dos outros.

Nesse contexto, despontam com importância as lições de Robert Alexy sobre a noção de liberdade protegida. Segundo aponta o autor, a proteção constitucional da liberdade abrange não somente o direito a que o Estado se abstenha de praticar condutas que frustrem o direito de fazer ou não fazer do indivíduo. Além disso, a tutela da liberdade não prescinde da existência de normas que efetivamente garantam ao titular do direito a opção de agir desse ou daquele modo. É dizer, uma liberdade protegida está ligada a uma norma objetiva que protege a ação do indivíduo da intervenção de terceiros³⁰⁰.

Destaca-se, ainda, a ideia de proteção positiva da liberdade, que resulta da combinação de um direito de liberdade com o direito a uma ação positiva específica. É exatamente o caso da tutela que o Estado exerce por meio de normas de direito penal, restringindo a ação de terceiros que possam constranger o indivíduo cuja liberdade foi protegida. A existência de normas protetivas – como as de direito penal – permite transformar a simples previsão da

²⁹⁸ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 455.

²⁹⁹SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição...* *Op. Cit.* p. 85-86.

³⁰⁰ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 233.

liberdade de fazer ou não fazer algo na garantia de efetivo gozo do objeto da tutela constitucional³⁰¹.

Robert Alexy define, assim, direitos a proteção como “os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros”. Seria, portanto, a configuração de um direito em face do Estado de que este institua normas e efetive sua aplicação no sentido de ordenar a relação entre sujeitos privados, garantindo a fruição das liberdades por cada um deles³⁰².

O autor questiona, contudo, a possibilidade de configurar tais direitos a uma proteção como direitos subjetivos inerentes ao indivíduo. É dizer, trata-se apenas de uma noção objetiva de valores relativos às tarefas estatais, ou se configuraria um efetivo direito subjetivo, ligado ao indivíduo, de que o Estado tome esta ou aquela medida para garantir especificamente a fruição de determinado direito ou liberdade? Ademais e ainda relacionando-se com a problemática apontada, levanta-se a questão da distinção entre tais direitos a proteção e os direitos de defesa, consagrados como direitos subjetivos a determinada abstenção do Estado no embaraço ao exercício das liberdades³⁰³. Nesse contexto, o próprio Robert Alexy aponta para o fato de que, em geral, o reconhecimento de direitos subjetivos redundaria em maior eficácia na tutela de determinado interesse, permitindo-se inclusive alguma forma de justiciabilidade e garantia efetiva em sua realização³⁰⁴.

Na mesma linha, Ingo Wolfgang Sarlet cita Konrad Hesse, observando que a tutela dos direitos fundamentais experimentaria verdadeiro esvaziamento se os deveres impostos ao Estado passassem a ser concebidos apenas como indicativos meramente objetivos, cuja dimensão restrita ao axiológico lhes reduzisse a simples ordens de valores a orientar o legislador e o administrador na aplicação do Direito, sem garantir ao indivíduo a proteção efetiva³⁰⁵. Desse modo, seria possível extrair dos deveres de proteção a existência de direitos subjetivos individuais, direcionados ao Estado, impondo-lhe efetiva obrigação de realização dos direitos fundamentais por meio da normatização e materialização de ações que impeçam a produção de danos por terceiros em face do titular do direito protegido³⁰⁶.

³⁰¹ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 234-235.

³⁰²*Id. Ibid.* p. 450-451.

³⁰³*Id. Ibid.* p. 451.

³⁰⁴*Id. Ibid.* p. 454-455.

³⁰⁵SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos... Op. Cit.* p. 45.

³⁰⁶SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 130.

Significa, portanto, que os direitos fundamentais, atuando como deveres de proteção, impõem ao Estado uma obrigação de fazer e, especificamente, de intervir de forma efetiva, seja preventiva ou repressiva, em situações de vilipêndio a bens jurídicos dos particulares por parte de terceiros (outros particulares)³⁰⁷. Os direitos fundamentais despontam, assim, nesse sentido de deveres de proteção, não somente como uma proteção negativa, dirigida ao Estado como produtor do dano, mas também como uma proteção positiva, dirigida ao Estado como responsável por impedir que o dano seja produzido por terceiros³⁰⁸.

Importa destacar que esse dever é imposto ao Estado em todas as suas funções. É dizer, exige-se que o legislador atue no sentido de regular as situações relativas à vida privada, estabelecendo normas de proteção ao exercício das liberdades e de limitação dos danos de terceiros, inclusive por meio da cominação de sanções nas mais diversas esferas; exige-se, ainda, que a Administração tome medidas materiais para executar os preceitos legais, prevenindo a causação de danos e reprimindo as infrações na sua esfera de atuação; exige-se também do judiciário que ofereça a devida prestação jurisdicional, reprimindo os danos causados e, nas situações em que a Lei previr, atuando preventivamente na proteção dos direitos fundamentais³⁰⁹. Nesse sentido, inclusive, posicionou-se o Tribunal Constitucional espanhol, reconhecendo que especialmente o legislador é destinatário das obrigações de efetivação dos direitos fundamentais³¹⁰.

Na mesma linha, Fauzi Hassan Choukr observa que é o legislador o principal destinatário dessa obrigação, uma vez que seu inadimplemento se configura geralmente como uma omissão legislativa. Seria exatamente a hipótese de violação de garantias por meio da “não

³⁰⁷SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e direito penal: breves notas a respeito da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: a necessária e permanente busca da superação dos “fundamentalismos” hermenêuticos*. Revista da ESMESC, v. 15, n. 21, 2008, p. 49.

³⁰⁸BARATTA, Alessandro. La política Criminal y el Derecho Penal de la Constitución: Nuevas Reflexiones sobre el modelo integrado de las Ciencias Penales. *apud*: STRECK, Lênio Luiz. *O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht): O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes?* Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index2.php?option=com_docman&task=docview&gid=66&Itemid=40>. Acesso em: 22 de setembro de 2012, p. 03.

³⁰⁹SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 130.

³¹⁰“Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales «los impulsos y líneas directivas», obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa.”(ESPAÑA. Tribunal Constitucional. [STC 53/1985] *apud*: STRECK, Lênio Luiz. *O dever... Op. Cit.*. p. 04-05).

decisão” e “não tutela”, que, ainda quando fundada em interesse da maioria, configuraria o caso de omissão ilegal do poder público. Nesse passo, diferentemente de uma hipótese de violação de vedações (“direitos de”), em que se observam antinomias aparentes, resolvíveis por meio da invalidez da norma ou ato estatal, no caso das obrigações (“direitos a”), tratar-se-ia de lacunas normativas, que devem ser colmatadas pela atividade legiferante, dificilmente controlável em suas omissões³¹¹.

Nesse contexto, Lênio Luiz Streck classifica as formas de manifestação do dever de proteção (*Schutzpflicht*), que, segundo ele, estão relacionados tradicionalmente aos direitos fundamentais de primeira dimensão: (1) o *Verbotspflicht*, ou dever de proibição de dada conduta; (2) o *Sicherheitspflicht*, ou dever de efetiva prevenção de ofensas causadas por particulares; e o (3) *Risikopflicht*, ou dever de prevenção de riscos sobre os direitos dos indivíduos³¹².

Verifica-se assim que o dever de proteção, ao impor ao Estado a tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos inclusive em face de condutas de terceiros, implica numa obrigação positiva direcionada aos poderes estatais para que tomem medidas eficazes na proteção de tais deveres. Tais medidas passam desde a regulamentação das condutas dos particulares até a promoção de atos materiais que impeçam ofensas e previnam riscos relativos aos bens jurídicos objeto de tutela estatal. Desse modo, sempre que o Estado deixe de agir ou aja de modo ineficiente para a promoção de determinado dever de proteção, estará ele incorrendo em omissão inconstitucional³¹³.

3.3.1. A noção de Canaris sobre os imperativos de tutela

A noção do postulado da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente tem como pressuposto a ideia de que o Estado possa estar vinculado à efetivação dessa proteção. Nesse contexto, importa estudar a tese desenvolvida por Claus-Wilhelm Canaris, em sua obra *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, acerca dos imperativos de tutela e da obrigação estatal de intervir no campo das relações privadas para tutelar direitos fundamentais em face de violações de particulares.

A função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela é descrita por Canaris como explicação para sua teoria da “eficácia mediata dos direitos fundamentais em relação a

³¹¹CHOUKR, Fauzi Hassan. *Op. Cit.*. p. 693.

³¹²STRECK, Lênio Luiz. *O dever... Op. Cit.*. p. 06-07.

³¹³SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição... Op. Cit.*. p. 93; *Id. Direitos... Op. Cit.*. p. 47-48.

terceiros”. Em verdade, o autor sustenta que somente o Estado é destinatário das obrigações decorrentes dos direitos fundamentais. Nesse passo, se os direitos fundamentais destinam-se somente ao Estado, sustenta, sobre este ente recai não somente a responsabilidade de não violar tais direitos, mas também de protegê-los em face de qualquer ataque³¹⁴.

Independentemente da contradição de fundo apontada por Daniel Sarmiento³¹⁵, tendo em vista a incompatibilidade entre a noção de que os particulares não seriam destinatários imediatos dos direitos fundamentais e que, ainda assim, seria lícito ao Estado intervir nessas relações, a construção do autor alemão estrutura a teoria que embasou o desenvolvimento do princípio da proibição de proteção deficiente como face da proporcionalidade³¹⁶.

Em linhas gerais, para Canaris, a função dos imperativos de tutela no contexto das relações privadas seria a proteção dos direitos fundamentais de intervenções por parte dos particulares, garantindo a efetiva fruição desses direitos por seus titulares³¹⁷. Trata-se do que se pode chamar de “eficiência prática”, no sentido de que se deve garantir uma eficiente tutela dos bens jurídicos considerados em generalidades, por meio da regulação de “situações de perigo típicas”. Não significa, contudo, que todas as situações específicas de perigo ou dano a bens jurídicos devam, segundo o autor, ser tratadas sob o ponto de vista da proibição de insuficiência³¹⁸.

Nesse passo, devem-se distinguir dois passos, inicialmente, para a verificar a existência de um dever de proteção – *se* há um imperativo de tutela incidindo sobre determinado bem fundamental – e, então, verificar o modo de realização dessa proteção – *como* deve ser garantida a tutela desse determinado bem jurídico³¹⁹.

Canaris também sistematiza a verificação da existência do imperativo de tutela, chamando a atenção para a imprescindibilidade de se constatar, inicialmente, se o direito fundamental se aplica ao caso concreto. É dizer, antes de perquirir se há um direito à proteção de determinado direito fundamental, deve-se questionar se determinado direito incide na hipótese normativa em exame. Ademais, deve-se verificar uma efetiva necessidade de proteção do direito

³¹⁴CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 58.

³¹⁵Segundo observa Daniel Sarmiento, “só faz sentido obrigar o Estado a impedir uma lesão a um direito fundamental causada por particular, se se aceitar também que ao particular em questão não é lícito causar aquela lesão – vale dizer, que ele também está vinculado ao respeito do direito fundamental”. (SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 220).

³¹⁶SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. Cit.*, p. 27.

³¹⁷CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. Cit.*, p. 107.

³¹⁸*Id. Ibid.*, p. 110.

³¹⁹*Id. Ibid.*, p. 102.

fundamental. Não em termos jurídicos. Não se fala aqui, neste momento, em importância ou dimensão hierárquica do bem jurídico. Em verdade, impõe-se que se observe a necessidade em termos fáticos de intervenção do Estado para a tutela do interesse em jogo. Segundo o autor, uma hipótese de verificação dessa necessidade de intervenção é a constatação da ilicitude da atuação do particular. Tal ilicitude pode derivar de vedação legal ou ainda constitucional – como, por exemplo, as vedações relacionadas à tutela das liberdades, ligadas aos crimes de abuso de autoridade, consoante se estudará mais a frente³²⁰.

Passadas essas análises, dever-se-á verificar a natureza e a hierarquia do bem jurídico em questão. Isso significa a consideração do direito fundamental tanto em sua perspectiva abstrata quanto diante dos bens e interesses relacionados ao caso concreto. Logicamente, quanto maior for a importância (posição hierárquica) do bem jurídico em análise, mais importante será o reconhecimento do dever de proteção. Não se quer, com isso, sustentar a existência de uma ordem hierárquica rígida e previamente definida de bens jurídicos, como se se tratasse de tabela preordenada; mas há determinadas relações abstratas de precedência que devem ser consideradas na avaliação de cada caso³²¹.

Outros pontos de análise valorativa que devem ser considerados, segundo Canaris, são o peso da intervenção, a intensidade da ameaça e a possibilidade de autoproteção do titular do direito fundamental atingido³²².

De tais considerações, verifica-se que, conquanto a estrutura do princípio da proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – seja aplicável na definição da existência de um dever de proteção em determinado caso, não é possível uma transposição exata da sistemática própria da proporcionalidade enquanto proibição de excesso. Não significa que não seja possível sistematizar a aplicação da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente – como, aliás, já se expôs nesse trabalho³²³.

Essa aplicação, contudo, para Canaris, carece da atividade legislativa. Segundo afirma o autor, o imperativo de tutela é inerente ao direito ordinário (infraconstitucional), uma vez que é função do legislador a disponibilização dos instrumentos por meio dos quais se efetivará a tutela dos bens jurídicos. A função de imperativos de tutela, portanto, deve ser realizada por

³²⁰CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. Cit.* p. 105-108.

³²¹*Id. Ibid.* p. 112-113.

³²²*Id. Ibid.* p. 113-114.

³²³*Id. Ibid.* p. 67.

intermédio do direito infraconstitucional, que deve regulamentar a forma de proteção e realização de tais direitos³²⁴. Essa forma, especificamente definida pelo legislador, poderá se materializar de diversos modos, conforme este entenda conveniente diante da infinidade de meios de intervenção. Exige-se-lhe apenas que adote uma medida eficaz, que efetivamente realize o direito fundamental protegido e que não imponha a interesses paralelos um gravame excessivo³²⁵.

Não significa que não seja lícito aos órgãos jurisdicionais a conformação de determinada tutela por meio de interpretação integradora do direito, tendo por base o suporte jurídico da Constituição. Referida competência, contudo, não pode suplantiar a atividade legislativa, de modo que se deve confirmar a existência de um dever direcionado primeiramente ao legislador, ainda que possa o órgão judicial realizar a tutela em seu lugar no caso concreto³²⁶.

Ademais, é importante destacar que a realização dos direitos fundamentais por meio do direito infraconstitucional não precisa – e de ordinário não deve – se restringir ao mínimo de proteção jurídico-constitucionalmente exigido. É dizer, as exigências constitucionais são relativas ao padrão mínimo de proteção e ao padrão máximo de intervenção. Dentro de referida moldura, pode o legislador fixar parâmetros de tutela que satisfaçam os direitos fundamentais de modo mais eficaz que aquele mínimo exigido pelo texto constitucional, desde que, por óbvio, não resulte em restrição demasiada de outros interesses³²⁷.

Verifica-se, pois, que, para Canaris, há grande margem de conformação deferida ao legislador, sendo este originariamente competente para a definição, seja dos métodos, seja do alcance da proteção, de modo que não se deve suplantá-lo em sua tarefa precípua. Apenas se reserva a atuação jurisdicional ali onde haja transposição de limites. Especialmente quando o legislador se abster na realização de seu dever de tutela, quando a regulamentação legal for insuficiente para proteger o direito em questão, ou, ainda, quando, em sua regulação, impuser gravame excessivo a direitos fundamentais correlatos³²⁸.

Estabelecidos os contornos da aplicabilidade da teoria dos deveres de proteção (ou, para Canaris, imperativos de tutela) e da conseqüente proibição de proteção deficiente, importa verificar como se pode desenvolvê-la no contexto específico do direito penal.

³²⁴CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. Cit.* 115-116.

³²⁵*Id. Ibid.* p. 117-118.

³²⁶*Id. Ibid.* p. 66.

³²⁷*Id. Ibid.* p. 120-121.

³²⁸*Id. Ibid.* p. 118.

3.4. A PROIBIÇÃO DE INFRAPROTEÇÃO E O DIREITO PENAL

Viu-se, linhas atrás, que o postulado da proporcionalidade, enquanto proibição de proteção deficiente de direitos fundamentais, vincula os órgãos estatais, na medida em que impõe – inclusive ao legislador – uma atuação eficiente na tutela dos bens elencados pela Constituição como fundamentais.

A questão que se traz agora é a possibilidade (e a forma) de aplicação do referido princípio no campo do direito penal, de modo a vincular o legislador criminal, limitando sua liberdade de conformação na definição do *se* e do *como* proteger determinados direitos fundamentais³²⁹. Nesse passo, verificar-se-á que, ainda que não houvesse determinado tratamento científico da matéria, reconhece-se que o Estado efetivamente esteja obrigado a proteger determinados bens centrais e caros à conformação social por meio do direito penal³³⁰. Nessa linha, como observa Paulo Queiroz, a “proibição da insuficiência da intervenção jurídico-penal” quer dizer que a desproporção da tutela criminal poderá decorrer não só do excesso, mas também de uma resposta que frustre as expectativas de proteção do bem jurídico, tendo em vista a importância desse bem e a ofensividade da conduta praticada³³¹.

Ademais, referida corrente já ganha guarida em muitos tribunais constitucionais ao redor do planeta, além de ter sido abraçado por Cortes internacionais de proteção dos direitos humanos³³². Destarte, o que se pretende verificar, a partir de agora, é a sistematização doutrinária que se desenvolveu acerca do tema, de modo a compreender como o Estado pode estar vinculado a uma tal proteção, como se poderá controlar essa vinculação e quais critérios podem ser adotados para definir o nível do dever de tutela desses bens, assim como a forma que deve ser escolhida para efetivá-la.

3.4.1. O direito penal como proteção de bens jurídicos: direito fundamental de natureza prestacional

3.4.1.1. *A proteção de bens jurídicos*

Segundo ensina Fauzi Hassan Choukr, o pensamento moderno se desenvolveu dividido entre duas correntes baseadas em opostas causas de justificação para o direito penal: de um lado, os defensores de um direito penal autopoiético sustentam a ideia de autojustificação, segundo a

³²⁹SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos... Op. Cit.* p. 56.

³³⁰STAECHELIN, Gregor. ... *Op. Cit.* p. 290.

³³¹QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral... Op. Cit.* p. 33.

³³²FELDENS, Luciano. *Direitos... Op. Cit.* p. 101.

qual o direito penal tem valor em si mesmo; de outro, os defensores de um direito penal heteropoiético sustentam a ideia de heterojustificação, segundo a qual o direito penal somente se legitima em virtude e na medida em que possa proteger direitos fundamentais do cidadão. Para aqueles, o Estado tem fim em si mesmo e incorpora valores superiores, sobrepondo-se aos indivíduos. Já para estes últimos, o Estado é um meio que existe única e exclusivamente para a promoção do bem dos cidadãos, de modo que sua legitimidade se esvazia sempre que ele for deficiente em seu propósito de proteção³³³.

No contexto do Constitucionalismo contemporâneo, as correntes de heterojustificação se aproximam da noção de Estado promotor de direitos fundamentais, expressa na maioria das Constituições dos estados democráticos. Como observa Paulo Queiroz, a conformação do Estado Democrático de Direito pressupõe que as sanções penais não se imponham como um fim em si mesmo, mas apenas como meio de concretização da finalidade constitucional de proteção dos direitos fundamentais³³⁴. É esse, aliás, o contorno dado pela Constituição Federal ao direito penal brasileiro, tendo em vista a extensa garantia de direitos fundamentais – inclusive à proteção do Estado. A função precípua do direito penal desponta assim como a proteção dos bens jurídicos – disso já se falou neste trabalho, no tópico relativo à máxima da adequação.

Conforme já dito, aliás, é a própria Constituição que define os bens jurídicos carecedores de tutela penal, de modo que não são todas as violações aos direitos fundamentais que deverão ser punidas com esta espécie de sanção³³⁵. Isso deriva, em verdade, do caráter fragmentário do direito penal, de modo que não se podem punir todas as condutas violadoras dos direitos fundamentais, mas somente aqueles fragmentos mais graves, selecionados com critérios definidos principalmente pela ordem de valores inerente à sociedade³³⁶. É dizer, o direito penal não cuida do todo de uma dada realidade, concentrando-se apenas sobre determinados fragmentos, em que seja indispensável sua atuação para a proteção dos bens jurídicos de dignidade constitucional³³⁷.

Ocorre que, no contexto do constitucionalismo contemporâneo, especialmente o brasileiro, a Constituição encerra extensa gama de direitos, reclamando ações estatais no sentido de

³³³CHOUKR, Fauzi Hassan. *Op. Cit.* p. 708.

³³⁴QUEIROZ, Paulo. *Funções...* *Op. Cit.* p. 124-125.

³³⁵MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. O princípio... *Op. Cit.* p. 10.

³³⁶PRITTWITZ, Cornelius. “El derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Última Ratio?” In: *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 1999, p. 430.

³³⁷QUEIROZ, Paulo. *Do caráter...* *Op. Cit.* p. 119.

protegê-los. Desse modo, havendo uma necessária implicação entre a tutela constitucional e a necessidade de proteção penal, os bens jurídicos constitucionalmente amparados, pelo menos em primeiro plano, habilitar-se-iam à tutela penal – não necessariamente toda agressão a tais bens, mas ao menos aquelas que se revelem de maior gravidade³³⁸.

Também Gregor Staechelin sustenta a necessidade de fundamentação constitucional para a escolha dos bens jurídicos dignos de tutela penal. Mais que isso, o autor observa que somente aqueles bens jurídicos que, além de protegidos pela Constituição, estejam ligados intimamente aos interesses da pessoa humana devem ser tutelados penalmente. Num primeiro nível de tutela, estariam presentes apenas as liberdades fundamentais, ligadas à própria legitimação do Estado como protetor. Os demais níveis de tutela dependeriam da possibilidade de derivação desses bens a partir das liberdades fundamentais. Sem que se respeitem as limitações necessárias à expansão da tutela penal, afirma o autor, a legitimidade de uma tal tutela poderia ser questionada³³⁹.

3.4.1.2. *A proteção de bens jurídicos como prestação estatal*

O Estado contemporâneo é concebido como meio de tutela dos seus cidadãos em face de ataques estrangeiros e de outros indivíduos que compõem referida sociedade³⁴⁰. Desse modo, a concepção atual do princípio do Estado de Direito fundamenta-se na noção de que não se permite ao Estado apenas a garantia das liberdades originárias, por meio de sua abstenção na violação de tais direitos. Exige-se-lhe também que defenda as liberdades e os demais direitos fundamentais inclusive em face de quaisquer poderes de fato. Um Estado que não se utilize dos meios necessários e adequados – sejam preventivos ou repressivos – para promover a proteção dos direitos fundamentais não pode se configurar como Estado de Direito³⁴¹.

Nesse contexto, Robert Alexy aponta também para o fato de que o Estado moderno assumiu o ônus de proteger a liberdade quando retirou do cidadão a possibilidade de autodefesa perante ataques de terceiros – salvo algumas exceções previstas em Lei. Ao reclamar a exclusividade no uso legítimo da força e na resolução de conflitos, o Estado avocou um dever de proteção efetiva dos bens jurídicos de dimensão constitucional³⁴². Nesse passo, o Estado assume a

³³⁸FELDENS, Luciano. *Direitos... Op. Cit.* p. 40.

³³⁹STAECHELIN, Gregor. ... *Op. Cit.* p. 301-302.

³⁴⁰SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.* p. 129; GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. *apud*: STRECK, Lênio Luiz. *O dever... Op. Cit.* p. 04-05.

³⁴¹BAPTISTA MACHADO, João. Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador. *apud*: STRECK, Lênio Luiz. *O dever... Op. Cit.* p. 03.

³⁴²ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 460.

responsabilidade pelas ações privadas que causem danos aos indivíduos, especialmente quando não haja restringido a liberdade dos indivíduos de praticar determinada conduta danosa. É dizer, se não se proibem determinadas condutas danosas, são elas permitidas pelo direito e, de alguma forma, salvaguardadas pela liberdade geral³⁴³.

Dessa forma, impõe-se ao Estado a responsabilidade de restringir a liberdade de ação dos indivíduos como meio de tutelar os direitos fundamentais em geral. Trata-se de uma restrição proporcional aos direitos individuais ligados ao livre agir como meio de proteção de outros bens constitucionalmente valiosos. Tais restrições se materializam através de proibições normativas, cujo desrespeito deve naturalmente conduzir a alguma espécie de sanção. Isso implica na possibilidade, ao menos a priori, de utilização de meios penais para tais restrições, desde que a gravidade das condutas reprovadas seja compatível com tais medidas³⁴⁴.

Ademais, como destaca Ingo Wolfgang Sarlet, ainda que se discuta acerca da existência de uma finalidade específica do direito penal no sentido de tutelar os bens jurídicos, ou, ainda, a proteção da norma, é fato que a tutela normativa de determinados bens por meio do direito penal tem como consequência uma efetiva redução da criminalidade e a sua correspondente proteção – ainda que se trate de redução temporária das condutas criminosas³⁴⁵.

Verificando-se que a tutela penal é de algum modo eficaz, especialmente por se tratar da tipificação de condutas proibidas e da cominação de penas em virtude da violação de tal proibição, deve ser ela utilizada como meio idôneo e legítimo de proteção dos bens jurídicos de dignidade constitucional. É dizer, a teoria do bem jurídico funciona como meio de controle do direito penal através da seleção estrita dos interesses cuja importância para a configuração social justifique a intervenção penal. Isso implica uma necessidade de se buscar na materialidade da Constituição a base de legitimação da intervenção penal³⁴⁶.

Significa dizer que, constatando-se a efetividade de uma tutela penal e a importância constitucional de determinado bem jurídico, pode-se extrair do dever de intervenção do Estado nas relações privadas, como promotor da segurança um dever de tutela penal de

³⁴³ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 457-458.

³⁴⁴FELDENS, Luciano. *Direitos... Op. Cit.* p. 75-76.

³⁴⁵SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Direitos... Op. Cit.* p. 51-52; SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição... Op. Cit.* p. 96.

³⁴⁶STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (übertmassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais.*

Disponível em:

<http://leniostreck.com.br/index2.php?option=com_docman&task=docview&gid=66&Itemid=40>. Acesso em: 22 de setembro de 2012, p. 05.

determinado bem, em virtude do qual estaria o Estado obrigado a tipificar determinada conduta, cominando pena para aqueles que, com tal prática, causassem lesão ou ameaça a tal bem jurídico de valor constitucional.

Tal dever de proteção, como observa Alessandro Barata, configura-se como direito prestacional. É dizer, exige-se do Estado uma proteção contra o arbítrio do poder consistente em simples abstenção estatal. Trata-se de prestação positiva de proteção dos indivíduos em face de ataques de terceiros, materializada por exemplo na configuração do direito fundamental à segurança³⁴⁷.

3.4.1.3. *A noção de garantismo positivo e a tutela efetiva de bens jurídicos*

A formação dos Estados modernos foi acompanhada da incorporação, pelos primeiros textos constitucionais, de muitos dos valores de justiça desenvolvidos pelo jusnaturalismo, especialmente durante a ilustração³⁴⁸. Trata-se de valores que, na gênese do constitucionalismo, fundamentaram e legitimaram o Estado como meio de promoção e garantia dos direitos fundamentais³⁴⁹. Nesse passo, esses valores fundamentais funcionam como requisitos de validade substancial que se impõem à atuação do Estado – inclusive de sua produção legislativa – ao lado dos requisitos de validade formal ligados à observância das regras do jogo político³⁵⁰.

Exatamente em virtude da necessidade de observância desses requisitos substanciais de validade, o modelo garantista de Estado e de direito penal, conforme defende Luigi Ferrajoli, baseia-se no estabelecimento de um conjunto de condições que se exigem para a responsabilidade penal de um indivíduo. Trata-se de uma “opção ético-política” pela preservação de valores consagrados pelas garantias insculpidas na Constituição especificamente no campo penal. Para o autor italiano, um modelo garantista tem a função não de legitimar o exercício do poder punitivo, mas de deslegitimá-lo quando não satisfeitas as condições impostas pelo sistema de garantias³⁵¹. Nessa linha, o sistema penal garantista

³⁴⁷BARATTA, Alessandro. La política Criminal y el Derecho Penal de la Constitución: Nuevas Reflexiones sobre el modelo integrado de las Ciencias Penales. *apud*: STRECK, Lenio Luiz. *O princípio da proibição de proteção deficiente (untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index2.php?option=com_docman&task=docview&gid=66&Itemid=40>. Acesso em: 22 de setembro de 2012, p. 17-18.

³⁴⁸FERRAJOLI, Luigi. *Direito... Op. Cit.* p. 327-328.

³⁴⁹*Id. Ibid.* p. 328.

³⁵⁰*Id. Ibid.* p. 330.

³⁵¹*Id. Ibid.* p. 90-91.

configura um “modelo-limite”, baseado na necessária adoção de dez axiomas, também chamados de “princípios axiológicos fundamentais”, que encerram princípios basilares do direito e processo penal³⁵².

Parte-se neste trabalho da premissa de que deriva do Estado de Direito a obrigação do ente estatal de promover os direitos fundamentais, não somente abstendo-se de violá-los, mas efetivando-os e protegendo-os de violações de terceiros por meio de medidas positivas, sejam de caráter normativo, sejam de caráter material. Dessa forma, o Estado, em todas as suas atividades – legislativa, administrativa e jurisdicional – está vinculado à promoção dos direitos fundamentais, resguardando a dignidade da pessoa humana³⁵³.

Nesse contexto, Lênio Luiz Streck sustenta que a noção de *garantismo* não pode ser vista apenas num viés negativo. É dizer, a ideia de que o Estado esteja obrigado a garantir as liberdades, abstendo-se de violá-las, deve ser complementada pela obrigação estatal de proteger tais liberdades em face das condutas violadoras de terceiros, inclusive por intermédio do direito penal³⁵⁴. Já para Luciano Feldens, deve-se extrair a obrigação de defesa, por meio do direito penal, de determinados bens jurídicos, exatamente do princípio do Estado de Direito. Em virtude desse princípio, observa, não somente se exige a garantia dos direitos fundamentais *contra* o Estado, mas também *por meio* do Estado e em face dos *poderes sociais de fato*³⁵⁵. Para Humberto Ávila, trata-se de uma decorrência da consolidação do regime democrático, a partir da qual se passou não somente a discutir a limitação da atuação do Estado sobre o indivíduo, mas também acerca da proteção que o indivíduo deve exigir do Estado. Tratar-se-ia de uma evolução no sentido de não somente se considerar a *eficácia normativa negativa* dos direitos fundamentais, mas também uma *eficácia normativa positiva*³⁵⁶.

Nessa linha, o próprio postulado da proporcionalidade também assumiria esse duplo viés: negativo e positivo. Como observa Alessandro Baratta, a ideia de um garantismo negativo se

³⁵²A1: *Nulla poena sine crimine (retributividade)*; A2: *Nullum crimen sine lege (legalidade)*; A3: *Nulla lex (poenalis) sine necessitate (necessidade)*; A4: *Nulla Necessitas sine injuria (lesividade)*; A5: *Nulla injuria sine actione (materialidade)*; A6: *Nulla actio sine culpa (culpabilidade)*; A7: *Nulla culpa sine iudicio (jurisdiccionabilidade)*; A8: *Nullum iudicium sine accusatione (princípio acusatório)*; A9: *Nulla accusatio sine probatione (ônus da prova)*; A10: *Nulla probatio sine defensione (contraditório)*. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito... Op. Cit.*. p. 91)

³⁵³SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*. p. 129.

³⁵⁴STRECK, Lênio Luiz. *Bem jurídico... Op. Cit.*. p. 04.

³⁵⁵FELDENS, Luciano. O garantismo desde sua perspectiva constitucional: projeções sobre o direito penal. *Revista de estudos criminais*. Ano X. nº 37. abr./jun. de 2010. p. 74.

³⁵⁶ÁVILA, Humberto. A distinção... *Op. Cit.*. p. 24.

associa a uma das faces da proporcionalidade, exatamente a proibição de excesso. Doutra lado, o garantismo positivo relacionar-se-ia com a face da proporcionalidade conhecida como proibição de proteção deficiente³⁵⁷. A conjunção de ambos os sentidos – garantismo negativo e garantismo positivo – poderia ser denominada de *política integral de proteção dos direitos*. É dizer, os direitos fundamentais devem ser integralmente protegidos: seja em face do Estado, seja por meio do Estado em face de terceiros³⁵⁸.

Destarte, conforme magistério de Paulo Queiroz, o garantismo penal deve ser compreendido como um sistema de legitimação e deslegitimação do direito penal, fundado na noção de que este último funciona socialmente como “instrumento de prevenção (subsidiária) de reações públicas ou privadas arbitrárias contra os cidadãos”. Prossegue o autor observando que um direito penal baseado nesse modelo de garantias atua como a “lei do mais fraco diante do mais forte”, seja na fase processual, em que se protege o réu (fraco) em face do Estado (forte); seja na fase de tutela do bem jurídico, em que se protege a vítima (fraco) em face do criminoso (forte)³⁵⁹.

Destarte, como refere Luciano Feldens, a projeção das teorias garantistas para o direito penal não pode se dar exclusivamente na perspectiva de um garantismo negativo. É dizer, não somente as funções de direitos de defesa devem ser incorporadas ao direito penal; ao revés, devem-se compreender os direitos fundamentais também em sua função de imperativos de tutela que, ainda no campo do direito penal, exigem um garantismo equilibrado como tutela contra e através do Estado³⁶⁰.

3.4.1.4. *A proibição de infraproteção penal de bens jurídicos: mandamentos de criminalização*

A atual concepção do Estado e do Direito não prescinde da busca pela consecução dos valores protegidos pela Constituição. Nesse contexto, os Direitos Fundamentais despontam como máximas que devem ser realizadas na maior medida possível. O direito penal não pode estar dissociado dessa noção de proteção e promoção estatal dos direitos fundamentais. É dizer, na medida em que o Estado passa a ser visto como promotor e protetor de direitos fundamentais,

³⁵⁷BARATTA, Alessandro. *Op. Cit.*; STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico... Op. Cit.* p. 08.

³⁵⁸BARATTA, Alessandro. *Op. Cit.*

³⁵⁹QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral... Op. Cit.* p. 58.

³⁶⁰FELDENS, Luciano. *O garantismo... Op. Cit.* p. 75.

o direito penal passa a ser visto não somente como meio de repressão, mas como um instrumento de proteção dos bens jurídicos fundamentais³⁶¹.

O direito penal não se pode dissociar do ordenamento jurídico, de modo que, como instrumento à disposição do Estado, deve ser ele utilizado como meio de consecução dos objetivos estatais. É dizer, o direito penal somente se legitimará e se justificará enquanto proteger bens jurídicos constitucionais. Nesse passo, funciona o direito penal como instrumento de tutela de determinados bens de natureza primária, ligados à proteção da pessoa e do convívio social³⁶². Isso não significa, contudo, que somente a vida e a integridade física dos seres humanos sejam dignos de proteção. Diversos outros bens jurídicos também merecem tutela penal do Estado, tendo em vista sua ligação intrínseca com a proteção da pessoa³⁶³.

Nesta senda, Paulo Queiroz observa que o perfil do Estado é sempre delineado pela Constituição, a quem compete definir os fundamentos, objetivos e princípios que norteiam a aplicação do direito e a concretização de políticas públicas. O direito penal, portanto, deve partir do modelo estabelecido pelo texto constitucional, traduzindo os valores que nele se encerrem. Há, portanto, não somente uma hierarquia formal entre a Constituição e as demais normas de direito penal; há, em verdade, uma hierarquia axiológica, de modo que as disposições normativas de direito penal devem se prestar à realização dos fins constitucionais, bem como à proteção dos bens e valores superiores definidos pela Lei Fundamental³⁶⁴.

Verifica-se, assim, que a noção de necessidade de tutela por parte do direito penal deriva da concepção pressuposta de que esse ramo não somente é adequado, mas que tem ele a função de tutelar bens jurídicos constitucionais cuja proteção pode ser considerada indispensável.

Nesse contexto, Gregor Staechelin destaca que a atual discussão sobre a proteção do bem jurídico-penal tem revertido uma posição de contenção da criminalização para uma pressão pela tipificação de condutas. O autor chama esse fenômeno de “desnaturalização” do princípio da proteção de bens jurídicos, uma vez que tal princípio se converte em “critério positivo” de criminalização. É dizer, a noção de que o direito penal deve *somente* proteger os bens jurídicos de dignidade constitucional, que encerra uma limitação à sanha legislativa por criminalização, se converte na ideia de que o direito penal deve proteger *efetivamente* os bens

³⁶¹MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. O princípio... *Op. Cit.* p. 13.

³⁶²FELDENS, Luciano. *Direitos...* *Op. Cit.* p. 46.

³⁶³ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 450.

³⁶⁴QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: introdução...* *Op. Cit.* p. 17-19.

jurídicos de dignidade constitucional, que encerra uma pressão pelo aumento da criminalização. Aponta-se, dessa forma, que o próprio princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos é a origem dessa inversão³⁶⁵.

Seguindo com sua crítica, Gregor Staechelin reclama a necessidade de cautela com a noção de deveres de proteção, para que não se acabe por produzir abusos ao princípio da proteção de bens jurídicos. Nessa linha, afirma que “a proteção de bens jurídicos é condição necessária, mas não suficiente para legitimar uma proibição penal”³⁶⁶. Ademais, o autor observa que, tendo em vista a necessidade de preservar o direito penal de uma expansão desmesurada e baseada em meras projeções valorativas, impõe-se à criminalização de condutas não somente a consideração de critérios normativos, mas principalmente de fontes de “natureza sociológica, criminológica, jurídico-penal e constitucional”³⁶⁷. É dizer, não faz sentido se impor ao Estado a intervenção na liberdade dos indivíduos com base em meras conjecturas de natureza valorativa, ou para satisfazer o anseio de proteção de bens relativos a determinados grupos. Impõe-se uma análise efetiva da necessidade de criminalização.

Embora não sustente se tratar de desvirtuamento do princípio da proteção de bens jurídicos, Luciano Feldens também observa que o dever de proteção não é incondicional. Ao revés, trata-se de obrigação que deve ser satisfeita por medidas estatais adequadas, de modo que não necessariamente se configurará a necessidade de intervenção legislativa ou, ainda, de caráter penal³⁶⁸. Referida observação traz a lume a distinção entre os deveres de proteção e a proibição de proteção deficiente. Isso porque, como já visto anteriormente, a identificação de um dever de proteção está relacionada à questão de *se* o Estado deve intervir de algum modo para proteger determinado bem jurídico. A proibição de proteção deficiente, por seu turno, implica na avaliação de *como* o Estado deve agir para garantir a satisfação de um tal dever de proteção. Diga-se com isso que a intervenção penal não será necessária quando houver outros meios de se proteger o direito fundamental em questão com menor sacrifício da liberdade de terceiros – liberdade geral, no caso. Significa, portanto, que a intervenção penal reclama não somente a existência do dever de proteção do bem jurídico, mas a sua imprescindibilidade para evitar a lesão ou a séria ameaça ao direito fundamental de dimensão constitucional³⁶⁹.

³⁶⁵STAECHELIN, Gregor. ... *Op. Cit.* p. 298-299.

³⁶⁶*Id. Ibid.* p. 304.

³⁶⁷*Id. Ibid.* p. 301-302.

³⁶⁸FELDENS, Luciano. *Direitos... Op. Cit.* p. 77.

³⁶⁹*Id. Ibid.* p. 92.

Quando se verificar, contudo, adequada e necessária à proteção de algum bem jurídico de dimensão constitucional, tal intervenção pode se tornar exigível do Estado, tendo em vista a ausência de alternativas para a tutela efetiva do direito fundamental. Nesses casos, o Estado frustrará seu dever de proteção quando deixar de atuar para tutelar o bem jurídico ou, ainda, quando o fizer de modo inadequado ou insuficiente. Trata-se, aqui, de violação do postulado da proporcionalidade em sua perspectiva de proibição de proteção da insuficiência³⁷⁰.

Constata-se, assim, que o Estado pode efetivamente estar obrigado a adotar determinadas medidas, entre as quais as de natureza penal, para garantir a proteção dos bens jurídicos de base constitucional³⁷¹. Não somente os bens de natureza individual, mas também aqueles que, ainda que tenham feição coletiva, estejam relacionados à preservação dos direitos da pessoa, tais como o meio ambiente, a saúde pública, o patrimônio público, a moralidade administrativa, entre outros. Nos casos em que a intervenção penal se torna necessária, Luciano Feldens destaca que a Constituição funciona não somente como legitimadora da intervenção penal, mas como norma que efetivamente exige a tutela por meio de criminalização e imposição de pena para as condutas violadoras de direitos fundamentais. Trata-se aqui dos chamados mandados constitucionais de tutela penal ou *mandamentos de criminalização*³⁷².

Há diversas hipóteses de mandamentos de criminalização expressos na Constituição da República Federativa do Brasil. Nesses casos, a norma define determinados crimes ou fixa a exigência de responsabilização criminal, muitas vezes restringindo a aplicabilidade de determinados institutos penais e processuais penais favoráveis aos réus ou condenados. É o caso, por exemplo, da determinação de criminalização do racismo, terrorismo e tráfico ilícito de entorpecentes e até da retenção dolosa do salário; ou, ainda, da responsabilização criminal pelas condutas lesivas ao meio ambiente.

Desse modo, não é novidade a possibilidade de que a criminalização de determinada conduta decorra diretamente da Constituição, configurando-se inconstitucional a omissão legislativa na sua regulamentação por expressa disposição de seu texto em determinados casos. Isso não significa que o legislador tenha absoluta liberdade para escolher entre penalizar ou não uma conduta quando não haja disposição expressa de que tal ou qual bem jurídico deverá ser tutelado por meio do direito penal.

³⁷⁰STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico...* Op. Cit. p. 09.

³⁷¹SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição...* Op. Cit. p. 93; STRECK, Lênio Luiz. *O dever...* Op. Cit. p. 05.

³⁷²FELDENS, Luciano. *Direitos...* Op. Cit. p. 42.

Nesse passo, admite-se que, ainda quando não haja previsão expressa, pode-se extrair da Constituição implicitamente um mandado de tutela penal. Tais mandados se podem deduzir do peso de determinado bem jurídico na ordem constitucional. É dizer, ainda que não haja uma norma explícita no texto da Constituição Federal que discipline a criminalização de condutas violadoras de determinados bens jurídicos, pode-se extrair do dever de sua proteção um mandamento de que tais condutas sejam incriminadas. Como observa Luciano Feldens, o texto constitucional “é o ponto de partida, mas não o ponto de chegada”, de modo que não haveria liberdade do legislador ordinário na tipificação de determinadas condutas danosas a bens jurídicos, mesmo ante a ausência de norma expressa na Constituição³⁷³.

Isso não significa que não haja certa margem para a decisão do legislador. É ordinariamente sua a função de valorar os bens jurídicos, eleger aqueles que merecem proteção penal e, ainda, definir a intensidade dessa intervenção. Em determinadas situações, contudo, quando se constate que nenhuma medida foi tomada ou quando as medidas escolhidas pelo legislador sejam inadequadas ou insuficientes, incorrerá ele em omissão inconstitucional. Nesses casos, pode-se verificar que a tutela penal é o único meio eficaz para a proteção de tal bem jurídico, de modo que se configurará um limite mínimo (proibição de proteção deficiente) para a liberdade de conformação do legislador³⁷⁴.

Nessa linha de raciocínio, conforme observa Robert Alexy, o Estado deve agir de algum modo eficaz para proteger determinados bens jurídicos e, acaso se constate haver apenas um meio eficaz (possivelmente o direito penal), deve ser este meio o escolhido para a tutela³⁷⁵. Distinguem-se, assim, o dever de proteção – aspecto relacionado à necessidade de alguma forma eficaz de tutela do bem jurídico – e a proibição de proteção deficiente – aspecto relacionado à necessidade de adoção de determinada medida minimamente eficaz para garantir determinada tutela³⁷⁶.

Desse modo, verifica-se que, havendo justificativa para se sustentar a existência de um dever de proteção relativo a determinado direito fundamental, dever-se-á verificar se a tutela efetiva de um tal direito poderá ser efetivada sem a intervenção do Estado no campo do direito penal. É dizer, tratando-se de bem jurídico de dignidade constitucional, cuja proteção seja imposta

³⁷³FELDENS, Luciano. *Direitos... Op. Cit.* p. 46.

³⁷⁴STAECHELIN, Gregor. ... *Op. Cit.* p. 296-297.

³⁷⁵ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 463.

³⁷⁶CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. Cit.* p. 122-123.

ao Estado, deve-se questionar se ele será adequadamente protegido por outros ramos do direito ou se será necessária a tutela penal.

Isso independe de uma previsão expressa na Constituição para a criminalização de determinadas condutas que atentem contra referido bem jurídico. Disso se pode concluir que é possível extrair da Constituição, por meio dos deveres de proteção dos bens jurídicos, um mandamento de que determinadas condutas sejam criminalizadas, uma vez que o ordenamento jurídico deve proibi-las sob pena de não tutelar efetivamente os direitos fundamentais. Ora, não é sequer questionável que haja um mandamento de criminalização do homicídio ou do estupro, por exemplo, ainda que não haja qualquer norma expressa no texto da Constituição Federal de 1988 determinando que se tipifiquem tais condutas como crime.

Ademais, é possível estabelecer métodos de verificação da existência de um dever de proteção e uma proibição de proteção deficiente, de modo que, em determinados casos, se possa constatar a existência de uma omissão inconstitucional do legislador por não ter criminalizado determinada conduta ofensiva a algum bem jurídico constitucionalmente importante.

3.4.2. A questão das incoerências endonormativas

A questão da desproporcionalidade da legislação infraconstitucional no trato da proteção de bens jurídicos por meio do direito penal – seja no sentido da proibição de excesso, seja no sentido da proibição de proteção deficiente – pode ser reconduzida, ainda, à análise da própria legislação ordinária. Isso porque não somente se verificam incoerências entre o nível de proteção constitucionalmente definido para determinados bens e o tratamento que lhes foi dispensado pelo legislador comum. Há, também, diversas incoerências que apontam para desvios de valoração legal desproporcionais.

A proporcionalidade é uma relação necessária na definição das condutas e, também, na cominação das penas, de modo que se deve observar sempre uma relação de proporção entre a sanção aplicada – seja abstratamente, seja no caso concreto – e o delito praticado, no sentido de relevar a importância do fato punido, levando-se em consideração a gravidade da conduta e das consequências para o bem jurídico tutelado. Nessa linha, como observa Mir Puig, a noção de proporcionalidade leva à ideia de que as condutas mais reprováveis e as que causem maior dano aos bens jurídico-penais devem ser apenadas de modo mais severo³⁷⁷.

³⁷⁷PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 137.

Como relembra Ingo Wolfgang Sarlet, a proporcionalidade está intimamente ligada à noção de isonomia, uma vez que se trata, aqui, de proteger os direitos fundamentais de modo adequado, tratando as situações de igual importância da mesma forma e de forma diversa os casos em que a importância não seja a mesma³⁷⁸.

Nesse contexto, Andrew von Hirsch distingue a proporcionalidade ordinal ou relativa – por meio da qual se poderia definir comparativamente a valoração das condutas, num contexto em que as condutas mais graves merecem maior reprovação e portanto, uma sanção mais grave – da proporcionalidade cardinal, ou não relativa – por meio da qual se pode definir a medida da pena em face da gravidade da conduta sem necessidade de comparação com outras valorações do legislador³⁷⁹.

Segundo o autor, a proporcionalidade ordinal englobaria três subcritérios: (1) *paridade das penas*, segundo a qual as condutas cuja gravidade fosse equivalente deveriam ser apenadas com severidade equivalente; (2) *escalonamento das penas*, segundo o qual uma sanção maior para determinado delito significaria que ele é mais reprovado e, portanto mais grave; e (3) *distanciamento das penas*, segundo o qual quanto maior a diferença entre a gravidade dos crimes, maior deveria ser a diferença (distanciamento) entre a pena respectiva³⁸⁰.

Apesar da existência de critérios doutrinários para a definição de uma proporcionalidade relacional entre a pena aplicada aos delitos, o que se observa na legislação penal brasileira hoje é uma absoluta desproporcionalidade na forma de tratar as diversas condutas. Sebastián Borges de Albuquerque Mello destaca que, tendo em vista a ampliação desmesurada da tutela penal, com a edição frequente de normas penais em legislação extravagante, tem-se observado a coexistência, no ordenamento jurídico brasileiro, de hipóteses de valoração absolutamente desproporcional dos tipos legais, o que leva à punição de fatos mais graves com penas brandas e fatos muitas vezes irrelevantes com penas abusivas e inadequadas³⁸¹.

Na mesma linha, Eugênio Raul Zafaroni e Nilo Batista criticam a falta de coerência no tratamento desproporcional dado pelo legislador a determinados tipos em que bens jurídicos de valor inferior são protegidos de forma mais dura que outros bens mais importantes³⁸².

³⁷⁸SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição... Op. Cit.* p. 113.

³⁷⁹HIRSCH, Andrew von. *Censurar y Castigar. apud. FELDENS, Luciano. Direitos... Op. Cit.* p. 51.

³⁸⁰*Id. Ibid.*

³⁸¹MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Direito penal: Sistemas, códigos e microsistemas*. Curitiba: Juruá, 2004.

³⁸²ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro, *direito penal Brasileiro- I, Teoria Geral do direito penal*. Rio de Janeiro, Revan, 2004. p. 231.

Trata-se daquilo que Luciano Feldens chama de *incoerências endonormativas*. É dizer, o legislador valora de modo diverso situações de mesma importância; ou, ainda, trata do mesmo modo condutas que têm níveis diferentes de gravidade. Nesses casos, pode-se enxergar na legislação uma desproporcionalidade derivada da falta de critério por parte do legislador no momento da fixação da pena³⁸³.

O caso em questão é típico de um desvio ligado à proporcionalidade ordinal, uma vez que a valoração adotada pelo legislador em um caso discrepa completamente daquela adotada em outros casos. Esse fenômeno é denunciado quando se está diante de algumas aberrações identificadas na legislação, em que usualmente crimes contra a vida ou outros bens jurídicos ligados à pessoa são punidos de modo menos grave que lesões patrimoniais; ou, ainda, quando lesões a interesses patrimoniais do Estado acabam por ser coibidas de forma mais severa que agressões graves à pessoa.

Identificar uma incoerência endonormativa no ordenamento jurídico brasileiro, hoje, portanto, não é tarefa difícil. Apesar disso, as conclusões que derivam da constatação de que o legislador valorou de forma desproporcional duas situações levadas à sua apreciação não são tão simples. Isso porque, diante de uma situação de inquestionável incoerência endonormativa, poder-se-á constatar, de um lado, a desproporcionalidade por proibição de excesso ao punir de forma demasiadamente grave uma conduta menos grave; e, de outro, a desproporcionalidade por proibição de proteção deficiente, tendo em vista a tutela inadequada e ineficaz de determinado bem jurídico. A resposta a esta questão, contudo, deve ser encontrada na análise de critérios mais adequados, que relevem a importância dos bens jurídicos reconhecida no ordenamento jurídico, bem assim pelo tratamento dispensado a condutas semelhantes pela legislação em geral³⁸⁴.

3.4.3. Limite à proporcionalidade como proibição de proteção deficiente de bens jurídico-penais: a barreira intransponível da legalidade

Como se viu neste capítulo, a compreensão da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente permite conceber uma obrigação constitucional dirigida ao legislador, no sentido de que estabeleça uma tutela penal de determinados bens jurídicos. Trata-se de um dever que compreende duas faces: de um lado, o Estado deve editar normas penais que constituam a tutela efetiva dos bens jurídicos ainda não protegidos pelo direito penal; de outro, deve ele

³⁸³FELDENS, Luciano. *Direitos... Op. Cit.* p. 88.

³⁸⁴HIRSCH, Andrew von. *Op. Cit.*

manter as normas já existentes, garantindo-lhes um padrão mínimo de tutela inerente ao seu dever de proteção³⁸⁵. Dentro deste último aspecto, ainda, podem-se destacar dois sentidos da obrigação: primeiramente, impõe-se ao legislador a tarefa de não revogar dispositivos que tutelam os bens jurídicos; num segundo momento, impõe-se-lhe reforçar a proteção quando se mostre insuficiente.

Viu-se, contudo, que essa obrigação admite uma ampla margem de discricionariedade legislativa, de modo que apenas se fixa, no campo do direito penal constitucional, um limite mínimo – assim como um limite máximo – para a intervenção penal³⁸⁶. Isso porque, como também já visto, a configuração de um dever de proteção apenas define a existência de um dever de intervenção, cuja intensidade e, principalmente, forma deve ser estabelecida no campo das competências distribuídas entre os poderes constituídos³⁸⁷.

Nesse contexto, é inequívoco que a competência para tipificar condutas e cominar penas é do legislador. Trata-se aqui do campo de reserva de lei³⁸⁸. Esse, aliás, como observa Paulo Queiroz, é um dos pilares do direito penal moderno, consagrado no texto constitucional por meio do aclamado e basilar princípio da legalidade: *nullum crimen, nulla poena sine scripta, stricta, certa et praevia lege*. Assim, a reserva de competência deferida ao Parlamento para a definição de crimes e cominação de penas consubstancia a submissão da vontade do Estado ao império da Lei, noção de garantia levada ao ápice com a Revolução Francesa³⁸⁹.

Importa notar, na linha do magistério de Sebastián Mello, que a garantia da legalidade consiste em densificação do princípio da dignidade da pessoa humana, como proteção do indivíduo em face da ingerência estatal³⁹⁰. Isso porque, como observa o autor, “a intervenção penal é violenta, seletiva, discriminatória e estigmatizante”, de modo que, como o exercício do *jus puniendi* estatal configura sempre uma intensa restrição a direitos fundamentais, referida intervenção deverá sempre ser controlada e resguardada de excessos. A legalidade, assim, destaca-se como o primeiro – e mais forte – limite de atuação do Estado no campo penal³⁹¹.

³⁸⁵FELDENS, Luciano. *Direitos... Op. Cit.* p. 79-80.

³⁸⁶SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.* p. 133.

³⁸⁷CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. Cit.* p. 119.

³⁸⁸SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição... Op. Cit.* p. 104.

³⁸⁹QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: introdução... Op. Cit.* p. 21.

³⁹⁰MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O conceito... Op. Cit.* p. 71.

³⁹¹*Id. Ibid...* p. 17.

Dessa forma, constitui-se um impasse: se, de um lado, o legislador está obrigado a efetivar determinada tutela e, inclusive, pode estar vinculado à adoção de medidas penais para tanto, de outro, é certo e inequívoco que não é dado a qualquer órgão da República a definição de tipos penais ou a fixação abstrata de penas, senão o próprio Legislador Federal.

Disso se conclui, na linha do magistério de Daniel Sarmento, que o controle judicial relativo à proibição de proteção deficiente, especialmente no que toca à matéria penal, deve ter uma intensidade menor que aquela dispensada à proibição do excesso. Isso porque a margem de discricionariedade que o Constituinte definiu para o legislador na efetivação dos deveres de proteção é consideravelmente maior que aquela que lhe foi dada no campo das vedações de intervenção em direitos fundamentais³⁹².

Também Claus-Wilhelm Canaris se refere a essa diferença de nível de intervenção. Conforme observa o doutrinador, a eficácia da função de imperativo de tutela dos direitos fundamentais, bem assim da proibição de deficiência em sua proteção é “substancialmente mais fraca” que a eficácia da função de proibição de excesso. Segue o autor dizendo que o ônus de fundamentação imposto ao Estado não é o mesmo nas omissões e nas atuações interventivas. Isso porque, nas intervenções, o ônus de argumentação se refere à adequação, necessidade e justeza de uma ação específica: aquela adotada no caso concreto; enquanto que, nas omissões, o poder público (legislador ou administração) teria que se vincular à justificativa de uma infinidade de medidas dentre as propostas, bem assim a efetiva ausência de intervenção³⁹³.

Desse modo, uma das grandes questões relacionadas à configuração, no atual contexto do direito constitucional, da doutrina dos imperativos de tutela e da concepção do postulado da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente é exatamente a justiciabilidade de um tal direito à proteção. É de se destacar que o problema é bem maior no campo do direito penal, onde a reserva de lei põe um entrave considerável na efetividade da obrigação estatal de tutela penal de bens jurídicos. Nesse contexto, Luciano Feldens prefere encarar a questão no campo da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, de modo que sobre o Estado pesaria um dever objetivo de efetivação da tutela derivada da positivação constitucional do direito fundamental – ainda que não haja positivação expressa de mandado de criminalização – permitindo-se, ainda, sua responsabilização por eventual omissão³⁹⁴.

³⁹²SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.* p. 133-134.

³⁹³CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. Cit.* p. 65-66.

³⁹⁴FELDENS, Luciano. *Direitos... Op. Cit.* p. 51.

Parece certo, contudo, e extreme de dúvidas que o controle da omissão do legislador no campo dos mandamentos de criminalização não autoriza o juiz a intervir diretamente, criando tipos penais ou alargando seu alcance, tampouco ampliando a punição para além dos limites legais. Nessa linha, Fauzi Hassan Choukr observa que, no campo da proibição de excesso (“direitos de”), a violação das vedações constitucionais conduz a antinomias jurídicas – conflitos aparentes entre normas que dispõem diversamente sobre o mesmo suporte fático –, solucionáveis pelos critérios normativos que induzem à invalidade de uma delas (hierarquia e cronologia) ou pela sua inaplicabilidade à espécie (especialidade); enquanto que, no campo da proibição de proteção deficiente (“direitos a”), a violação das obrigações constitucionais conduz a lacunas normativas (lacunas valorativas), cuja solução depende de atividade normativa. A imposição desta atividade normativa ao Estado, contudo, não é uma tarefa simples, tendo em vista a sistemática legislativa representativa e a necessária preservação do equilíbrio entre os poderes da República³⁹⁵.

Trata-se, no caso, de limitação imposta pelo próprio Estado de Direito, que, na concepção de Norberto Bobbio, está relacionado à noção de governo *sub lege* (submetido à lei) e *per leges* (por meio de leis). A preservação do Estado de Direito, mormente quando se cuide de matéria penal, pressupõe a preservação das duas noções: o poder judiciário, *sub lege*, deve ser exercido nos limites da lei; o poder legislativo, por seu turno, *per leges*, é exercido por meio da edição de leis gerais e abstratas e, ainda, *sub lege*, deve obediência ao procedimento previsto na Constituição para sua edição, bem como aos limites formais, materiais, temporais e circunstanciais por ela estabelecidos³⁹⁶. O princípio da legalidade funciona, assim, como instrumento e limite da ação estatal, assumindo nos ordenamentos jurídicos modernos (e pós-modernos) o papel de “fonte jurídica de legitimação” das intervenções do Estado na sociedade e, por isso mesmo, de garantia da sociedade contra o arbítrio dessas intervenções³⁹⁷.

Desse modo, ainda que se admita a existência dos deveres de proteção impostos ao Estado, bem como a proibição que lhe é dirigida – inclusive ao legislador – no sentido de que não frustrate as expectativas de tutela, a efetivação dessa tutela por meio da tipificação de condutas somente se pode dar através da atividade legislativa, sem o que somente se poderá considerar o bem jurídico desprotegido e, por isso, o legislador inadimplente.

³⁹⁵CHOUKR, Fauzi Hassan. *Op. Cit.* p. 693.

³⁹⁶*Id. Ibid.* p. 687.

³⁹⁷*Id. Ibid.* p. 697-698.

Deve-se, nesse contexto, considerar a ponderação de Gregor Staechelin, para quem a expansão desmesurada de uma noção de tutela de bens jurídicos por meio do direito penal pode pôr em cheque a relação de equilíbrio entre o dever de proteção e o caráter garantidor inerente aos direitos fundamentais e ao Estado de Direito³⁹⁸.

3.4.4. A possibilidade de controle jurisdicional da proibição de proteção deficiente no campo do direito penal: a inconstitucionalidade de normas que reduzam desproporcionalmente a proteção de bens jurídicos fundamentais

Como já se viu, o controle jurisdicional da violação ao postulado da proporcionalidade enquanto proibição de infraproteção, no campo penal, tem como importante limitação o princípio da estrita legalidade, segundo o qual somente por Lei em sentido formal e material se podem tipificar condutas e cominar penas. Isso não significa, contudo, que não haja alguma margem de controle judicial da atividade legislativa.

Isso porque, apesar de se configurar usualmente como uma omissão de proteção, no sentido de que o Estado se nega a garantir a tutela efetiva a determinado bem jurídico por meio da intervenção penal, a proteção deficiente pode resultar da edição de uma norma legal que reduza a tutela sobre determinado bem, ferindo a proporcionalidade na medida em que o Estado, ante a novel legislação, deixa de cumprir com seu dever de tutela dentro do nível que lhe é exigível.

Nesse passo, conforme descreve Luciano Feldens, é possível o controle jurisdicional de constitucionalidade de leis e atos normativos que, de forma injustificada, reduzam ou excluam a proteção penal necessária e adequada à efetiva tutela do direito fundamental em jogo, tendo em vista a violação do postulado da proporcionalidade enquanto proibição de proteção deficiente³⁹⁹. Consoante explica o doutrinador, referido controle implicaria no afastamento da norma do ordenamento jurídico por invalidez – inconstitucionalidade –, uma vez que ela introduziria nova sistemática desproporcional por se tratar de “situação de manifesta infraproteção”⁴⁰⁰.

Nesta senda, segundo observa Lênio Luiz Streck, não é de se surpreender que a tese da existência de um dever de proteção eficiente e, portanto, de uma proibição de proteção deficiente tenha surgido em uma decisão que analisava exatamente a constitucionalidade da

³⁹⁸STAECHELIN, Gregor. ... *Op. Cit.* p. 291.

³⁹⁹FELDENS, Luciano. *Direitos...* *Op. Cit.* p. 91.

⁴⁰⁰*Id. Ibid.* p. 94.

abolição de uma lei criminal. É dizer, enquanto o ordenamento pareceu tutelar de forma eficiente os direitos fundamentais – apesar da existência de pressões para a tutela de determinados bens não protegidos –, não se cogitou da possibilidade de que houvesse um tal dever estatal de edição da norma criminal. Quando, porém, o legislador pretendeu excluir da ordem jurídica a proteção já consolidada pela norma penal, a intervenção jurisdicional foi possível para controlar a constitucionalidade da lei revogadora, extirpando-a do ordenamento e ripristinando a proteção antes conferida pela norma⁴⁰¹.

Isso não é impossível no campo da tutela penal. Importa destacar, nesse contexto, o voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes, em julgamento do Recurso Extraordinário RE nº 418.376/MS, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal⁴⁰². Trata-se de recurso interposto contra condenação imposta pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul em virtude da prática do delito de estupro contra uma criança de 09 (nove) anos. O recorrente requeria o reconhecimento da união estável mantida com a vítima, alegando violação ao art. 226, §3º da Constituição Federal⁴⁰³ e, como consequência, a aplicação analógica da causa de extinção de punibilidade prevista no art. 107, VII do Código Penal, então vigente⁴⁰⁴.

Naquela ocasião, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes sustentou, entre outras teses, que a aplicação da referida hipótese de extinção de punibilidade significaria a blindagem de uma situação fática “repugnada pela sociedade”, o que caracterizaria uma proteção estatal deficiente do bem jurídico violado. Conforme observou o magistrado, “a proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção”.

Reconhece-se, desse modo, a possibilidade de intervenção judicial quando a norma penal introduza uma situação de proteção deficiente do bem jurídico. Trata-se de espécie de controle de constitucionalidade, porquanto a revogação da norma ou a sua reforma, quando reduza significativa e injustificadamente a proteção do bem jurídico, contraria a proteção dada pelo constituinte ao direito fundamental.

⁴⁰¹STRECK, Lênio Luiz. *O dever... Op. Cit.* p. 06.

⁴⁰²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Gilmar Mendes. *Recurso Extraordinário nº 418.376*. Relator Min. Marco Aurélio Mello. Relator para o Acórdão Min. Joaquim Barbosa. DJ de 23 de março de 2007.

⁴⁰³Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

⁴⁰⁴Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

VII - pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial deste Código; (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)

Essa situação fica clara quando se trata, por exemplo, de hipóteses de revogação de normas cuja edição seja determinada pela Constituição Federal. Imagine-se, por exemplo, que o legislador simplesmente revogasse – sem qualquer regulação supletiva – a lei que tipifica os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, ou a lei dos crimes hediondos. Tratar-se-ia de medida inconstitucional por violação à expressa disposição do art. 5º, XLIII da Constituição Federal⁴⁰⁵. Do mesmo modo, ainda que não haja mandamento expresso de criminalização do homicídio, é indiscutível que uma lei que descriminalizasse a conduta de “matar alguém” seria inconstitucional, exatamente por se tratar de norma desproporcional, uma vez que viola a proibição de proteção deficiente. O mesmo se daria com a descriminalização por completo da maior parte dos crimes contra a vida, integridade física, liberdade sexual, Administração Pública, entre outros bens jurídicos cuja tutela penal se mostra imprescindível⁴⁰⁶.

Da mesma forma, uma alteração legislativa que, ainda que não extirpe o tipo penal, reduza a proteção de modo desproporcional, não substituindo o tratamento da matéria por algum outro que, mesmo que de modo diverso, garanta a proteção, implicará na inconstitucionalidade da lei. Seria o caso, por exemplo, de uma norma que reduzisse de forma desproporcional a proteção ao meio ambiente sem estabelecer critérios para uma tutela efetiva por meios penais e extrapenais.

Não significa que o legislador não tenha margem de discricionariedade para alterar o tratamento penal de determinados crimes. É ele, efetivamente, o titular dessa competência, de modo que se revela possível, por exemplo, a alteração da sistemática de punição do tráfico ilícito de drogas, bem como da posse para o uso. Nesses casos, diante da existência de critérios que, ainda que modifiquem a abordagem da tutela, garantam a proteção ao bem jurídico, admite-se a redução da punição em determinados casos, por amor à individualização da pena⁴⁰⁷. Não se justificaria, contudo, uma redução da tutela que excluísse absolutamente qualquer regulação da matéria, por se tratar de efetiva omissão introduzida no ordenamento pela nova legislação.

Lançadas as bases acerca do postulado da proporcionalidade e de sua dupla face, como proibição de excesso e proibição de proteção deficiente, importa fazer uma análise da Lei nº

⁴⁰⁵Art. 5º. 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;

⁴⁰⁶STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico... Op. Cit.* p. 04-05.

⁴⁰⁷Em sentido contrário, Lênio Luiz Streck defende a inconstitucionalidade da redução de pena prevista no art. 33, §4º da Lei nº 11.343/06 (STRECK, Lênio Luiz. *O dever... Op. Cit.* p. 21-25).

4.898/65, que define a responsabilidade civil, administrativa e penal pelo abuso de autoridade, bem como a aplicabilidade da teoria ora exposta no contexto de sua concretização.

4. O CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE: ANÁLISE DA LEI Nº 4.898/65

A Lei de Abuso de Autoridade foi promulgada em 09 de dezembro de 1965, com o objetivo de limitar o abuso do poder. Apesar de parecer irônico, foi o governo responsável pelo regime militar inaugurado em 31 de março de 1964 que dotou o país de uma lei que pretendia controlar o poder que, à época, em fase de eclipse da democracia, emanava do próprio sistema, imposto aos cidadãos muitas vezes com base na força expressa nos tipos penais da Lei nº 4.898/65⁴⁰⁸. Nessa linha, desde a tramitação do projeto, a tônica dos trabalhos foi orientada no sentido de impor uma responsabilidade integral – administrativa, civil e penal – ao agente público que praticasse um ato de abuso de autoridade; pretendia-se, ainda, estabelecer um procedimento sumário e efetivo, evitando a lentidão nos julgamentos e dando efetividade à punição daqueles que exercessem arbitrariamente o poder⁴⁰⁹.

Passados quase cinquenta anos de sua edição, apesar dos delitos nela tipificados permanecerem, em sua maioria, atuais, cristalizando a proteção de princípios consagrados no texto da Carta Cidadã de 1988 e dela tirando fundamento para a reprimenda⁴¹⁰, verifica-se que as sanções cominadas, especialmente a de natureza criminal, mostram-se ineficientes para garantir a devida proteção dos bens jurídicos tutelados, especialmente considerando-se que a tônica da lei em comento é a tutela dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito.

Nesse passo, à luz do princípio da proporcionalidade e da noção de proibição de insuficiência de proteção de bens jurídicos, como já estudado, impõe-se uma análise profunda e revisão da efetividade da tutela penal dispensada aos direitos fundamentais pretensamente resguardados pela Lei de Abuso de Autoridade, em especial à noção de democracia substancial que é inerente a qualquer tentativa de proteção do cidadão em face do abuso no exercício do poder estatal.

⁴⁰⁸NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Leis especiais: aspectos penais*. 4 ed. rev.. atual e aum. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1993. p. 76.

⁴⁰⁹O mesmo [o projeto de Lei] institui na apuração da responsabilidade administrativa, civil ou penal, pelo abuso de autoridade, um sumário sistema de acusação e da defesa, impede a procrastinação dos julgamentos e a efetividade da punição dos desmandos da violência e do arbítrio, tão comuns ‘no Brasil. (*Diário do Congresso Nacional* de 10.10.1957, p. 8.149 *apud* FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS Vladimir Passos de. *Abuso de autoridade: Notas de legislação, doutrina e jurisprudência à Lei 4.898, de 09.12.1965*. 8 ed. rev.. ampl. de acordo com a CF de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 125).

⁴¹⁰NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Op. Cit.*. p. 99.

4.1. OBJETIVIDADE JURÍDICA: PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA REGULARIDADE DA ADMINISTRAÇÃO

Como se verá logo adiante, os tipos penais trazidos pela Lei nº 4.898/65 criminalizam condutas que atentam contra direitos e garantias fundamentais protegidos pela Constituição Federal. Em verdade, trata-se da reprodução de normas encontradas na grande maioria das Declarações de Direitos e nas Cartas Constitucionais de diversos países organizados sob a forma de Estados Democráticos de Direito. Nesse passo, a norma em comento pretende proteger a *liberdade ambulatoria, de locomoção, de consciência e crença, de associação e de culto religioso; a inviolabilidade do domicílio; os sigilos; o direito de reunião; o direito ao voto; bem como a honra, a imagem, a intimidade e a privacidade* das pessoas, entre outros direitos⁴¹¹.

Ademais, nos termos da citada Lei, para que se configure o crime de abuso de autoridade, importa que o abuso tenha sido praticado por autoridade pública. Refere-se, pois, como leciona Paulo Lúcio Nogueira, àqueles que tenham poder de mando ou império, ou, ainda, o funcionário público, entendido como aquele que exerce função pública em caráter permanente e normal⁴¹².

Exige-se, portanto, para que se configure a tipicidade objetiva dos crimes de abuso de autoridade, que o sujeito ativo tenha sido investido de autoridade, exercendo cargo, emprego ou função pública, ressalvadas as hipóteses de concurso de pessoas, quando poderá, na qualidade de coautor ou partícipe, o particular figurar como sujeito ativo de algum dos crimes tipificados pela Lei nº 4.898/65⁴¹³.

Verifica-se, assim, que a Lei de Abuso de Autoridade pretende reprimir condutas de agentes estatais que atentem contra os direitos e garantias fundamentais protegidos pela Constituição⁴¹⁴. Referida norma, portanto, controla o uso do poder pelas autoridades e agentes que o exercem, de modo a reprimir os atos que possam atentam contra direitos individuais. A proteção recai sobre a relação entre o indivíduo e o Estado, defendendo, ao mesmo tempo, dois interesses fundamentais: a regularidade do funcionamento da Administração – já que

⁴¹¹FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS Vladimir Passos de. *Op. Cit.* p. 15-16.

⁴¹²NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Op. Cit.* p. 77.

⁴¹³*Id. Ibid.* p. 83.

⁴¹⁴MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Op. Cit.* p. 21.

coíbe práticas abusivas dos agentes administrativos – e a preservação dos direitos constitucionalmente protegidos⁴¹⁵.

O objetivo da norma em comento, pois, é controlar o exercício do poder, estabelecendo limitações aos agentes do Estado na condução dos negócios públicos e no trato com os indivíduos. Protegem-se os cidadãos em face do poder que é conferido à autoridade; poder esse que, num Estado Democrático, só pode ter origem no próprio cidadão. Trata-se, portanto, de uma proteção dirigida diretamente ao princípio democrático. Mas não apenas à noção formal de democracia como governo do povo. A proteção que se pretende garantir com a Lei de Abuso de Autoridade se dirige, ainda, ao princípio do Estado de Direito, uma vez que se fala em limitação do exercício do poder em proteção aos direitos fundamentais. Protege-se, portanto, a democracia substancial, que está indissolúvelmente ligada à limitação do poder, qualquer que seja sua natureza e independentemente de quem o exerça⁴¹⁶.

Isso porque a liberdade – especialmente quando se fala não da liberdade geral, mas das liberdades fundamentais, associadas a uma proteção especial do Estado – não é um bem jurídico de feição exclusivamente individual. É dizer, por mais que seja inerente ao livre desenvolvimento do indivíduo, a liberdade é um valor intrínseco ao Estado de Direito e importante à própria caracterização da conformação social de dada comunidade. Nessa linha, Robert Alexy observa que não se pode tratar a liberdade como um objeto ordinário. Por mais que se possa falar da “liberdade que alguém tem”, a expressão *ter* não se relaciona à posse, mas à qualidade do indivíduo que é livre, da ação livre ou da sociedade que consagra como valor importante a liberdade. Trata-se de uma qualidade que se refere à inexistência de “embaraços, restrições ou resistências de qualquer espécie”⁴¹⁷. Vê-se, dessa forma, que a tutela das liberdades fundamentais não tem somente a significação de preservação de direitos individuais, relacionados a cada pessoa cujo direito fundamental foi protegido; mais que isso, trata-se da tutela da conformação e da estrutura própria do regime adotado pela comunidade.

Disso se conclui que o bem jurídico tutelado pela Lei em exame, a par de se identificarem direitos fundamentais específicos para cada tipo penal, é exatamente o Estado Social e Democrático de Direito. Destarte, protege-se a noção de democracia substancial, fundamento da sociedade e base para sua estruturação.

⁴¹⁵MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Op. Cit.*, p. 23-24.

⁴¹⁶MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1997. p. 20.

⁴¹⁷ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 219.

4.2. BEM JURÍDICO PROTEGIDO: *DEMOCRACIA SUBSTANCIAL*

Para entender o conceito de democracia substancial, deve-se buscar a construção histórica de dois princípios que fundamentam os estados ditos democráticos da atualidade: o princípio democrático e o princípio do Estado de Direito.

Nesse passo, José Joaquim Gomes Canotilho⁴¹⁸ caracteriza o princípio democrático como “princípio de organização da titularidade e exercício do poder”. Esse modelo de exercício do poder político tem suas bases histórico-filosóficas desenvolvidas como reflexo da ideia de soberania popular. É dizer, a democracia se desenvolveu como modelo de subtração da soberania do monarca e transferência ao povo, seu legítimo titular. Esse modelo seguiu uma linha de defesa, inicialmente, da superação dos privilégios feudais e, então, de um lento e gradual estabelecimento da igualdade formal na titularidade e exercício do poder que culminaria no sufrágio universal preconizado pelo *slogan* “*one man, one vote*”.

Apesar de terem se desenvolvido conjuntamente no auge do iluminismo e se consolidado com o constitucionalismo do século XX, as concepções de Estado de Direito – inicialmente liberal – e democracia não se confundem. Nesse passo, Gerhard Leibholz⁴¹⁹ sustenta que tais conceitos, muitas vezes, podem ter significação e conteúdo opostos, não se recomendando sua confusão. Sua proximidade reflete, em verdade, a característica de se terem concebido historicamente numa luta contra um inimigo comum: o *estado monárquico e autoritário* do *Ancien Régime*.

É precisa a formulação do jurista tedesco, já que distingue o caráter monárquico (titularidade, exercício do poder) e autoritário (conteúdo das decisões tomadas). Isso porque a luta por um Estado Democrático seguiu um *front* diverso do Estado de Direito, a saber a ordenação formal do Estado, atacando o autoritarismo e a concentração do poder nas mãos do monarca⁴²⁰. Também nesse contexto, destacaram-se os filósofos do século das luzes na formulação teórica da democracia, com destaque para o francês Jean-Jacques Rousseau.

4.2.1. Fundamento filosófico da democracia

O pressuposto *rousseuniano* da democracia é o Contrato Social, pelo qual os homens teriam saído do estado de natureza e ingressado no estado social. Por meio de dito pacto, os

⁴¹⁸CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op. Cit.*. p. 284.

⁴¹⁹LEIBHOLZ, Gerhard. *La nature et les formes de la démocratie*. Paris: Recueil Sirey, 1936. p. 136. *apud*: BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 52/53.

⁴²⁰MORAES, Alexandre de. *Direito... Op. Cit.*. p. 05.

indivíduos teriam cedido ao Estado seus direitos inatos – próprios da natureza; este último, por seu turno, ter-lhes-ia devolvido os direitos intactos, agora sob a forma de direitos civis. Esse seria o pressuposto da legitimidade do Estado⁴²¹.

Como observa Guido Fassò, o Contrato Social não é uma realidade histórica, fática. Em verdade, tratar-se-ia de um ideal, uma exigência da razão, uma vez que a legitimidade do Estado somente se pode extrair de uma base consensual. O consentimento dos membros do corpo social é, pois, o fundamento da associação⁴²².

Tal acordo, ideal na gênese da sociedade, se exigia efetivo na sua regulação. Assim se concebeu a pressuposição da vontade geral na Lei. A Lei era a expressão máxima da liberdade, uma vez que produto da *volonté générale*, daquilo que quer o povo, legítimo titular do poder. A legalidade, para Rousseau, encerraria um ideário racional de liberdade: ‘a liberdade é a obediência à Lei que se prescreveu’⁴²³.

Essa concepção de democracia elaborada por Rousseau supera o jusnaturalismo liberal individualista defendido por Locke, realizando a específica etimologia da palavra (do grego, *demos* = povo; *cratos* = poder; *democracia* = poder do povo). Nesse aspecto, exige-se apenas que o poder seja efetivamente exercido pelo povo, de modo que não é impreciso definir uma tal democracia como totalitária⁴²⁴.

Antônio Enrique Perez Luño aponta para essa tendência rousseuniana de depósito do poder absoluto nas mãos do povo. O Contrato se inclina à ideia sociológica de povo, distinguindo os mesmos homens em cidadãos quando autores da Lei e partícipes da soberania; e, logo mais, em súditos quando sujeitos à vontade geral, à Lei do Estado para cuja criação contribuíram e na qual puderam influenciar⁴²⁵.

A noção do Contrato descarta, portanto, a preocupação de limitação da soberania. O Poder foi transferido, assim, “intacto, do rei ao povo”, sem que se atentasse para a necessidade de se estabelecerem critérios e instituições que o limitassem, protegendo seu titular daqueles que o exercem. Seria essa a brecha necessária à condução das recém criadas sociedades

⁴²¹FASSÒ, Guido. *Historia de La Filosofía Del Derecho: La Edad Moderna*. 3. ed. Madrid: Pirámide, 1966. p. 244.

⁴²²*Id. Ibid.*. p. 247.

⁴²³*Id. Ibid.*. p. 247.

⁴²⁴*Id. Ibid.*. p. 246.

⁴²⁵LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. 7. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2001. p 196.

democráticas ao despotismo e a eventos de barbárie, observados já na própria Revolução Francesa⁴²⁶.

A Lei, expressão máxima da vontade geral – vontade do povo, pois, titular do poder integral e absoluto – a nada se submeteria. A Lei é concebida, assim, acima do homem, em qualquer circunstância, “inclusive se o problema de realizar este ideal é comparável ao da quadratura do círculo”. Nas palavras do filósofo francês, a Lei nunca se poderia submeter ao homem, sob pena da destruição do próprio Estado: “quando a lei está submetida aos homens, estes não são mais que escravos e patrões: o estado se destrói”⁴²⁷.

Nesse contexto, como adverte José Joaquim Gomes Canotilho⁴²⁸, o princípio democrático conecta-se intrinsecamente com o princípio majoritário, cujas raízes se reconduzem à igualdade democrática – que evoluiu até o sufrágio universal – à liberdade e à autodeterminação, no sentido de autossubmissão do cidadão às leis para cuja criação possa ter contribuído.

O princípio democrático exigiria, pois, essa participação de todos e cada um na tomada de decisões, realizando a máxima da soberania popular⁴²⁹. Assim, a democracia se caracterizaria, de forma simples, como o “regime em que os governantes são escolhidos pelos governados; por intermédio de eleições honestas e livres”⁴³⁰. Os princípios fundamentais da democracia são, assim, a *soberania popular*, segundo a qual o povo é a única fonte de poder; e a *participação do povo no poder*, que se pode dar direta ou indiretamente, redundando na existência de um subprincípio de representação, para viabilizar o exercício do poder democraticamente⁴³¹.

O princípio democrático e, portanto, a ideia de soberania popular têm por escopo garantir a legitimidade do exercício do poder pelos órgãos do Estado, que se afirma pela sua legítima escolha popular⁴³². Nega-se toda e qualquer legitimação material do ordenamento, definindo-

⁴²⁶BONAVIDES, Paulo. *Do Estado... Op. Cit.* p. 51.

⁴²⁷FASSÒ, Guido. *Op. Cit.* p. 246.

⁴²⁸CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op. Cit.* p. 316.

⁴²⁹MORAES, Alexandre de. *Direito... Op. Cit.* p. 06.

⁴³⁰DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970. pp. 387. In: MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional. Op. Cit.* p. 06.

⁴³¹SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.* p.135.

⁴³²LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Op. Cit.* p 205.

se um critério de legitimação formal por meio da submissão ao devido procedimento democrático. A legitimidade seria apenas o respeito ao processo legislativo⁴³³.

4.2.2. O esgotamento da visão formal de democracia e a *democracia substancial*

O princípio democrático assume uma função formal-procedimentalista, notadamente nessa acepção de soberania popular manifestada pela vontade geral – vontade da maioria. Luigi Ferrajoli observa que as regras da democracia política seriam tais quando expressassem a soberania popular, por meio da definição, no jogo político-jurídico, de *quem* decide e de *como* se decide. Tal se faria com o estabelecimento de competências e procedimentos de elaboração de leis e atos normativos⁴³⁴.

Nesse aspecto, Ricardo Maurício Freire Soares⁴³⁵ aponta para um conflito permanente entre a democracia – soberania popular – e o constitucionalismo, uma vez que o estabelecimento, pela Constituição, de esferas imunes ao arbítrio popular castra a atuação legislativa, submetendo o Parlamento a um controle judicial da compatibilidade de suas decisões com aquelas fixadas previamente pelo texto constitucional.

Isso resulta da própria característica eminentemente formal que se atribuiu à democracia primitiva. O desenvolvimento da *democracia real* causou um esvaziamento da palavra ‘povo’, utilizada retoricamente para legitimar governos que muitas vezes se voltaram contra os direitos fundamentais⁴³⁶. Esse conflito somente se pode observar, contudo, se persistir a consideração da democracia apenas como a *regra da maioria*. Nesse passo, o constitucionalismo seria antidemocrático justamente porque “subtrai” da maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias⁴³⁷.

Para Robert Alexy, a noção de democracia puramente formal sempre colidirá com direitos subjetivos dos indivíduos. Ora, a ideia de direitos fundamentais intangíveis reflete exatamente a subtração de competências do Poder Legislativo e, portanto, o enfraquecimento da noção de soberania absoluta – seja popular ou monárquica⁴³⁸.

Registre-se que esse conflito não se resume ao plano teórico. É uma questão de prática política e se verifica fartamente numa simples avaliação das discussões centrais observadas no

⁴³³LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Op. Cit.* p. 199.

⁴³⁴FERRAJOLI, Luigi. *Direito...* *Op. Cit.* p. 689.

⁴³⁵SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio...* p. 125.

⁴³⁶BOBBIO, Norberto. *A era...* *Op. Cit.* p. 120.

⁴³⁷STRECK, Lênio Luiz. *Verdade...* *Op. Cit.* p. 18.

⁴³⁸ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 447.

cotidiano da sociedade – brasileira, em específico. Ingo Wolfgang Sarlet⁴³⁹ alerta, nesse aspecto, para a mobilização popular pela quebra de garantias, reflexo da desvalorização dos direitos fundamentais sustentada por uma elite intelectual que muitas vezes se apodera dos meios de comunicação em massa, disseminando uma cultura de ódio, medo e perseguição:

Da mesma forma, chama a atenção o quanto tem crescido as manifestações, nos mais variados segmentos da população, em prol da pena de morte, da desconsideração pelas mais elementares garantias da ampla defesa e do devido processo legal, do apoio à redução da idade penal para os adolescentes, da pressão em prol do agravamento significativo das penas ou mesmo pela introdução de um sistema similar (e altamente questionável) ao modelo da “tolerância zero” tal como praticado em alguns pontos dos EUA, tudo revelando que cada vez menos se tomam a sério os direitos fundamentais, inclusive no que diz com a sua dimensão solidária, emancipatória e promocional.

Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho⁴⁴⁰ afirma que o princípio democrático formal é vazio de significado e deve ser conformado ao Estado constitucional. Desse modo, a representação democrática não se pode conceber como “uma simples ‘delegação da vontade do povo’”. O princípio majoritário deve se submeter, assim, ao princípio da constitucionalidade, não se podendo concebê-lo como a absoluta sujeição do indivíduo à vontade da maioria⁴⁴¹.

O princípio majoritário deve ser repensado, pois, para abandonar uma concepção meramente formal que exclui o “pensar de outra maneira”. Não se pode, desse modo, conceber uma maioria, num Estado democrático constitucional – e, portanto, num Estado de Direito –, sem que se respeite o pensamento alternativo, a vontade e os direitos das minorias⁴⁴². Isso porque a incorporação dos direitos fundamentais aos textos constitucionais acabou impondo limites à intervenção estatal na esfera de dignidade do homem, de modo que a absoluta liberdade de conformação que antes se resguardava ao déspota foi reduzida pelo princípio do Estado de Direito⁴⁴³.

O princípio majoritário da soberania popular se subordina, portanto, àqueles princípios consagrados pelos direitos fundamentais⁴⁴⁴. Esses últimos se referem ao âmbito de decisão que está excluído da apreciação do Poder Legislativo – e, portanto, da vontade popular –, a

⁴³⁹SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição... Op. Cit.*, p.74.

⁴⁴⁰CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op. Cit.*, p. 241.

⁴⁴¹*Id. Ibid.*, p. 316.

⁴⁴²*Id. Ibid.*, p. 317.

⁴⁴³MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O conceito... Op. Cit.*, p. 61.

⁴⁴⁴FERRAJOLI, Luigi. *Derechos... Op. Cit.*, p. 52.

saber, aquilo que *não é lícito decidir* e aquilo que *não é lícito não decidir*. Luigi Ferrajoli⁴⁴⁵ chama tais princípios de substanciais, justamente porque não se referem à forma de decisão política – *quem* decide (legitimidade democrática) e *como* se decide (procedimento democrático) – mas ao próprio conteúdo de tais decisões – *o que não se decide* (direitos fundamentais de defesa) e *o que não se pode não decidir* (direitos fundamentais de prestação).

Já Lênio Luiz Streck⁴⁴⁶ prefere nomeá-la democracia constitucional, contraposta à ideia de democracia majoritária. Por democracia constitucional, entender-se-ia aquela que pressupõe uma teoria dos direitos fundamentais e está intimamente ligada à contenção do princípio majoritário, justamente por sua função de colocar freios e limites às eventuais maiorias. Tais limites seriam necessários, aponta, para impedir que a vontade geral irrefreada se torne uma verdadeira ditadura.

Dessa forma, o princípio democrático não se pode conceber de modo estático. A democracia é “um processo de continuidade transpessoal, irreduzível a qualquer vinculação do processo político a determinadas pessoas”, de modo que se exige a preservação dos direitos já garantidos, já conquistados, já cristalizados por esse processo histórico e contínuo de desenvolvimento da sociedade⁴⁴⁷. Tal princípio democrático não se coaduna com uma concepção apenas formal de democracia. Antes, demanda um sentido substancial, com a observância, mais que de procedimentos de legitimação, de um conteúdo axiológico que corresponda à proteção dos direitos fundamentais.

4.2.3. *Democracia substancial*, Estado de Direito e direitos fundamentais

O conceito de democracia substancial se pode conceber como a reserva de uma parcela do *indecidível*, excluída da soberania popular. Já o Estado de Direito, necessariamente constitucional, é aquele em que se exclui do soberano uma parcela do *indecidível*; ou seja, um âmbito de liberdade que não pode estar ao dispor do monarca – ao tempo em que foi concebido – e, então, do povo – com o desenvolvimento do princípio democrático da soberania popular.

Viu-se que o advento da democracia fez transferir a titularidade do poder do monarca ao cidadão, conferindo à maioria (parlamentar) a legitimidade de decidir, respeitado o procedimento – *quem* e *como* – de produção legislativa. Nesse passo, a democracia formal,

⁴⁴⁵FERRAJOLI, Luigi. *Derechos... Op. Cit.* p. 51.

⁴⁴⁶STRECK, Lênio Luiz. *Verdade... Op. Cit.* p. 19/20.

⁴⁴⁷CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op. Cit.* p. 283.

baseada na simples transferência do poder de um monarca para o povo, ainda que aperfeiçoe o procedimento de formação da vontade popular – por meio de ampliação da participação do povo, por exemplo –, não se assemelha ao Estado de Direito. Mesmo uma democracia direta, perfeita, em que todas as decisões sejam tomadas pela confluência das vontades de todos os indivíduos, converter-se-á num totalitarismo caso o poder – popular – não seja limitado⁴⁴⁸.

Ademais, é questionável a efetiva participação universal no processo democrático. Apesar de as massas terem sido politicamente emancipadas com o constitucionalismo democrático – notadamente com o sufrágio universal, já em meados do século passado –, sua incorporação ao processo e diálogo político ainda não se aperfeiçoou⁴⁴⁹. Impõe-se, assim, toda a cautela para permitir uma efetiva participação, impedindo-se que uma faculdade democrática como o voto se converta em verdadeira arma contra a democracia, coadunando com a perpetuação no poder e o seu livre dispor.

A relação entre a democracia substancial, o Estado de Direito e os direitos fundamentais é evidente. Robert Alexy⁴⁵⁰, ao definir direitos fundamentais como “posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples” consegue deixar ainda mais claro o conceito. É exatamente esse o elemento-chave, a ideia-guia de uma democracia substancial, como já dito: a restrição de uma parcela do ‘*indecidível*’. Indecidível – ou indecidível que não – porque o próprio constituinte já fixou a decisão que não pode ser revista. São cláusulas intangíveis, não restringíveis senão para a garantia dos próprios direitos fundamentais.

Há questões, portanto, como sobrevivência e subsistência, em que não se permite que o Estado não decida, independentemente de haver ou não interesse da maioria. O Estado está obrigado a suprir uma demanda social, de modo que não há liberdade para que o legislador – o povo soberano – deixe de agir em tais casos⁴⁵¹.

Mesmo porque, como adverte Dirley da Cunha Júnior, os direitos fundamentais são cristalizados nas cartas constitucionais não somente como posições favoráveis aos indivíduos, mas como valores básicos de uma sociedade, de modo que devem pautar as decisões – e não decisões – do legislador, conformando sua atuação⁴⁵². Ao argumento de que seriam decisões

⁴⁴⁸FERRAJOLI, Luigi. *Direito... Op. Cit.* p. 689.

⁴⁴⁹LEIBHOLZ, Gerhard. *Op. Cit.*

⁴⁵⁰ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 446.

⁴⁵¹FERRAJOLI, Luigi. *Direito... Op. Cit.* p. 693.

⁴⁵²CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional... Op. Cit.* p. 586.

passadas, que não refletem a configuração democrática contemporânea, deve-se observar que tais valores refletem conquistas que resumem a própria identidade de um povo, consolidadas na preservação dos interesses de cada um dos cidadãos. Desse modo, ainda que uma eventual maioria posterior lhes pretenda revogar, tais direitos ficam preservados, inerentes ao patrimônio jurídico de seus titulares.

Muito daquilo que se discute e vota num parlamento encontra nos direitos fundamentais uma barreira. Ainda que se pretendesse aprovar um projeto de lei contrário a um direito fundamental, a ordem jurídica constitucional não recepcionaria tal norma, uma vez que os direitos fundamentais servem de baliza para a admissibilidade das decisões parlamentares⁴⁵³.

O conflito entre democracia e Estado de Direito se fixa exatamente na “nervosa esfera dos direitos fundamentais”⁴⁵⁴. Trata-se de verdadeiro conflito entre indivíduos, membros de um corpo social que disputam por proteção estatal⁴⁵⁵. A sociedade vive, assim, o constante conflito político, ético e jurídico de garantir, de um lado, a liberdade de uns e, de outro, a proteção de outros. Tal dilema apenas reflete uma questão de colisão entre princípios jurídicos de direito fundamental, abarcados pela concepção de Estado de Direito. Nesse aspecto, a limitação da competência estatal e a sua sujeição ao direito do cidadão a uma prestação compõem a esfera das exigências em face do Estado, a esfera dos conflitantes direitos fundamentais. Tais garantias – liberais ou sociais – exprimem esses direitos fundamentais contra os poderes do Estado⁴⁵⁶.

Como já tratado alhures, esse conflito resulta numa constante síntese dialética entre os direitos fundamentais, que se alargam para abarcar novas realidades e ampliar as garantias – positivas e negativas – do indivíduo em face do Estado. A democracia constitucional é, pois, como observa Lênio Luiz Streck⁴⁵⁷, um “sistema político talhado no tempo social” justamente pela possibilidade de evoluir, enriquecer-se com o reconhecimento dos erros em sua condução. Não se trata de um sistema estático. Ao revés, os direitos fundamentais têm caráter mutável e histórico, o que permitiu que uma concepção classicamente liberal de Estado de Direito evoluísse para abarcar o Estado social, justamente porque a base de sustentação do modelo do Estado de Direito – legalidade constitucional e garantia (inclusive jurisdicional) dos direitos

⁴⁵³ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 489.

⁴⁵⁴CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional...* *Op. Cit.* p. 586.

⁴⁵⁵SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição...* *Op. Cit.* p.74.

⁴⁵⁶FERRAJOLI, Luigi. *Direito...* *Op. Cit.* p. 693.

⁴⁵⁷STRECK, Lênio Luiz. *Verdade...* *Op.Cit.* p. 21.

fundamentais – impõe a sua constante ampliação, efetivação e proteção por meio de mecanismos legais de tutela⁴⁵⁸.

Uma Lei de Abuso de Autoridade, nesse contexto, desponta como meio para a preservação não somente de cada um dos direitos individuais tutelados nos tipos penais individualmente considerados. Trata-se a norma como um todo de um instrumento de defesa do próprio Estado Democrático de Direito e, portanto, desse bem jurídico a que se chama, no presente trabalho, de *democracia substancial*. A tutela penal das liberdades mostra-se como atuação necessária do Estado e deve ser efetiva, sob pena de esgotamento dos fundamentos da própria organização social.

Em virtude disso, considerando-se a natureza do bem jurídico protegido pela norma em comento, deve-se exigir que a satisfação de sua tutela seja efetiva e que a reprovação das condutas que atentem contra a democracia substancial seja proporcional à importância do bem jurídico tutelado. Necessário se faz, portanto, para analisar a efetividade da Lei de Abuso de Autoridade, que se debruce especificamente sobre as hipóteses de ilícito e as formas de responsabilidade nela previstas.

4.3. ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE

A prática de um ato de abuso de autoridade, segundo dispõe o art. 6º da Lei nº 4.898/65 sujeita o agente público à responsabilidade penal, civil e administrativa⁴⁵⁹. Trata-se de previsão simbólica, que pretende afirmar a simultaneidade das sanções aplicadas, mas que apenas encerra a regra de independência das espécies de sanção. Nesse passo, não quis o legislador afirmar que necessariamente haverá cumulação entre as sanções, mas que a prática do ato ilegal sujeitará o agente, em cada uma das esferas, à sanção que lhe for cabível, por meio do procedimento que lhe seja peculiar⁴⁶⁰.

Nesse passo, as sanções administrativas foram enumeradas no parágrafo primeiro. Trata-se de restrições relativas ao exercício da função pública, como advertência, suspensão e demissão. Resultam da violação de norma funcional e se impõem no próprio âmbito da Administração⁴⁶¹. Registra-se que não há na Lei tipificação de condutas especificamente como infrações administrativas. Contudo, todas as condutas tipificadas como crimes poderão

⁴⁵⁸CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional...* Op. Cit.. p. 582.

⁴⁵⁹FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS Vladimir Passos de. *Op. Cit.* p. 95.

⁴⁶⁰NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Op. Cit.* p. 62.

⁴⁶¹FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS Vladimir Passos de. *Op. Cit.* p. 95.

encontrar correspondente nas normas disciplinares próprias do ente público a que pertença a autoridade.

No parágrafo segundo, previu-se a sanção civil, que deverá ser estabelecida no valor do dano causado ou, acaso não se possa precisá-lo, numa indenização fixada pela Lei⁴⁶². Trata-se, pois, não de multa sancionatória, mas de responsabilidade civil extracontratual pelos danos causados pela conduta ilegal.

As sanções penais, enumeradas no Parágrafo Terceiro, resultam da prática dos tipos especificados nos art. 3º e 4º da Lei. Aplicam-se, aqui, as normas gerais do Código Penal e os princípios peculiares do direito penal, resguardando-se a sanção para os casos em que haja sido configurada tipicidade formal e material⁴⁶³.

Verifica-se que a responsabilização do agente público nas esferas civil, administrativa e penal tem fundamento específico, fazendo incidir os princípios e regulações próprias de cada ramo. Do mesmo modo, são independentes os procedimentos, de modo que poderá o ofendido representar à autoridade superior para instauração do procedimento disciplinar; ao Ministério Público para a deflagração da ação penal; e, ainda, ajuizar a ação civil correspondente, requerendo a reparação dos danos⁴⁶⁴.

Há, contudo, especificidades que precisam ser tratadas em cada espécie de sanção, tendo em vista, principalmente, a evolução da sistemática de responsabilização e reparação de danos observada no Direito brasileiro desde a edição da Lei de Abuso de Autoridade.

4.3.1. A responsabilidade administrativa e sua relação com as Leis nº 8.112/90 e 8.429/92

Segundo dispõe a Lei nº 4.898/65⁴⁶⁵, o inquérito administrativo seguirá o procedimento fixado pela Lei do ente a que se vincule a autoridade. Dessa forma, a norma que define o procedimento disciplinar do município, estado, Distrito Federal ou União será aplicada, não

⁴⁶²FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS Vladimir Passos de. *Op. Cit.* p. 95.

⁴⁶³*Id. Ibid.* p. 95.

⁴⁶⁴*Id. Ibid.* p. 117.

⁴⁶⁵Art. 7º recebida a representação em que for solicitada a aplicação de sanção administrativa, a autoridade civil ou militar competente determinará a instauração de inquérito para apurar o fato.

§ 1º O inquérito administrativo obedecerá às normas estabelecidas nas leis municipais, estaduais ou federais, civis ou militares, que estabeleçam o respectivo processo.

§ 2º não existindo no município no Estado ou na legislação militar normas reguladoras do inquérito administrativo serão aplicadas supletivamente, as disposições dos arts. 219 a 225 da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União).

§ 3º O processo administrativo não poderá ser sobrestado para o fim de aguardar a decisão da ação penal ou civil.

havendo qualquer regulação específica da Lei de Abuso de Autoridade relativa ao procedimento⁴⁶⁶. Em casos de ausência de norma definidora do Processo Administrativo Disciplinar no estado ou município, aplicar-se-ão as normas relativas aos servidores públicos civis da União⁴⁶⁷.

Importa destacar que, apesar de haver remissão no texto da Lei de Abuso de Autoridade ao procedimento da Lei nº 1.711/52, já revogada, ter-se-á, por óbvio, configurada a hipótese de aplicação da Lei nº 8.112/90, que lhe substituiu como Estatuto civil do serviço público federal, tendo em vista a regular aplicação do princípio da continuidade do ordenamento jurídico.

Verifica-se, assim, que a Lei em comento não inova em matéria de procedimento administrativo, não havendo qualquer disposição especial que torne o processo para apuração de falta funcional mais efetivo ou que resguarde ou proteja de forma mais eficaz a vítima de um ato de abuso de autoridade. Registra-se, apenas, a vedação expressa na Lei em comento ao sobrestamento do processo administrativo até a conclusão do processo penal ou civil⁴⁶⁸. Trata-se de tentativa de dar maior efetividade à responsabilização, tendo em vista a já tratada independência entre as instâncias e a maior celeridade do Processo Administrativo Disciplinar, se comparado ao processo judicial, seja penal ou civil, ainda que se tome por base o procedimento especial da Lei de Abuso de Autoridade e da Lei dos Juizados Especiais.

Ademais, cabe destacar, mais efetiva que a Lei de Abuso de Autoridade, nesse particular, a Lei de Improbidade Administrativa (8.429/92) trouxe inovações importantes, ao regulamentar dispositivo constitucional e impor sanções graves aos agentes públicos que praticarem atos de improbidade administrativa, dentre os quais se destacam os de abuso de autoridade.

Bem verdade que as hipóteses de enriquecimento ilícito e dano ao erário são tratadas de modo muito mais gravoso pela Lei nº 8.429/92, tendo sido cominadas sanções mais severas. Não se pode duvidar, contudo, que os atos que constituam abuso de autoridade configuram, via de regra, hipóteses de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração, previstas no art. 11 da mencionada Lei. Aplicam-se, pois, as disposições da

⁴⁶⁶ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação penal especial*. 3 ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 210.

⁴⁶⁷ Recebida a representação da vítima, ou tomando conhecimento da infração por qualquer outro meio, deverá autoridade instaurar inquérito para a apuração da falta, o qual obedecerá às normas previstas nas leis estaduais ou municipais e, não havendo nada a respeito, observar-se-á o disposto no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União. (*Diário do Congresso Nacional* de 10.10.1957, p. 8.148 *apud* FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS Vladimir Passos de. *Op. Cit.* p. 114).

⁴⁶⁸ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Op. Cit.* p. 211.

referida norma, com as sanções que lhe são correspondentes, obedecido o procedimento especial de natureza processual civil que lhe é peculiar.

4.3.2. A responsabilidade civil e sua relação com a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos causados por seus agentes – art. 37, §6º da Constituição Federal

Segundo dispõe o art. 6º, §2º da Lei de Abuso de Autoridade, a sanção civil consistirá no pagamento de uma indenização, calculada na base do valor do dano ou, acaso não se possa precisá-lo, em valor previamente fixado pela Lei. Trata-se, portanto, de verdadeira ação de reparação de danos, regulada pelas normas comuns de responsabilidade civil e pelo processo civil⁴⁶⁹.

Diante da redação da norma, conclui-se que a responsabilidade pela reparação dos danos causados recai sobre a autoridade que tenha praticado o abuso, uma vez que se trata de sanção civil em decorrência do ato praticado em desvio. Trata-se, portanto, de previsão acerca da possibilidade de ajuizamento da ação civil pela vítima em face da autoridade culpada⁴⁷⁰. Deve-se atentar, todavia, para a previsão insculpida no art. 37, §6º da Constituição da República, que, tratando das normas relativas à Administração Pública brasileira, consagra a responsabilidade civil objetiva do Estado pelos danos causados por seus agentes, nessa qualidade⁴⁷¹.

Nesse contexto, como observam Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas, a previsão constitucional consagra, em verdade, regra de responsabilidade objetiva do Estado, dispensada, portanto, a perquirição de dolo ou culpa por parte do agente⁴⁷². A Carta Política resguarda, contudo, à Administração, a ação de regresso em face do agente público culpado.

Completam os autores afirmando que, tendo em vista a coexistência entre as disposições da Constituição Federal e da Lei de Abuso de Autoridade, estar-se-ia diante da faculdade da vítima para acionar, em casos de abuso, diretamente a autoridade culpada⁴⁷³. É dizer, poderá a vítima escolher dirigir seu pleito em face do Estado – objetivamente responsável –; em face

⁴⁶⁹MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Op. Cit.*, p. 22.

⁴⁷⁰FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS Vladimir Passos de. *Op. Cit.*, p. 119.

⁴⁷¹Art. 37, § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

⁴⁷²FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS Vladimir Passos de. *Op. Cit.*, p. 119.

⁴⁷³*Id. Ibid.*, p. 119.

do próprio agente – demandando, nesse caso, a análise de sua culpa –; ou, ainda, em face de ambos em litisconsórcio passivo⁴⁷⁴.

Não é outro o entendimento de Dirley da Cunha Júnior, que adere ao entendimento da possibilidade de cúmulo subjetivo no polo passivo da demanda reparatória, ou, ainda, da livre escolha por parte da vítima⁴⁷⁵. Na mesma linha, Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta a possibilidade de a vítima decidir – em qualquer caso de responsabilidade do Estado – contra quem direcionará sua ação de reparação. Isso porque, afirma, não há no texto constitucional vedação à propositura de tal ação, de modo que não se poderia extrair da Constituição uma suposta exclusividade da responsabilidade do Estado⁴⁷⁶.

Observa o autor que o fundamento da responsabilidade objetiva do Estado, cristalizada na Lei Maior, é a proteção do direito do administrado, resguardando-se-lhe a reparação pelo ente público ainda quando não haja garantias de seu ressarcimento pelo agente. Não teria ela, pois, o fundamento de proteção do funcionário diante de ação contra ele proposta em virtude de dano causado culposa ou dolosamente pelo simples motivo de ter sido ajuizada pela vítima e não pelo ente público⁴⁷⁷.

Também Maria Sylvia Zanella Di Pietro resguarda a possibilidade de ajuizamento da ação de reparação do dano em face do agente público, desde que se satisfaça o pressuposto lógico da existência de arguição de sua culpa. É dizer, se a vítima sustenta como causa de seu pedido a prática de ato culposo ou doloso pelo agente público, há fundamento para a propositura da ação contra o Estado, contra o agente ou contra ambos em litisconsórcio passivo. Haveria, ainda, a possibilidade de denúncia da lide pelo ente público ao servidor culpado, uma vez que a discussão de sua culpa já foi trazida aos autos pelo próprio lesado⁴⁷⁸. Ressalta-se, entretanto, o fato de que, em recentes julgados, o Supremo Tribunal Federal tem consolidado o entendimento de que não é cabível o ajuizamento da ação exclusivamente em face do agente público e sequer o litisconsórcio passivo⁴⁷⁹.

⁴⁷⁴FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS Vladimir Passos de. *Op. Cit.* p. 119.

⁴⁷⁵CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 346.

⁴⁷⁶MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. rev., atual. Até a EC nº 67/2010. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 1042.

⁴⁷⁷*Id. Ibid.* p. 1046.

⁴⁷⁸DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 721.

⁴⁷⁹*Id. Ibid.* p. 721-722.

Nessa linha de entendimento, destacam-se os julgamentos do Recurso Extraordinário nº 344.133⁴⁸⁰, da lavra do Min. Marco Aurélio Mello, julgado em 2008, e do Recurso Extraordinário nº 327.904⁴⁸¹, julgado em 2006, sob a relatoria do Min. Carlos Ayres Britto, ambos apreciados pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Adotando, ainda, a tese da impossibilidade de responsabilização direta do agente público, em julgamento monocrático, a Min. Cármen Lúcia negou seguimento ao Recurso Extraordinário nº 601.104, extinguindo sem julgamento de mérito ação proposta diretamente em face do servidor causador do dano.

Destaca-se que o fundamento para tais julgados é que a norma insculpida no art. 37, §6º da Carta Republicana de 1988 encerra o princípio da impessoalidade da Administração Pública, por meio do qual se garante a resposta do Estado em virtude dos danos causados pelos seus agentes e, ao mesmo tempo, se garante a isenção do agente público em face de terceiros, resguardada a ação de regresso e a responsabilização administrativa pelos danos causados.

Tal fundamento, alias, deriva da aplicação, no âmbito da Administração brasileira, da teoria do órgão público. Para tal teoria, Estado e agente, na prática de atos do Poder, não se bipartem. Consideram-se como um só, de modo que sua relação é orgânica: confundem-se, pois sua relação não é externa – como na representação ou no mandato –, mas interna, relativa

⁴⁸⁰RESPONSABILIDADE - SEARA PÚBLICA - ATO DE SERVIÇO - LEGITIMAÇÃO PASSIVA.

Consoante dispõe o § 6º do artigo 37 da Carta Federal, respondem as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, descabendo concluir pela legitimação passiva concorrente do agente, inconfundível e incompatível com a previsão constitucional de ressarcimento - direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (RE 344133, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 09/09/2008, DJe-216 DIVULG 13-11-2008 PUBLIC 14-11-2008 EMENT VOL-02341-05 PP-00901 RTJ VOL-00207-03 PP-01203) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 344.133*. Relator Min. Marco Aurélio Mello. DJe-216, de 14 de novembro de 2008)

⁴⁸¹EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA MAGNA CARTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. AGENTE PÚBLICO (EX-PREFEITO). PRÁTICA DE ATO PRÓPRIO DA FUNÇÃO. DECRETO DE INTERVENÇÃO. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

(RE 327904, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 15/08/2006, DJ 08-09-2006 PP-00043 EMENT VOL-02246-03 PP-00454 RTJ VOL-00200-01 PP-00162 RNDJ v. 8, n. 86, 2007, p. 75-78) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 327.904*. Relator Min. Carlos Ayres Britto. DJ de 08 de setembro de 2006)

à identidade entre agente e ente público⁴⁸². Desse modo, a relação que se observa entre o Estado e seus agentes é de *imputação*. Imputam-se os atos praticados pelo agente público ao Estado, de modo que, numa hipótese de abuso de autoridade, pelo menos para fins de responsabilidade civil, o Estado agiu de forma abusiva, devendo, pois, arcar com os ônus da reparação dos danos⁴⁸³.

O regresso em face do servidor público, por seu turno, decorre da relação entre o ente público e seus agentes, assim como sua responsabilidade administrativa, que reafirma a higidez e legalidade da Administração.

4.4. A RESPONSABILIDADE PENAL

Já no art. 6º, §§3º a 5º da Lei nº 4.898/65, o legislador previu as espécies de sanção penal aplicáveis na forma da regulação que lhe foi dada pelo Código Penal brasileiro. Logo mais adiante, a partir do art. 12, previu-se na referida Lei um procedimento especial para o processamento da ação penal em virtude de crimes de abuso de autoridade. Revela-se, assim, em face da regulação mais específica dada pelo legislador à tutela penal – notadamente se comparada à remissão que se faz, na esfera administrativa e civil, para os institutos e procedimentos regulares –, que foi dada primazia à proteção por esse ramo do direito, tendo em vista a gravidade da conduta e o conteúdo punitivo da sanção penal. Tipificadas as condutas e cominadas as penas para os atos de abuso de autoridade, pode-se conceituá-los como crime, garantindo uma tutela mais adequada do bem jurídico em jogo⁴⁸⁴ – ainda que não se verifique uma proteção efetiva, especialmente em face das penas aplicadas para a proteção de outros bens jurídicos.

4.4.1. Tipos penais – Art. 3º e 4º

Os tipos penais do crime de abuso de autoridade foram previstos nos art. 3º e 4º da Lei nº 4.898/65. Os crimes do art. 3º são mais abertos, relacionados a atentados às liberdades e direitos fundamentais ali descritos. Por se tratar de crimes de atentado, não admitem tentativa – ou, melhor, têm sua consumação antecipada⁴⁸⁵. As hipóteses previstas no art. 4º, por sua vez, são mais específicas, de modo que são consideradas especiais em relação às do

⁴⁸²MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.* p. 1016.

⁴⁸³*Id. Ibid.* p. 1016.

⁴⁸⁴*Diário do Congresso Nacional* de 10.10.1957, p. 8.148 *apud* FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS Vladimir Passos de. *Op. Cit.* p. 17-18.

⁴⁸⁵MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Op. Cit.* p. 26.

dispositivo antecedente. Nesses casos, em tese, é possível a tentativa – salvo nas hipóteses de omissão⁴⁸⁶.

É possível, ainda, o concurso entre os crimes de abuso de autoridade. Acaso se trate de duas ou mais condutas caracterizadas como abuso de autoridade praticadas por uma só ação ou omissão, ter-se-á o caso de concurso formal de delitos⁴⁸⁷. Acaso se trate, contudo, de relação entre crime previsto na Lei de Abuso de Autoridade e outro delito do Código Penal ou de legislação especial, será a hipótese de concurso material – como é o caso do concurso entre o abuso de autoridade e a lesão corporal⁴⁸⁸.

Importa, nesse ponto do trabalho, avaliar individualmente os tipos penais, verificando o âmbito de proteção que cada um deles garante às liberdades, à cidadania e ao Estado Democrático de Direito.

4.4.1.1. Tipos previstos no artigo 3º da Lei nº 4.898/65 – atentados gerais às liberdades públicas

Como visto, os tipos previstos no art. 3º da Lei de Abuso de Autoridade encerram atentados aos direitos fundamentais. Trata-se de tipos abertos, que não prescrevem condutas de forma pormenorizada. Cabe, portanto, à doutrina a especificação da amplitude da proteção de cada uma das espécies de atentado aos direitos e garantias do homem previstas na Lei.

4.4.1.1.1. Atentado à liberdade de locomoção (art. 3º, a)

O direito à liberdade de locomoção está previsto no art. 5º, XV da Constituição Federal⁴⁸⁹, assegurando a todos o direito de trânsito no território nacional. Conforme observa Fábio Ramazzini Bechara, a amplitude da liberdade de locomoção abrange o direito de ingresso, saída, permanência e deslocamento no território brasileiro, garantido a qualquer indivíduo que tenha nele ingressado legalmente⁴⁹⁰.

Referido direito configura espécie de norma constitucional de eficácia contida (ou restringível)⁴⁹¹, de modo que a legislação ordinária, nos termos do art. 5º, II da Carta

⁴⁸⁶MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Op. Cit.*. p. 26.

⁴⁸⁷ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Op. Cit.*. p. 207.

⁴⁸⁸*Id. Ibid.*.p. 208.

⁴⁸⁹Art. 5º, XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

⁴⁹⁰BECHARA, Fábio Ramazzini. *Legislação penal especial*. 3 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 28.

⁴⁹¹A respeito da eficácia das normas constitucionais, a chamada norma de eficácia contida ou restringível é aquela que, embora tenha eficácia plena diretamente garantida pelo texto constitucional, poderá ter sua

Republicana, poderá impor restrições legítimas decorrentes da necessidade de ordenação, do poder de polícia, da proteção a outros direitos fundamentais, entre outras hipóteses constitucionalmente aceitas⁴⁹².

Tais restrições, contudo, devem respeitar a proporcionalidade e somente poderão ser levadas a cabo dentro dos limites da lei, e observadas as formalidades de cada caso. Fica, portanto, vedado a autoridade restringir a livre locomoção e acesso dos indivíduos a quaisquer locais dentro do território nacional quando não haja fundamento legal. A exemplo, pode-se citar a condução de indivíduo pela polícia e sua manutenção em estabelecimento para interrogatório por tempo indeterminado⁴⁹³.

4.4.1.1.2. Atentado à inviolabilidade do domicílio (art. 3º, b)

Embora não haja previsão expressa do conceito de domicílio no art. 5º, XI da Constituição Federal⁴⁹⁴, é uníssono o entendimento de que sua abrangência é muito maior que aquela do direito privado. Nesse passo, não se exige, como no direito civil, o *animus* de permanência⁴⁹⁵. É dizer, a habitação transitória, seja qual for sua destinação, desde que fechada ao público, goza da proteção constitucional, já que o domicílio se protege como prolongamento da proteção à pessoa⁴⁹⁶.

Ademais, o Código Penal cuidou de tratar a matéria. Dessa forma, segundo dispõe seu art. 150, §§4º e 5º⁴⁹⁷, a proteção se estende a qualquer compartimento habitado, ainda que de

amplitude restringida ou condicionada (contida) pela lei, ou, ainda, por ato judicial. (SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p 147; SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 4.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 63)

⁴⁹²BECHARA, Fábio Ramazzini. *Op. Cit.* p. 28.

⁴⁹³FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS Vladimir Passos de. *Op. Cit.* p. 29-30.

⁴⁹⁴Art. 5º, XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

⁴⁹⁵BECHARA, Fábio Ramazzini. *Op. Cit.* p. 29; FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS Vladimir Passos de. *Op. Cit.* p. 32.

⁴⁹⁶FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS Vladimir Passos de. *Op. Cit.* p. 31-32.

⁴⁹⁷§ 4º - A expressão "casa" compreende:

I - qualquer compartimento habitado;

II - aposento ocupado de habitação coletiva;

III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

§ 5º - Não se compreendem na expressão "casa":

I - hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n.º II do parágrafo anterior;

II - taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero.

habitação coletiva, seja sua destinação doméstica ou profissional, excluindo-se apenas os estabelecimentos abertos ao público enquanto o estiverem⁴⁹⁸.

Deve-se destacar, ainda, que a inviolabilidade do domicílio é bem mais específica que a liberdade de locomoção, uma vez que o texto constitucional é preciso em definir as exceções admissíveis, não deixando para o legislador qualquer liberdade para restringir o direito além daquilo já previsto na Constituição⁴⁹⁹. Nesse passo, a norma é clara em definir que apenas será admissível o ingresso em residência alheia sem o devido consentimento nas hipóteses de (1) flagrante delito; (2) desastre; (3) prestação de socorro; (4) determinação judicial, desde que durante o dia.

Acaso o ingresso se dê sem o consentimento do morador e fora dos casos expressamente previstos na Constituição, estará tipificado o crime de violação de domicílio, previsto no art. 150 do Código Penal. Acaso se trate, contudo, de crime praticado por autoridade pública, no exercício de suas funções, será o caso de aplicar também a hipótese especial de abuso de autoridade prevista no art. 3º, b da Lei nº 4.898/65⁵⁰⁰.

Por fim, importa destacar que, da mesma forma que se observa no crime de violação de correspondência, o atentado à inviolabilidade do domicílio somente será punido quando não for meio para a prática de outro delito. Desse modo, acaso se trate de ingresso irregular de agente público no exercício de suas funções em residência alheia sem consentimento do morador para a prática de outro delito – seja ele uma outra forma de abuso de autoridade, como uma prisão ilegal; seja um crime previsto em outra norma penal, como homicídio, furto, tráfico de drogas, etc. –, configurar-se-á a tipicidade deste último, sendo o abuso por atentado à inviolabilidade do domicílio absorvido, numa clássica hipótese de aplicação do princípio da consunção⁵⁰¹.

4.4.1.1.3. Atentado ao sigilo da correspondência (art. 3º, c)

O sigilo das correspondências foi protegido pelo art. 5º, XI da Constituição da República⁵⁰² e representa verdadeira expressão da garantia à intimidade e à vida privada. Trata-se de

⁴⁹⁸FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS Vladimir Passos de. *Op. Cit.*. p. 32-33.

⁴⁹⁹BECHARA, Fábio Ramazzini. *Op. Cit.*. p. 29.

⁵⁰⁰BECHARA, Fábio Ramazzini. *Op. Cit.*. p. 29.

⁵⁰¹FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS Vladimir Passos de. *Op. Cit.*. p. 38.

⁵⁰²Art. 5º, XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

preservação das informações escritas, como meio de proteção ao segredo, à intimidade e à privacidade das pessoas⁵⁰³. Registre-se que a proteção não se restringe à correspondência escrita, estendendo-se a outras espécies de transmissão de dados e informações, seja de forma escrita, telegráfica ou telefônica⁵⁰⁴.

Indiscutível, contudo, que a violação pressupõe a devassa. É dizer, a proteção recai sobre a correspondência fechada; ou, tratando-se de outra forma de comunicação, pressupõe-se que se trate de meio privado de transmissão de informações. Desse modo, uma vez que se tenha aberto a carta ou exposto o diálogo, não se resguarda o segredo já revelado⁵⁰⁵.

Trata-se, também aqui, de norma de eficácia restringível, porquanto se delegou ao legislador a competência de regulamentar os meios pelos quais se poderia restringir o direito ao sigilo. Isso porque, naturalmente, o sigilo de correspondência não é direito absoluto, de modo que, dentro dos limites da proporcionalidade, a lei poderá permitir o acesso da Justiça ao conteúdo das comunicações, sempre mediante controle judicial⁵⁰⁶. Nesse passo, destaca-se a hipótese de devassa prevista no art. 41, parágrafo único da Lei de Execuções Penais⁵⁰⁷, que permite a devassa de correspondência escrita do preso em hipóteses devidamente justificadas e fundamentadas por decisão da autoridade competente⁵⁰⁸.

Doutra ponta, a Lei nº 9.296/96, que dispõe sobre as interceptações telefônicas, estabelece critérios para o que se chama usualmente de “quebra de sigilo”, configurada nas situações em que haja fundamento para restringir o referido direito, mediante ordem judicial, como meio de obter informações necessárias para a repressão de ilícitos e responsabilização penal de infratores⁵⁰⁹.

A possibilidade de restrição desse direito, aliás, deriva da própria natureza principiológica dos direitos fundamentais. Como já ressaltado alhures, não se admite, na ordem jurídica brasileira,

⁵⁰³BECHARA, Fábio Ramazzini. *Op. Cit.* p. 30.

⁵⁰⁴FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS Vladimir Passos de. *Op. Cit.* p. 39.

⁵⁰⁵FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS Vladimir Passos de. *Op. Cit.* p. 40; BECHARA, Fábio Ramazzini. *Op. Cit.* p. 30.

⁵⁰⁶FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS Vladimir Passos de. *Op. Cit.* p. 40-41; BECHARA, Fábio Ramazzini. *Op. Cit.* p. 30.

⁵⁰⁷Art. 41 - Constituem direitos do preso:

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

⁵⁰⁸FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS Vladimir Passos de. *Op. Cit.* p. 41-42; BECHARA, Fábio Ramazzini. *Op. Cit.* p. 30.

⁵⁰⁹FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS Vladimir Passos de. *Op. Cit.* p. 43; BECHARA, Fábio Ramazzini. *Op. Cit.* p. 30.

direitos de caráter absoluto, de modo que o conflito entre direitos fundamentais reclama a ponderação de interesses no caso concreto para tutela proporcional. Destarte, destaca-se a lei como baliza de procedimentalização da restringibilidade dos direitos fundamentais, permitindo que o intérprete e aplicador do direito, no caso concreto, possa dar às normas o contorno mais proporcional para a devida proteção dos interesses em jogo.

Fora das hipóteses legais de restrição legítima do direito ao sigilo de correspondência, contudo, qualquer intervenção será ilícita, configurando o crime previsto no art. 3º, c da Lei de Abuso de Autoridade.

4.4.1.1.4. Atentado à liberdade de consciência e de crença (art. 3º, d) e ao livre exercício do culto religioso (art. 3º, e)

A Constituição Federal assegura, em seu art. 5º, VI⁵¹⁰, a liberdade de consciência, de crença e de culto religioso. Nesse passo, dividem-se, de um lado, a consciência e a crença, de caráter psicológico, embora neles se insira a expressão pública do pensamento; e, de outro, o culto religioso, entendido como a exteriorização material da crença religiosa⁵¹¹.

Naturalmente, também nesse ponto, há de se ressaltar que tais liberdades, como os demais direitos fundamentais, não assumem caráter absoluto, admitindo-se sua restrição por meio da lei e de atos materiais. Ainda quando se trate da consciência e crença, direitos com contornos predominantemente psicológicos e, portanto, ordinariamente infensos ao controle estatal, situações há em que a manifestação da crença positiva ou negativa poderá violar direitos de terceiros, ainda que não se configure um culto efetivo. Nesse passo, hipóteses em que a manifestação da crença religiosa exponha o indivíduo a situações degradantes permitiriam a intervenção do Estado para proteger sua dignidade⁵¹².

Ademais, no que diz respeito ao culto religioso, deverá esse obedecer às normas fixadas para o convívio social, exigindo-se das pessoas que se associam para fins religiosos o respeito à liberdade alheia, de modo que se pode configurar, inclusive, constrangimento ilegal, lesão corporal ou até crime ambiental, sem que se possa sustentar excesso no controle estatal.

Nesse passo, ressalvadas as hipóteses de necessidade de intervenção estatal para assegurar a vida, a incolumidade física, a liberdade e o patrimônio das pessoas, a ordem pública ou o

⁵¹⁰Art. 5º, VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

⁵¹¹SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Op. Cit.* p. 498-500.

⁵¹²BECHARA, Fábio Ramazzini. *Op. Cit.* p. 31.

meio ambiente, qualquer embaraço à liberdade de consciência, crença e culto religioso importa em crime de abuso de autoridade, consoante previsão do art. 3º, c e d da Lei nº 4.898/65.

4.4.1.1.5. *Atentado à liberdade de associação (art. 3º, f) e ao direito de reunião (art. 3º, h)*

Os direitos de associação, previsto no art. 5º, XVII a XX⁵¹³, e de reunião, cristalizado no art. 5º, XVI⁵¹⁴, todos da Constituição Federal, garantem aos indivíduos a reunião para fins pacíficos e a associação com finalidade lícita, respeitados os critérios definidos pelo próprio texto constitucional.

Nesse contexto, podem os indivíduos associar-se para fins civis, sindicais, profissionais ou políticos, desde que não se configure grupo paramilitar. Não se lhes poderá exigir autorização, ressalvada a necessidade de registro e formalização da entidade. Ademais, fica vedado qualquer embaraço a seu funcionamento pelo poder público, também assegurada a liberdade de associar-se ou não, bem como de permanecer ou não associado⁵¹⁵.

Os requisitos definidos para a garantia do direito de reunião, por sua vez, incluem a vedação à utilização de armas, de modo que se exige o fim pacífico dos indivíduos reunidos em locais públicos – a reunião em local privado, desde que para fins lícitos, está protegida pela inviolabilidade do domicílio. Também não se lhes exige a autorização, desde que tenha sido a reunião previamente comunicada à autoridade competente e que não se frustrasse outro evento já designado para mesmo local, data e horário. É dizer, impõe-se ao grupo apenas que se ordene a fim de que o exercício de seu direito não prejudique direito alheio, motivo que justifica a exigência de aviso prévio⁵¹⁶.

⁵¹³Art. 5º, XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar; XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independentem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento; XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado; XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado; XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

⁵¹⁴Art. 5º, XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

⁵¹⁵SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Op. Cit.* p. 485.

⁵¹⁶*Id. Ibid.* p. 485.

Desse modo, reserva-se ao poder público a intervenção nas associações de caráter paramilitar, bem como naquelas que tenham como fundamento a prática de ilícitos. Bem assim, não estão infensas ao controle estatal as reuniões para fins não pacíficos ou aquelas em que se verifique o uso de armas ou congêneres. É dizer, cabe ao Estado tutelar de forma regular a segurança pública, de modo a coibir práticas ilícitas perpetradas por grupos de pessoas.

Não se lhe permite, contudo, a intervenção quando se trate de união de indivíduos para fins lícitos e pacíficos, sob pena de ofensa não somente a liberdade dos indivíduos, mas de prejuízo direto à pluralidade essencial à conformação dos estados democráticos. Os direitos de associação e reunião, pois, inserem-se na noção de pluralidade política – pluralidade na *polis* – já tratada neste trabalho, de modo que qualquer embaraço ao funcionamento das associações ou à reunião de pessoas configura entrave à democracia e, portanto, crime de abuso de autoridade previsto no art. 3º, f e h da Lei nº 4.898/65⁵¹⁷.

4.4.1.1.6. *Atentado aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto (art. 3º, g)*

O direito ao *voto direto, secreto, universal e periódico*, regulado pelo art. 14 da Constituição Federal⁵¹⁸, configura, no Brasil, um verdadeiro poder-dever decorrente do regime democrático e da cidadania, a ponto de ser considerado cláusula pétrea constitucional, não se admitindo sua supressão ou restrição mesmo que pelo Poder Constituinte derivado⁵¹⁹. Verifica-se, pois, que o direito ao voto, que, neste país, é garantido a todos em regime de sufrágio universal, configura efetiva e principal expressão da soberania popular, fundamento da democracia.

Aliás, como já se viu anteriormente neste trabalho, a noção de democracia não prescinde da garantia do “*one man, one vote*”, que, além de consistir na base do princípio democrático majoritário, é a expressão mais simples da igualdade, uma vez que, ao menos para os fins de eleger os representantes no poder, todos os homens e mulheres representam a mesma unidade.

⁵¹⁷FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS Vladimir Passos de. *Op. Cit.* p. 47-49; BECHARA, Fábio Ramazzini. *Op. Cit.* p. 31-34.

⁵¹⁸Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.

§ 1º - O alistamento eleitoral e o voto são:

I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos;

⁵¹⁹Art. 60, § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

Nessa esteira, consoante observa Fábio Ramazzini Bechara, constitui abuso de autoridade o atentado contra qualquer dos atributos do direito ao voto, que, no Brasil, tem as características de “personalidade, obrigatoriedade formal, liberdade, sigilo, periodicidade e igualdade”⁵²⁰.

Há de se destacar, contudo, que a legislação específica trata da responsabilidade penal em matéria eleitoral, definindo-se os crimes eleitorais em diversas leis e, de modo mais concentrado, no Código Eleitoral. Apesar da existência de legislação eleitoral própria, contudo, segundo magistério de Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas, a previsão inserta no art. 3º, g da Lei nº 4.898/65 tem caráter geral e amplo, aplicando-se ali onde não haja previsão expressa de tipo penal na legislação específica, mas, ainda assim, se verifique hipótese de atentado ao direito de voto⁵²¹. Há de se registrar, ainda, que, tendo em vista o fato de que o direito ao sufrágio não se restringe ao voto popular, mas também abrange as votações internas das casas legislativas, a previsão do citado tipo penal tem amplitude que vai além do Código Eleitoral⁵²². Funciona, pois, a Lei de Abuso de Autoridade como norma subsidiária das demais hipóteses de criminalização nesse campo.

Deve-se destacar nesse tópico, a título de ilustração da desproporcionalidade de tratamento dada pelo legislador às hipóteses de abuso de autoridade – tema que novamente se tratará de modo mais detido e aprofundado logo mais adiante –, a necessária comparação entre os tipos da Lei de Abuso de Autoridade e alguns crimes previstos no Código Eleitoral (art. 299 a 301)⁵²³.

⁵²⁰BECHARA, Fábio Ramazzini. *Op. Cit.*, p. 31.

⁵²¹FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS Vladimir Passos de. *Op. Cit.*, p. 51.

⁵²²BECHARA, Fábio Ramazzini. *Op. Cit.*, p. 31.

⁵²³Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 4.898/65)

Art. 6º, § 3º A sanção penal será aplicada de acordo com as regras dos artigos 42 a 56 do Código Penal e consistirá em:

a) multa de cem a cinco mil cruzeiros;
 b) detenção por dez dias a seis meses;
 c) perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo até três anos.
 Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65)

Art. 299. Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita:

Pena - reclusão até quatro anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa.

Art. 300. Valer-se o servidor público da sua autoridade para coagir alguém a votar ou não votar em determinado candidato ou partido:

Pena - detenção até seis meses e pagamento de 60 a 100 dias-multa.

Parágrafo único. Se o agente é membro ou funcionário da Justiça Eleitoral e comete o crime prevalecendo-se do cargo a pena é agravada.

Art. 301. Usar de violência ou grave ameaça para coagir alguém a votar, ou não votar, em determinado candidato ou partido, ainda que os fins visados não sejam conseguidos:

Pena - reclusão até quatro anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa.

Em todas as situações ora estudadas da legislação especial, percebe-se que as condutas tipificadas, embora distintas, estão orientadas para um mesmo fim; é dizer, exige-se dolo específico do agente de induzir o voto do eleitor. Dispensa-se a obtenção do resultado em todos os casos, configurando hipóteses de crimes formais. De qualquer sorte, a conduta se orienta em sentido único.

Nesse passo, o legislador eleitoral, tipificando as condutas em 1965 (mesmo ano da edição da Lei de Abuso de Autoridade), cominou pena privativa de liberdade de reclusão, até quatro anos, para as condutas de “Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem” (art. 299, CE) e “usar de violência ou grave ameaça” (art. 301, CE). Para a conduta consistente em “valer-se o servidor público da sua autoridade” (art. 300, CE), cominou a pena de *detenção até seis meses*, prevendo apenas uma agravante de ser o agente “membro ou funcionário da Justiça Eleitoral” – registre-se que as agravantes não aumentam a pena além do máximo legal.

Verifica-se, pois, que, tratando-se de mesmo objetivo – o atentado ao direito de voto – a Lei especial reprimiu com reclusão de até quatro anos a utilização dos meios “violência ou grave ameaça” e “corrupção”; quanto ao “abuso de autoridade”, contudo, a reprimenda escolhida foi a *detenção até seis meses*. Nota-se, assim, evidente desproporcionalidade entre os bens jurídicos protegidos pela lei quando valora os meios de execução. O constrangimento por corrupção, ainda que analisado apenas na ótica do corruptor – e não do ponto de vista do eleitor – é valorado como muito mais grave que o abuso de autoridade. Veja-se que o resultado é o mesmo – ainda que seja ele dispensado, tendo-se em conta apenas o *animus* do agente –, apenas se alterando o meio de execução.

Na mesma linha, a valoração da utilização da violência e grave ameaça, ainda que se possa defender maior gravidade em face do vilipêndio à dignidade pessoal, é reprimida com pena de grau superior e oito vezes maior que o abuso do poder que foi confiado pelo Estado ao agente público. Trata-se, assim, de um caso visível de desproporcionalidade ordinal, tendo em vista a violação ao critério de distanciamento das penas – ainda que seja mais grave a conduta de utilização de violência ou grave ameaça à pessoa, não se justifica uma discrepância tamanha no seu tratamento penal quando comparada ao abuso de autoridade.

Da análise que se fez, percebe-se que o legislador de 1965 não valorou adequadamente o abuso de autoridade, uma vez que não entendeu suficientemente gravosa a conduta de coagir o eleitor a votar desta ou daquela forma por meio de abuso do poder de que foi investida a

autoridade pública na condução do processo mais importante que se pode conceber numa democracia: o processo eleitoral.

4.4.1.1.7. *Atentado à incolumidade física do indivíduo (art. 3º, i)*

Não há previsão específica na Constituição brasileira de garantia do direito à “incolumidade física” ou à “integridade física” do indivíduo – somente se garante expressamente a integridade física do preso, consoante dispõe o art. 5º, XLIX⁵²⁴. Isso não significa, obviamente, que a integridade física dos demais indivíduos não seja protegida. Ao revés, ela resulta do sistema de proteção aos direitos fundamentais. Resulta, inicialmente, do princípio do Estado de Direito, uma vez que a ausência de proteção à incolumidade física significaria verdadeiro estado de barbárie.

Ademais, a tutela da integridade do indivíduo deriva da dignidade da pessoa humana⁵²⁵, da proteção aos direitos humanos⁵²⁶, do direito à vida e à segurança⁵²⁷, da proibição à tortura e ao tratamento desumano ou degradante⁵²⁸, do direito à saúde⁵²⁹, entre outros direitos que lhe dão suporte. A integridade física, aliás, é pressuposto sem o qual poucos direitos poderão ser exercidos, de modo que tem fundamento na própria noção de existência humana e proteção do indivíduo.

Naturalmente, o direito à incolumidade física pode sofrer limitações legítimas quando sua restrição for necessária ao controle da ação do indivíduo, impedindo-o de violar direitos próprios ou alheios. É dizer, o uso proporcional da violência pode ser admitido legitimamente em determinadas situações, a exemplo das discriminantes excludentes de ilicitude⁵³⁰. Exige-

⁵²⁴ Art. 5º, XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

⁵²⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

⁵²⁶ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

II - prevalência dos direitos humanos;

⁵²⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

⁵²⁸ Art. 5º, III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

⁵²⁹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

⁵³⁰ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Op. Cit.*, p. 32-33.

se, contudo, da autoridade que tenha sido obrigada ao uso da força para o exercício de suas funções, bem assim que a utilize moderadamente, é dizer, no limite da necessidade⁵³¹.

Nesse passo, verifica-se que o uso da violência em medida desnecessária configura a hipótese de abuso de autoridade por atentado à incolumidade física do indivíduo, ainda que não se possa tipificar lesão corporal. Aliás, em casos de ocorrência de lesão corporal, caracteriza-se o concurso material dos delitos previstos no Código Penal e na Lei de Abuso de Autoridade.

Apesar de haver dissenso doutrinário acerca da configuração do concurso formal ou material em virtude da prática, a um só tempo, da lesão corporal e do abuso de autoridade, tem-se considerado o crime previsto no art. 3º, I da Lei nº 4.898/65 hipótese autônoma, que protege bem jurídico independente, sendo o caso, pois, da aplicação da regra do cúmulo material de infrações⁵³². Note-se que esse entendimento se consolidou no Supremo Tribunal Federal⁵³³ na década de 1980 e, hoje, predomina na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁵³⁴, ao

⁵³¹FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS Vladimir Passos de. *Op. Cit.* p. 55.

⁵³²*Id. Ibid.* p. 56.

⁵³³LESÕES CORPORAIS E ABUSO DE AUTORIDADE. SE O AGENTE, ALÉM DO CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE (ART-3.. LETRA "I", DA LEI 4898, DE 9.12.1965) TAMBÉM PRATICAR LESÕES CORPORAIS NA VÍTIMA, APLICAR-SE-A A REGRA DO CONCURSO MATERIAL. NÃO CONSTITUI CONSTRANGIMENTO ILEGAL A DESCONSIDERAÇÃO DE DECRETOS CONCESSIVOS DE INDULTO, SEM A VERIFICAÇÃO DOS SEUS PRESSUPOSTOS FATICOS, EMBORA SÓ O RÉU TENHA RECORRIDO. H C INDEFERIDO.

(HC 59403, Relator(a): Min. CORDEIRO GUERRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/03/1982, DJ 23-04-1982 PP-03668 EMENT VOL-01251-01 PP-00108 RTJ VOL-00101-02 PP-00595)

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 59.403*. Relator Min. Cordeiro Guerra. DJ de 23 de abril de 1982)

⁵³⁴DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. CONCURSO MATERIAL ENTRE LESÃO CORPORAL E ABUSO DE AUTORIDADE. POSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE DIVERGÊNCIA. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. ALEGAÇÃO DE NECESSIDADE DE REDUÇÃO DA PENA DE MULTA NO SEU VALOR UNITÁRIO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. [omissis]

2. Ademais, mesmo pela alínea "a" não mereceria melhor acolhida.

"Saliente-se, por último, que a Lei nº 4.898/65, cuidando da questão referente ao abuso de autoridade, definiu, caso a caso, as sanções administrativa, civil e penal aplicáveis de acordo com a gravidade do abuso cometido. Desta forma, o abuso de autoridade passou a ser punido independentemente de responder o agente, em concurso material, por outros delitos que da sua ação resultar. In casu, a r. sentença se apóia em prova amplamente satisfatória de que o recorrente cometeu abuso de autoridade, de vez que atentou contra a incolumidade física da vítima, assim como praticou lesões corporais, por haver-lhe efetivamente ofendido a integridade corporal, e sendo ambos os crimes dolosos, resultando de desígnios autônomos, aplica-se a regra do concurso material".

3. [omissis]

4. [omissis]

5. Agravo a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 781.957/RS, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 01/07/2008, DJe 12/08/2008)

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 781.957*. Relatora Des. Convocada Jane Silva. DJe de 12 de agosto de 2008)

PROCESSUAL PENAL - NOVA DEFINIÇÃO JURIDICA AOS FATOS - NULIDADE INEXISTENTE - CONCURSO MATERIAL - ABUSO DE AUTORIDADE E LESÕES CORPORAIS.

fundamento de que haveria desígnios autônomos e que a punição da Lei de Abuso de Autoridade teria fundamento diverso, de modo que a reprimenda deveria ser independente.

Na mesma linha e ao mesmo fundamento, Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas entendem ser cabível o concurso material entre os crimes de abuso de autoridade por atentado à incolumidade pública e tortura, mesmo porque a condição de agente público não é pressuposto para a configuração dos crimes previstos na Lei nº 9.455/97, figurando apenas como causa especial de aumento de pena⁵³⁵.

4.4.1.1.8. Atentado aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional (art. 3º, j)

A liberdade de exercício profissional está prevista na Constituição Federal, em seu art. 5º, XIII⁵³⁶. A hipótese em tela de tipificação do delito de abuso de autoridade encerra proteção legal à liberdade de exercício profissional. É dizer, protegem-se as garantias que a lei trouxer para o exercício da profissão. Nesse passo, tutelam-se as prerrogativas conferidas pela lei ao profissional com o objetivo de permitir-lhe o livre exercício de seu ofício⁵³⁷. Conclui-se, portanto, que a ofensa infundada às prerrogativas garantidas por lei ao exercício profissional configura abuso de autoridade, desde que se identifique o dolo do agente público em conspurcar o direito do profissional⁵³⁸.

4.4.1.2. Tipos previstos no artigo 4º da Lei nº 4.898/65 – tipos especiais de violação a direitos fundamentais

Os tipos do art. 4º, por seu turno, são bem mais específicos e referem-se a condutas descritas de forma mais pormenorizada. É dizer, não se trata da tipificação de quaisquer atentados contra os direitos e garantias constitucionalmente protegidos. Apesar de ser visível a proteção

- DESCRREVENDO A DENUNCIA FATOS TIPICOS PENAIIS, PODE O JUIZ, EM OBSERVANCIA A ESTES, DAR-LHES OUTRA CLASSIFICAÇÃO JURIDICA, NA FORMA DO QUE ESTABELECE O ART. 383, DO CPP, SEM QUE TAL PROCEDIMENTO ACARRETE NULIDADE A SENTENÇA.

- SE O AGENTE AGE COM ABUSO DE AUTORIDADE, E CAUSA LESÕES CORPORAIIS NA VITIMA, E APLICAVEL A REGRA DO CONCURSO MATERIAL.

- RECURSO NÃO CONHECIDO.

(REsp 12.614/MT, Rel. Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, julgado em 24/06/1992, DJ 17/08/1992, p. 12507)

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 12.614*. Relator Min. Cid Flaquer Scartenzzini. DJE de 24 de junho de 1992)

⁵³⁵FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS Vladimir Passos de. *Op. Cit.* p. 58.

⁵³⁶Art. 5º, XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

⁵³⁷BECHARA, Fábio Ramazzini. *Op. Cit.* p. 33.

⁵³⁸FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS Vladimir Passos de. *Op. Cit.* p. 59-60.

das liberdades públicas e a tutela do princípio democrático, nesses crimes, o legislador foi mais preciso em exemplificar hipóteses de abuso de autoridade.

4.4.1.2.1. *Ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder (art. 4º, a)*

Preliminarmente, cabe ressaltar a coincidência exata desse dispositivo com aquele previsto no art. 350 do Código Penal brasileiro⁵³⁹, para o qual o legislador havia fixado pena de *detenção de um mês a um ano* – registre-se que a pena privativa de liberdade no crime de abuso de autoridade foi fixada em *detenção de dez dias a seis meses*. É dizer, tendo em vista o fato de ter sido a Lei de Abuso de Autoridade editada posteriormente ao Código Penal, verifica-se, aqui, hipótese de revogação tácita do dispositivo codificado, trazendo uma redução considerável da pena (*Lex mitior*)⁵⁴⁰.

Significa, portanto, que, a pretexto de proteger de forma mais efetiva a liberdade do indivíduo, a lei em estudo visivelmente melhorou a situação do agente público que tenha ilegalmente ordenado ou executado uma medida de privação de liberdade. Trata-se, pois, de mais um exemplo da desproporcionalidade da Lei nº 4.898/65 e da sua ineficiência em tutelar as liberdades e o princípio do Estado Democrático de Direito.

Ademais, há de se registrar que o tipo do art. 4º, a é especial em relação àquele previsto no art. 3º, a, uma vez que a ordem ou execução de prisão ilegal configura hipótese de atentado à liberdade ambulatoria. Naturalmente, é o caso de aplicação apenas deste dispositivo ora em exame, tendo em vista que aquele já estudado anteriormente, por sua natureza mais aberta, tem caráter de subsidiário. Inadmissível, obviamente, o concurso, seja formal ou material, sob pena de flagrante *bis in idem*⁵⁴¹.

Nesse contexto, a inobservância das formalidades legais e o abuso de poder, pressupostos da figura típica sob exame, se configuram quando não se respeitem as exigências procedimentais e materiais para a decretação da prisão e sua efetivação. Trata-se, pois, da conduta de ordenar

⁵³⁹ Art. 350 - Ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder:

Pena - detenção, de um mês a um ano.

⁵⁴⁰ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Op. Cit.*, p. 33.

⁵⁴¹ FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS Vladimir Passos de. *Op. Cit.*, p. 62.

prisão sem que estejam presentes os pressupostos legais; ou, ainda, de efetuar prisão sem que hajam sido satisfeitas as formalidades que a lei prevê⁵⁴².

4.4.1.2.2. *Submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei (art. 4º, b)*

Também essa hipótese já havia sido tratada pelo Código Penal, consoante redação do art. 350, Parágrafo único, III⁵⁴³, de modo que todas as observações sobre a revogação tácita em virtude da *Lex mitior* e da desproporcionalidade por visível ineficiência da tutela penal tratados no tópico anterior também se aplicam para a hipótese do art. 4º, b da Lei de Abuso de Autoridade.

De qualquer sorte, importa destacar que a vedação ao vexame e ao constrangimento desnecessário imposto ao preso decorre de proteção constitucional, seja pela consagração da tutela à dignidade humana, seja em virtude de diversos dispositivos insertos na declaração de direitos que protegem os indivíduos do tratamento desumano, degradante ou cruel⁵⁴⁴.

Ademais, tal proteção decorre diretamente do fato de que as restrições de direitos somente podem ser impostas ao preso em virtude de expressa disposição legal, não se admitindo que sejam submetidos a castigos não previstos na lei. Naturalmente, ausente a previsão legal de qualquer castigo que exceda às hipóteses constitucionalmente previstas para as penas, fica o executor da medida vedado ao exercício abusivo do poder por meio da imposição de situações constringedoras e vexatórias ao custodiado⁵⁴⁵.

Ademais, importa destacar, em comparação com as hipóteses de tortura previstas no art. 1º, II e §º1º da Lei nº 9.455/97⁵⁴⁶, que se trata de níveis diferentes de agressão e, portanto, de tutela penal. A configuração da tortura pressupõe a prática pelo agente de ato que submeta o

⁵⁴²BECHARA, Fábio Ramazzini. *Op. Cit.*, p. 34.

⁵⁴³ Art. 350, Parágrafo único - Na mesma pena incorre o funcionário que:

III - submete pessoa que está sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;

⁵⁴⁴Art. 5º, III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

XLVII - não haverá penas:

e) cruéis;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

⁵⁴⁵BECHARA, Fábio Ramazzini. *Op. Cit.*, p. 35.

⁵⁴⁶Art. 1º Constitui crime de tortura:

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

custodiado a intenso sofrimento físico ou moral. No caso do abuso de autoridade, basta que haja constrangimento ou vexame não previsto em lei para que a conduta se amolde ao tipo penal.

Vale ressaltar, por fim, que o Supremo Tribunal Federal, no contexto de edição da Súmula Vinculante nº 11⁵⁴⁷, bem como no julgamento do *Habeas Corpus* nº 91.952/SP⁵⁴⁸, entendeu configurar o crime de abuso de autoridade, pela previsão do art. 4º, a e b, o uso indevido e desnecessário de algemas na condução de presos, bem assim na sua permanência em locais de julgamento. Verifica-se, assim, que a jurisprudência da Corte Suprema tem considerado hipótese de abuso de autoridade a submissão de pessoa custodiada a vexame e constrangimento em virtude da imposição desnecessária ao uso de algemas.

4.4.1.2.3. *Deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa (art. 4º, c)*

Segundo dispõe o art. 5º, LXII da Constituição da República⁵⁴⁹, é obrigatória a comunicação imediata de qualquer prisão ao juiz competente. Referida norma tem o objetivo de garantir que o Poder Judiciário avalie a legalidade da constrição da liberdade do indivíduo, exercendo verdadeira função de fiscal da atividade policial. O prazo máximo para a execução da medida de comunicação, conforme fixado pelo Código de Processo Penal⁵⁵⁰, é de vinte e quatro horas. A norma adjetiva penal incluiu, ainda, a obrigatoriedade de comunicação da prisão ao Ministério Público e à Defensoria Pública, caso o conduzido não indique advogado.

⁵⁴⁷Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 11*. DJe nº 157 de 22 de agosto de 2008)

⁵⁴⁸Segundo se extrai do voto do Relator, Min. Marco Aurélio Mello: É hora de o supremo emitir entendimento sobre a matéria, inibindo uma série de abusos notados na atual quadra, tornando clara, até mesmo, a concreitude da lei reguladora do instituto do abuso de autoridade, considerado o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, para a qual os olhos em geral têm permanecido cerrados. A lei em comento – nº 4.898/65, editada em pleno regime de exceção -, no artigo 4º, enquadra como abuso de autoridade cecear a liberdade individual sem as formalidades legais ou com abuso de poder – alínea ‘a’ – e submeter pessoa sob guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado por lei – alínea ‘b’.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 91.952*. Rel. Min. Marco Aurélio Mello. DJe nº 241 de 18 de dezembro de 2008)

⁵⁴⁹Art. 5º, LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

⁵⁵⁰Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Fábio Ramazzini Bechara observa que, informado da prisão, seja ela em virtude de flagrante ou de ordem judicial, a autoridade judiciária avaliará sua legalidade, relaxando-a quando identificar qualquer irregularidade; jurisdiciando-a quando regular; e, caso identifique a possibilidade, concedendo ao preso a liberdade provisória⁵⁵¹. Acaso, contudo, não se encaminharem todas as peças necessárias ao convencimento do magistrado – comunicação deficiente, portanto –, deverá ser relaxada a prisão, uma vez que desatendido o comando constitucional. É dizer, a comunicação omissa ou defeituosa consiste em vício de forma do ato da prisão, impondo o relaxamento uma vez identificado o constrangimento ilegal⁵⁵².

O tipo do art. 4º, c da Lei de Abuso de Autoridade, portanto, tem natureza bastante objetiva, de modo que se configurará a tipicidade do crime em questão acaso não seja observada a formalidade exigida pela Constituição imediatamente, tendo por critério de obediência o prazo previsto pelo Código de Processo Penal, de vinte e quatro horas⁵⁵³.

4.4.1.2.4. Deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada (art. 4º, d)

Comunicada a prisão à autoridade, na forma descrita no tópico anterior, deverá o juiz avaliar sua legalidade e, identificando qualquer irregularidade, impõe-se o relaxamento. Como visto, o relaxamento é obrigatório em face da prisão ilegal, por disposição expressa da Constituição Federal – art. 5º, LXV⁵⁵⁴, seja ela comunicada pela autoridade condutora ou não. É dizer, o dever de relaxamento da prisão ilegal se impõe quer seja ela comunicada ao juiz, na forma já vista, quer tenha o magistrado dela tomado conhecimento de outra forma. É certo apenas que, tendo ciência da constrição ilegal, impõe-se ao juiz o dever de suprir a ilegalidade e devolver a liberdade ao indivíduo⁵⁵⁵.

A omissão do magistrado, nesse caso, configura crime de abuso de autoridade. Trata-se de crime omissivo próprio e personalíssimo – de mão própria –, que somente poderá ser praticado por juiz que tenha competência criminal. A tipicidade se configura com o deixar de agir, uma vez tendo o magistrado ciência da ilegalidade da prisão⁵⁵⁶. Ademais, importa destacar, o procedimento para o processamento das ações penais em que sejam réus agentes

⁵⁵¹BECHARA, Fábio Ramazzini. *Op. Cit.* p. 35/36.

⁵⁵²FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS Vladimir Passos de. *Op. Cit.* p. 75.

⁵⁵³BECHARA, Fábio Ramazzini. *Op. Cit.* p. 36.

⁵⁵⁴Art. 5º, LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

⁵⁵⁵BECHARA, Fábio Ramazzini. *Op. Cit.* p. 36.

⁵⁵⁶FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS Vladimir Passos de. *Op. Cit.* p. 78.

públicos denunciados pela prática do crime do art. 4º, d da Lei de Abuso de Autoridade será aquele definido na Lei nº 8.038/90 e não o da Lei nº 4.898/65, tendo em vista a prerrogativa de foro dos magistrados⁵⁵⁷.

4.4.1.2.5. Levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei (art. 4º, e)

É sabido que, tendo em vista a presunção de inocência e a garantia de liberdade provisória⁵⁵⁸, a regra – pelo menos em face da Constituição – é que o réu responda ao processo penal solto. Nesse passo, apenas nas estritas situações em que se admita a prisão preventiva – ou temporária –, poderá ser o indivíduo mantido preso. Nesse passo, a lei regula as hipóteses em que se permite a liberdade provisória com fiança – bem assim as demais cautelares penais, especialmente após a edição da Lei nº 12.403/11.

Tratando-se, pois, de direito subjetivo do acusado, dispondo-se ele à prestação de fiança, a sua negativa – seja pela autoridade policial ou pela judiciária – quando caracterizados seus pressupostos, configura crime de abuso de autoridade, nos termos do art. 4º, e da Lei nº 4.898/65. Dessa forma, verificada a omissão na fixação da fiança pela autoridade competente, configura-se o tipo penal em análise, bem como a ilegalidade da prisão, uma vez que violado direito fundamental do acusado, prescrito no texto constitucional⁵⁵⁹.

4.4.1.2.6. Cobrar o carcereiro ou agente de autoridade policial carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei, quer quanto à espécie quer quanto ao seu valor (art. 4º, f); recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem, custas, emolumentos ou de qualquer outra despesa (art. 4º, g)

Apesar de soar estranha a previsão de cobrança de “carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa” ao preso, referida prática era comum no início do século XX, quando se exigia o pagamento de despesas do indivíduo como condição de sua liberdade. Nesse passo, Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas apontam para a cobrança de

⁵⁵⁷BECHARA, Fábio Ramazzini. *Op. Cit.*, p. 36.

⁵⁵⁸Art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

⁵⁵⁹FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS Vladimir Passos de. *Op. Cit.*, p. 79.

valores a título de carceragem pelo estado de São Paulo, com a edição do Decreto-lei nº 4.405-A, de 17 de abril de 1928, que instituiu o Regulamento Policial daquele estado⁵⁶⁰. As normas que regulavam tal cobrança, contudo, foram revogadas em 1945, pelo Decreto-lei nº 15.381, de 27 de dezembro⁵⁶¹.

No ordenamento vigente, todavia, com a promulgação da Constituição Cidadã, sequer se pode imaginar a possibilidade de condicionamento da liberdade do indivíduo ao recolhimento de quaisquer despesas, por óbvia ofensa à dignidade humana e à liberdade ambulatoria. Dessa forma, havendo cobrança por parte do carcereiro, ou de quem lhe faça as vezes, de tais valores, configurar-se-á a tipicidade do art. 4º, f da Lei de Abuso de Autoridade, uma vez que não há qualquer previsão legal que lhe fundamente. Já a hipótese do art. 4º, g se tem por ineficaz, uma vez que não há lei que permita tal recolhimento⁵⁶² – ademais, os recolhimentos feitos à Fazenda Pública atualmente se processam pelo sistema bancário, de modo que não seria o caso de entrega de recibo.

4.4.1.2.7. O ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal (art. 4º, h)

Importante destacar que, no presente caso, pune-se por abuso de autoridade o ato lesivo de direito individual “quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal”. É dizer, a lei reconhece o fato de que o Estado, em determinadas situações, poderá intervir na esfera de direitos do indivíduo, restringindo sua liberdade e impondo gravame ao seu patrimônio ou à sua honra. Como se viu alhures, não se concebem os direitos fundamentais como absolutos, admitindo-se sua restrição quando houver razões que o justifiquem, desde que baseadas na preservação de outros direitos fundamentais.

Nesse passo, apenas se configurará a tipicidade do crime de abuso de autoridade descrito no art. 4º, h da Lei nº 4.898/65 quando referida restrição extrapolar a proporcionalidade, sendo

⁵⁶⁰Da carceragem

Artigo 382. - Nenhum preso será posto em liberdade, sem o pagamento da carceragem, que deverá ser cobrada em papel sellado, sempre que houver na collectoria, ou, na sua falta, em sellos do Estado, que serão collados no alvará e inutilizados pela autoridade ou pelo escrivão.

Artigo 383. - O preso que não tiver meios para o pagamento, ficará detido por mais dois dias.

Artigo 384. - Os presos soltos em virtude de «habeas corpus» não e tão sujeitos ao pagamento de carceragem.

⁵⁶¹Artigo 1.º - Ficam revogados os artigos 382, 383 e 384 do Decreto n.º 4.405-A, de 17 de abril de 1928, (Regulamento Policial do Estado), e demais disposições legais, gerais ou especiais, que exijam a cobrança de carceragem.

⁵⁶²FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS Vladimir Passos de. *Op. Cit.* p. 83; BECHARA, Fábio Ramazzini. *Op. Cit.* p. 37/38.

levada a cabo com abuso de poder, desvio de poder ou incompetência funcional. Referidos conceitos quem nos trás é a doutrina administrativista⁵⁶³. Destarte, Maria Sylvia Zanella Di Pietro distingue as três espécies de vício descritas pelo dispositivo em exame: a incompetência, como ausência absoluta de qualquer competência para a prática do ato, equivaleria à usurpação de função pública; o abuso de poder, por seu turno, poderia se manifestar sob duas formas: desvio do poder ou de finalidade, relativo à prática de ato com finalidade implícita ou explicitamente diversa daquela que a lei definiu; e o excesso de poder, consistente na prática de ato administrativo com exorbitância das atribuições do agente⁵⁶⁴.

Verifica-se, pois, que a prática de ato pelo agente público quando seja incompetente para tal, quando exorbite os limites que a lei definiu para suas atribuições, ou, ainda, quando esteja marcada por desvio da finalidade legalmente prescrita, poderá configurar o crime descrito no art. 4º, h da Lei de Abuso de Autoridade, desde que se verifique a lesão à “honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica”, conforme se exige no tipo penal em exame.

4.4.1.2.8. Prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade (art. 4º, i)

O último tipo penal prescrito pela Lei de Abuso de Autoridade foi inserido no diploma legal em comento com o advento da Lei de Prisão Temporária, a Lei nº 7.960/89. Criminaliza-se, assim, a conduta do agente público que prolonga indevidamente a prisão temporária, pena ou medida de segurança, mediante omissão na expedição ou cumprimento da ordem de liberdade. Destaque-se que se trata de crime omissivo próprio e *doloso*, de modo que, não verificado o retardamento intencional por parte da autoridade, não haverá tipicidade subjetiva⁵⁶⁵.

Importante destacar que a prisão temporária tem prazo máximo de duração, de modo que, com o advento do termo final do lapso legal ou de sua única prorrogação, deverá a autoridade pôr o custodiado em liberdade de imediato, independentemente de qualquer ordem judicial, esta dispensada. Nas hipóteses de fim do cumprimento da pena ou da medida de segurança, contudo, na forma disposta pela Lei de Execuções Penais, impõe-se a ordem judicial, de modo

⁵⁶³FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS Vladimir Passos de. *Op. Cit.* p. 83/84.

⁵⁶⁴DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.* p. 247.

⁵⁶⁵FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS Vladimir Passos de. *Op. Cit.* p. 87.

que poderá praticar o tipo omissivo tanto o magistrado que se negar a expedir o alvará de soltura quanto o agente que, recebendo a ordem, deixar de cumpri-la⁵⁶⁶.

4.4.2. Espécies de sanção

As espécies de sanção penal aplicáveis aos tipos previstos nos art. 3º e 4º da Lei de Abuso de Autoridade foram tratadas pelo art. 6º, §§3º a 5º. As penas ali descritas poderão ser aplicadas de forma autônoma ou cumulativa⁵⁶⁷. Nesse passo, poderá o julgador, seguindo o procedimento descrito pelos art. 59 a 76 do Código Penal, aplicar as sanções de detenção, multa e perda do cargo e inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública⁵⁶⁸. Caso se trate o agente de autoridade policial, civil ou militar, poder-se-á impor proibição do exercício de funções de natureza policial ou militar no município da culpa.

4.4.2.1. Da pena de multa

Segundo disposição literal da Lei de Abuso de Autoridade, a pena pecuniária consistirá em “multa de cem a cinco mil cruzeiros”. Naturalmente, antes mesmo da mudança do plano monetário, em virtude da corrosão que se operou no valor da moeda com a hiperinflação das décadas de 1970 e 1980, o valor em cruzeiros fixado pela Lei já não tinha qualquer expressão econômica. Desse modo, com a reforma do Código Penal, em 1984, e a reformulação da metodologia da aplicação e execução da pena de multa, passou tal sanção, ainda que imposta em virtude de leis especiais – e de modo semelhante, no caso da Lei nº 4.898/65 – a ser definida na forma de dias-multa, calculada nos termos do Código⁵⁶⁹.

Nesse contexto, Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas destacam, em atenção à possibilidade de aplicação isolada ou alternativa das sanções descritas pelo art. 6º, §3º, I da Lei de Abuso de Autoridade, que a pena de multa pode ser utilizada como substituto das penas de curta duração. Tratar-se-ia de medida adequada para a punição de agentes primários e não perigosos, evitando o encarceramento em casos de crimes de pouca gravidade⁵⁷⁰.

⁵⁶⁶FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS Vladimir Passos de. *Op. Cit.* p. 87; BECHARA, Fábio Ramazzini. *Op. Cit.* p. 38/39.

⁵⁶⁷ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Op. Cit.* p. 210.

⁵⁶⁸FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS Vladimir Passos de. *Op. Cit.* p. 98.

⁵⁶⁹*Id. Ibid.* p. 99.

⁵⁷⁰*Id. Ibid.* p. 98-99.

4.4.2.2. *Da pena privativa de liberdade*

A Lei de Abuso de Autoridade cominou, em seu art. 6º, §3º, II, pena privativa de liberdade de “detenção por dez dias a seis meses”. Como já dito, a pena poderá ser aplicada autônoma ou cumuladamente com as demais. A sanção deverá ser aplicada na forma prescrita pelo Código Penal, conforme descrito no art. 59 e seguintes. Quanto às especificidades dessa sanção, remete-se o leitor para os tópicos seguintes, em que se fará uma digressão mais aprofundada da adequação da pena cominada.

4.4.2.3. *Da pena acessória de perda do cargo e inabilitação para o exercício de outra função pública*

Prevista no art. 6º, §3º, III da Lei nº 4.898/65, a última das espécies de sanção cominada pelo legislador foi a “perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo até três anos”. Nesse passo, cabe, inicialmente, distingui-la da hipótese de efeito acessório da pena prevista no art. 92, I do Código Penal⁵⁷¹. Verifica-se, assim, que os pressupostos para a incidência do efeito acessório previsto na Lei Geral abrangem apenas hipóteses de condenação superior a um ano, nos casos de abuso de poder ou violação de dever com a Administração; e a quatro anos nos demais casos. Ademais, não há previsão de inabilitação para o exercício de função. É dizer, não se trata de sanção autônoma, mas de efeito de caráter preventivo. Permanece, portanto, vigente a previsão da Lei de Abuso de Autoridade, por ser norma especial, além de ter pressupostos e consequências distintas – aplicação para crimes em que aplicada pena privativa de liberdade inferior a seis meses e possibilidade de inabilitação temporária para exercício de cargo ou função pública. Destaque-se, pois, que a natureza da previsão em exame, na Lei de Abuso de Autoridade, é de sanção penal e não de efeito da condenação⁵⁷².

Importa destacar, ainda, que a aplicação da mencionada sanção não se pode dar de forma automática. É dizer, impõe-se ao julgador a justificação de sua aplicação, inclusive com a devida comprovação da relação entre o abuso cometido e a violação a dever inerente à função exercida. Ademais, também deverá ser justificado o prazo fixado na sentença para a

⁵⁷¹Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

⁵⁷²FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS Vladimir Passos de. *Op. Cit.*. p. 102-107.

suspensão do exercício do direito ao acesso à função pública⁵⁷³ – que, obviamente, não poderia ser indeterminada, dada a proibição constitucional às penas de caráter perpétuo.

4.4.2.4. *Da proibição do exercício de funções de natureza policial ou militar no município da culpa*

Por fim, tratando-se o agente de autoridade policial, civil ou militar, de qualquer categoria, a Lei de Abuso de Autoridade faculta ao julgador a imposição de sanção de pena autônoma ou acessória de proibição do exercício de função policial ou militar no município da culpa, pelo prazo de um a cinco anos⁵⁷⁴.

Destaca-se, aqui, a função preventiva especial, tendo em vista o afastamento do condenado do local em que praticou o abuso de autoridade. Trata-se de hipótese em que o indivíduo é afastado do distrito da culpa, não implicando, necessariamente, na perda do cargo. É dizer, pode ser aplicada esta sanção mesmo quando não se tenha imposto a perda do cargo ou a inabilitação para o seu exercício, de modo que poderá o agente ser apenas removido para local diverso, afastando-o do local em que foi cometido o delito⁵⁷⁵.

4.4.3. Natureza de crime de menor potencial ofensivo e aplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais

Questão importante a ser debatida quanto aos crimes de abuso de autoridade é a sua natureza de crime de menor potencial ofensivo e a consequente aplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95) e da Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei nº 10.259/01). É sabido que a Lei dos Juizados foi editada para regulamentar o art. 98, I da Constituição Federal⁵⁷⁶, inaugurando diversos institutos criados para diminuir a crescente taxa de encarceramento e dar maior proporcionalidade às punições.

Nesse contexto, a redação original do art. 61 Lei nº 9.099/95⁵⁷⁷ considerava crimes de menor potencial ofensivo as infrações cuja pena máxima não excedesse a um ano. Havia, contudo, uma ressalva de inaplicabilidade do procedimento sumaríssimo e de todas suas inovações

⁵⁷³NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Op. Cit.* p. 94.

⁵⁷⁴ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Op. Cit.* p. 210.

⁵⁷⁵FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS Vladimir Passos de. *Op. Cit.* p. 110-112.

⁵⁷⁶Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

⁵⁷⁷Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial. (redação original)

àqueles crimes para os quais lei especial tivesse prescrito procedimento próprio. Desse modo, conquanto a pena máxima prevista pela Lei nº 4.898/65 para os crimes de abuso de autoridade fosse de seis meses de detenção, desde a edição da Lei dos Juizados Especiais, era consenso doutrinário a sua inaplicabilidade aos crimes tipificados nos art. 3º e 4º da Lei de Abuso de Autoridade, motivo por que não caberia, por exemplo, a transação penal⁵⁷⁸.

Interpretação diversa, contudo, foi dada à hipótese de aplicabilidade da suspensão condicional do processo. Isso porque, nos termos do art. 89 da Lei dos Juizados⁵⁷⁹, referido instituto se aplica aos crimes cuja pena mínima não exceda a um ano, independentemente de estarem ou não submetidos ao rito especial das infrações de menor potencial ofensivo. Dessa forma, mesmo que não aplicável o procedimento sumaríssimo dos juizados aos delitos de abuso de autoridade, impor-se-ia ao representante do Ministério Público, por ocasião da denúncia, manifestação acerca do *sursis* processual, propondo-o ou expondo os motivos para a não proposição⁵⁸⁰. Não era outra a orientação da jurisprudência dos tribunais superiores. Tanto o Supremo Tribunal Federal⁵⁸¹ quanto o Superior Tribunal de Justiça⁵⁸² se inclinaram no sentido de admitir como obrigatória a manifestação do Promotor de Justiça quanto à possibilidade de suspensão condicional do processo penal, ainda que não se tratasse de crime sujeito à competência dos Juizados Especiais Criminais.

⁵⁷⁸ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Op. Cit.*. p. 215-216; FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS Vladimir Passos de. *Op. Cit.*. p. 129.

⁵⁷⁹Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

⁵⁸⁰FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS Vladimir Passos de. *Op. Cit.*. p. 145.

⁵⁸¹III. Suspensão condicional do processo (L. 9.099/95, art. 89): aplicabilidade do instituto a quaisquer processos por crime a que cominada pena não superior a um ano, ainda quando subtraído à competência do Juizado Especial porque sujeito a procedimento especial, caso do crime de imprensa. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 77962: Ementa*. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em 11/12/1998. Disponível em

“<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2877962%2E+OU+77962%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>”, acesso em 13 jun. 2012).

⁵⁸²No que tange à possibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo (art.89, da Lei 9.099/95) ao crime de abuso de autoridade, que possui procedimento especial, cabe ressaltar que não segue a regra acima exposta. Isso porque, neste ponto, a norma estende a sua aplicação aos "crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta Lei" (grifo não original). [...] De fato, a suspensão condicional do processo é perfeitamente aplicável ao delito em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, ainda que se trate de crime de rito especial, como, *in casu*, o crime de abuso de autoridade.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC 12040: Voto condutor*. Rel. Min. Jorge Scartezini. Julgamento em 28/08/2002. Disponível em

“<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMGD?seq=5490&nreg=200101533642&dt=20020826&formato=PDF>”, acesso em 13 jun. 2012).

Em 2001, entretanto, com a edição da Lei dos Juizados Especiais Federais, passou-se a discutir a revisão desse posicionamento. Isso porque o art. 2º da Lei nº 10.259/01⁵⁸³, em sua redação original, fixou como sujeitos à competência Federal dos Juizados as infrações cuja pena máxima não excedesse a dois anos, sem qualquer ressalva à legislação especial. Nesse passo, passou-se a sustentar a revogação tácita do art. 61 da Lei nº 9.099/95, seja no *quantum* da pena máxima a determinar o rito sumaríssimo, seja no alcance da competência dos Juizados sobre o julgamento dos crimes para os quais lei especial tivesse prescrito procedimento próprio⁵⁸⁴. Por fim, em 2006, com a edição da Lei nº 11.313/06, que deu nova vigência aos art. 60 e 61 da Lei nº 9.099/95⁵⁸⁵ e ao art. 2º da Lei nº 10.259/01⁵⁸⁶, pacificou-se o entendimento de que o rito sumaríssimo se aplica a todos os crimes de menor potencial ofensivo, ainda que haja sido prescrito procedimento próprio pela lei especial, de modo que os crimes de abuso de autoridade passaram a ser processados também pelos Juizados Especiais Criminais⁵⁸⁷. Nessa linha, aliás, se orienta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consoante se verifica do julgamento do *Habeas Corpus* nº 59.591/RN, de relatoria do Min. Felix Fischer e do *Habeas Corpus* nº 163.282/RO⁵⁸⁸, de relatoria do Min. Arnaldo Esteves Lima, em que se fixou a aplicação do procedimento sumaríssimo, “independentemente de a infração possuir rito especial”.

⁵⁸³ Art. 2º Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo.

Parágrafo único. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa. (redação original)

⁵⁸⁴ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Op. Cit.* p. 216.

⁵⁸⁵ Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. (redação dada pela Lei nº 11.313/06)

⁵⁸⁶ Art. 2º Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência. (redação dada pela Lei nº 11.313/06)

⁵⁸⁷ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Op. Cit.* p. 216-217.

⁵⁸⁸ “Com o advento da Lei nº 11.313/2006, que modificou a redação do art. 61 da Lei nº 9.099/95 e consolidou entendimento já firmado nesta Corte, “consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa’, independentemente de a infração possuir rito especial” (HC 59.591/RN, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ de 4/9/06). (HC 163.282/RO, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 21/06/2010) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 163282: Ementa*. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Julgamento em 15/05/2010. Disponível em “https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000317337&dt_publicacao=21/06/2010”, acesso em 13 jun. 2012).

4.4.4. Do direito de representação e da propositura da ação penal

Segundo a ementa da Lei de Abuso de Autoridade, a norma em estudo “Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade”. Trata-se, portanto, da regulamentação do direito de petição, consagrado pela Constituição da República em seu art. 5º, XXXIV⁵⁸⁹. A Lei visa a tutelar o acesso do cidadão ao poder público, confirmando sua natureza de proteção à democracia substancial, à moralidade e à efetividade da atividade administrativa. Cuida-se, portanto, de defesa dos direitos fundamentais, da legalidade e do interesse público⁵⁹⁰.

Nesse passo, consoante previsão do art. 12 da Lei nº 4.898/65, a ação penal instaurar-se-á por iniciativa do Ministério Público, com base na representação da vítima, dispensado o inquérito policial ou justificação. É dizer, independentemente do destino que tiver sido dado pela autoridade policial e dispensadas maiores investigações, o órgão Ministerial poderá dar início à ação penal pública caso haja fundamento na representação do ofendido⁵⁹¹. Não se afasta, contudo, a possibilidade de o Promotor de Justiça entender por bem arquivar o expediente, sendo livre sua cognição no exercício da titularidade da ação penal pública; apenas se lhe dispensa a conclusão do inquérito.

Importa destacar que a ação penal é pública incondicionada, de modo que não depende o Ministério Público da representação para o ajuizamento da denúncia⁵⁹². Isso por que a natureza jurídica da representação é o simples exercício do direito de petição, bem como materialização da garantia de acesso ao poder público, não se cogitando na possibilidade de considerá-la condição de procedibilidade da ação penal. Fica, portanto, o Promotor de Justiça livre para, tendo conhecimento do ato de abuso de autoridade, dar início à *persecutio criminis* independentemente da vontade do particular, uma vez que se trata de tutela do interesse público⁵⁹³. Tal se extrai, aliás, da redação do art. 1º da Lei nº 5.249/67, segundo o qual “a falta de representação do ofendido, nos casos de abusos previstos na Lei nº 4.898, de 09 de dezembro de 1965, não obsta a iniciativa ou o curso de ação pública”⁵⁹⁴.

⁵⁸⁹Art. 5º, XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

⁵⁹⁰MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Op. Cit.*. p. 22.

⁵⁹¹NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Op. Cit.*. p. 89.

⁵⁹²*Id. Ibid.*. p. 88.

⁵⁹³MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Op. Cit.*. p. 23.

⁵⁹⁴FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS Vladimir Passos de. *Op. Cit.*. p. 126.

Desse modo, não se pode falar em decadência do direito de representação, uma vez que se trata de direito de petição e tem natureza de *notitia criminis*. É dizer, enquanto não houver sido a punibilidade extinta pelo advento da prescrição, poderá a vítima representar ao Ministério Público, que, por sua vez, terá a liberdade de formulação do juízo que lhe é inerente sobre o cometimento ou não da infração penal, em regular exercício da titularidade da ação penal pública. Ademais, poderá o Promotor Público ajuizar a ação penal mesmo sem representação, uma vez que dispensável, desde que sejam fundados os indícios da prática do delito⁵⁹⁵.

Caso o Ministério Público não ofereça a denúncia no prazo de quarenta e oito horas, facultar-se-á ao ofendido a propositura de ação penal privada, por meio do ajuizamento da queixa-crime respectiva. Importa destacar que essa garantia, trazida pelo art. 16 da Lei de Abuso de Autoridade, cristaliza direito fundamental insculpido no art. 5º, LIX da Constituição da República⁵⁹⁶. De qualquer sorte, como de ordinário nos casos de ação penal privada subsidiária da pública, facultar-se-á ao *Parquet* a intervenção no feito, aditando a queixa, oferecendo denúncia substitutiva, recorrendo e, em casos de negligência do querelante, assumindo a titularidade da ação como parte principal⁵⁹⁷.

4.4.5. Inocuidade da sanção penal

Dessa forma, diante do que se viu acerca do tratamento dado pela doutrina e jurisprudência à Lei de Abuso de Autoridade, suas disposições, além de inúteis para a responsabilização administrativa e inadequadas para a responsabilização civil, são inócuas no que toca à responsabilidade penal.

Isso porque a pena cominada pelo legislador é ínfima, de modo que os crimes tipificados nos art. 3º e 4º da Lei nº 4.898/65, além de serem considerados de menor potencial ofensivo, admitem suspensão condicional do processo, o que exclui de forma categórica a possibilidade de responsabilização penal efetiva. É dizer, como sustenta Paulo Queiroz, a gravidade das infrações definidas pela Lei de Abuso de Autoridade é incompatível com a sanção cominada, de modo que o autor cita referida pena como exemplo do que chama de “insuficiência da resposta penal”⁵⁹⁸.

⁵⁹⁵NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Op. Cit.* p. 90.

⁵⁹⁶Art. 5º, LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

⁵⁹⁷ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Op. Cit.* p. 214.

⁵⁹⁸QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral... Op. Cit.* p. 33.

Não se quer, com isso, sustentar que não haja efetividade na tutela de bens jurídicos no campo das medidas penais aplicáveis aos crimes de menor potencial ofensivo. Apenas se sustenta que, dada a gravidade das condutas tipificadas pela Lei de Abuso de Autoridade, bem como tendo em vista o tratamento dado pelo legislador aos crimes contra a Administração Pública em geral, a forma de tratamento da matéria se revela inadequada e insuficiente, uma vez que se afigura necessária uma intervenção mais efetiva.

Isso deriva principalmente da importância dos bens jurídicos tutelados pelos tipos penais descritos nessa Lei. Trata-se de bens jurídicos ligados não somente à proteção do indivíduo, mas à preservação do Estado Social e Democrático de Direito. Como exposto alhures, as condutas descritas nos art. 3º e 4º da Lei nº 4.898/65 violam diretamente dispositivos expressos da Constituição Federal ligados à proteção das liberdades primárias. Estas, por sua vez, compõem um conjunto de direitos fundamentais basilares ligados à própria compreensão da democracia substancial inaugurada com a ordem constitucional de 1988.

Trata-se, pois, de bens jurídicos ligados intimamente à concretização de valores centrais do ordenamento constitucional brasileiro, sem os quais se coloca em risco a democracia e o próprio Estado de Direito. São bens, portanto, de visível dignidade penal, que reclamam não somente a criminalização de condutas que lhe agridam ou criem riscos, mas uma efetiva punição para aqueles que, por meio da violação de liberdades fundamentais, atinjam a as relações básicas de configuração social.

Deve-se considerar, ainda, que as condutas ali descritas, justamente por se tratar de crimes de abuso de autoridade, refletem a apropriação do poder público por pessoas privadas como meio para a violação de liberdades fundamentais. É dizer, não somente as consequências (lesão a um bem jurídico de fundamental importância) são nocivas, mas também a conduta, o meio empregado é particularmente reprovável. Nesse passo, os bens jurídicos tutelados pela norma em estudo – especialmente considerando-se a democracia substancial como bem jurídico *fim* – são dignos de tutela penal efetiva, nos termos definidos por Jorge de Figueiredo Dias, uma vez que concretizam valores constitucionais “ligados aos direitos e deveres fundamentais”⁵⁹⁹.

Na mesma linha, Lênio Luiz Streck observa que o advento do Estado Democrático de Direito impõe uma adequação do direito penal à proteção de bens jurídicos inerentes à satisfação dos objetivos constitucionais do Estado. Nesse passo, a violação de direitos fundamentais ligados

⁵⁹⁹DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 47-48.

intimamente à democracia substancial – bem assim a bens jurídicos de dignidade supraindividual – desponta com maior destaque. É dizer, impõe-se ao Estado uma punição efetiva das condutas violadoras a esses bens jurídicos, porquanto próprios da configuração social definida pela Constituição Federal de 1988. Conclui-se, assim, ser inadmissível que se definam os tipos penais da Lei de Abuso de Autoridade como crimes de menor potencial ofensivo⁶⁰⁰.

Referida desproporção, aliás, torna-se muito mais visível quando o tratamento dado aos crimes de abuso de autoridade é comparado com a solução dada pelo legislador em outros delitos contra a Administração Pública em geral. A comparação revela um claro desvio de valoração, como se verá no tópico seguinte.

4.4.6. Desproporcionalidade em relação aos demais crimes contra a Administração Pública

Como visto anteriormente – mais especificamente no ponto 3.3.3, *supra* –, uma incoerência endonormativa resulta da distorção na valoração do legislador quando da tutela de diversos bens jurídicos por meio da tipificação de condutas e cominação de penas. Trata-se, aqui, da aplicação do postulado da proporcionalidade ordinal, ou seja, em seu sentido relacional, conforme a lição de Andrew von Hirsch. É dizer, trata-se de comparar o tratamento dado pelo legislador na proteção de diferentes bens jurídicos, permitindo-se, assim, definir critérios de valoração (ou sua completa ausência) e, assim, criticá-los.

No caso da legislação brasileira, tem-se um terreno fértil para a investigação de incoerências endonormativas. São diversas as hipóteses de tratamento desproporcional dispensado pelo legislador. Há exemplos de condutas qualificadas cuja pena mínima é inferior àquela cominada para a forma simples. É o caso do excesso de exação (art. 316, §1º e 2º do Código Penal⁶⁰¹), em que a pena mínima para a figura simples, de 03 (três) anos de reclusão, é inferior à pena mínima da figura qualificada (com proveito próprio para o agente), de 02 (dois) anos de reclusão⁶⁰².

⁶⁰⁰STRECK, Lenio Luiz. *Bem Jurídico... Op. Cit.* p. 12-13.

⁶⁰¹§ 1º - Se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza:
Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa.

§ 2º - Se o funcionário desvia, em proveito próprio ou de outrem, o que recebeu indevidamente para recolher aos cofres públicos:

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

⁶⁰²MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O princípio... Op. Cit.* p. 28.

Há, ainda, a hipótese do art. 273 do Código Penal, que define as penas para a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. Verifica-se que a figura simples do tipo penal tem pena mínima maior que o mínimo cominado para o homicídio simples – 06 (seis) anos de reclusão –; e, ainda, maior que a pena máxima da lesão corporal gravíssima – 08 (oito) anos de reclusão. É dizer, a conduta que cria risco para a vida e integridade física é punida de modo significativamente mais gravoso que a lesão direta e efetiva dos referidos bens⁶⁰³.

Outra hipótese de gritante incoerência é a comparação entre o favorecimento ou preferência, sem justa causa, de comprador ou freguês – para o qual o legislador cominou, no art. 7º, I da Lei nº 8.137/90, a pena de 02 (dois) a 05 (cinco) anos de detenção – e a omissão de dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos – cuja pena cominada foi de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos de detenção⁶⁰⁴.

Veja-se que é possível comparar ainda a pena desse crime com aquela cominada pela Lei de Abuso de Autoridade. Isso porque, para o legislador brasileiro, a conduta de favorecer um consumidor em detrimento de outro – fora dos casos de racismo, regulados por lei específica – merece punição absurdamente mais gravosa que a restrição da liberdade individual por meio da ordem ilegal de prisão emanada de autoridade pública. Trata-se de visível desproporção.

Referidas medidas, contudo, relacionam casos geralmente pontuais, cuja desproporção resulta usualmente da introdução no ordenamento de leis extravagantes elaboradas sem qualquer critério. Como assevera Sebastián Borges de Albuquerque Mello, a edição de leis esparsas, que pretendem disciplinar pontos específicos, gera a consequência de uma desconexão com os critérios gerais observados na ordem de valoração dos bens jurídicos⁶⁰⁵.

No caso da Lei de Abuso de Autoridade, em que pese também se tratar de legislação especial, merece destaque o fato de que há um critério na cominação das penas relativas aos crimes contra a Administração em geral, embora seja profundamente questionável a valoração dada pelo legislador. É dizer, apesar de não se observar uma disparidade de tratamento na proteção do mesmo bem jurídico em diversas condutas – salvo algumas exceções, como no caso do

⁶⁰³MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. O princípio... *Op. Cit.* p. 29.

⁶⁰⁴*Id. Ibid.* p. 29.

⁶⁰⁵*Id. Ibid.*

excesso de exação –, a comparação da tutela dispensada aos diversos bens jurídicos revela uma profunda distorção na valoração do legislador.

Verifica-se, assim, por exemplo, que os crimes mais graves (peculato, inserção de dados falsos em sistema de informações e corrupção passiva e ativa) são punidos uniformemente – embora a concussão merecesse tratamento semelhante e tenha sido “esquecida” pelo legislador, quando da alteração introduzida pela Lei nº 10.763/03, que aumentou a pena para os crimes de corrupção – e de forma sensivelmente mais grave que o desacato, a desobediência e a resistência, por exemplo. Da mesma forma, crimes de gravidade mediana que também se relacionam com o patrimônio público, como o tráfico de influência, o contrabando ou descaminho e a sonegação de contribuição previdenciária, também são tratados de forma semelhante e com punição mais branda em relação àqueles primeiros.

Doutro lado, de forma completamente distorcida em relação à sistemática dispensada aos crimes contra a administração em geral – imperfeita, porém com critérios minimamente razoáveis –, a Lei de Abuso de Autoridade traz tipos de condutas consideravelmente graves que são punidas com “detenção por dez dias a seis meses”: crimes de menor potencial ofensivo em que se admite a suspensão condicional do processo. Mais que isso, como se observou anteriormente, o legislador reduziu a pena de tipos antes previstos no Código Penal, de modo a diminuir a proteção que lhe era antes dispensada. Deve-se lembrar, ainda, que a Lei foi editada com o suposto objetivo de tutelar de forma mais efetiva os bens jurídicos em jogo.

Nesse passo, enquanto a pena máxima para a ordem ilegal de uma prisão é de seis meses de detenção, o desacato tem pena mínima de seis meses e máxima de dois anos; a usurpação de função pública tem pena máxima de dois anos; o abandono de função é punido com até um ano; o impedimento e a perturbação de ato de processo licitatório é punido com até dois anos; e o reingresso de estrangeiro expulso se pune com pena de reclusão de até quatro anos.

Pelo que se observa da análise das penas cominadas pelo Código Penal aos crimes contra a Administração, os bens jurídicos usualmente protegidos são, em ordem de intensidade da proteção: o patrimônio público, a regularidade da atividade administrativa, a imagem da Administração, a integridade dos agentes públicos e dos administrados. Cabe destacar que a tutela dos direitos dos administrados, salvo no caso do excesso de exação, é feita pela Lei de Abuso de Autoridade – que revogou o art. 350, *caput* e Parágrafo Único, I a III do Código Penal.

Destarte, numa comparação entre os crimes de abuso de autoridade e os delitos funcionais mais graves tipificados no Título XI da Parte Especial do Código Penal (peculato, inserção de dados falsos em sistema de informações e corrupção passiva), percebe-se que o meio utilizado para a prática do crime é o mesmo: abuso do poder conferido pelo Estado. A diferença entre os crimes é exatamente o bem jurídico lesionado por cada uma das condutas: enquanto nestes últimos, o patrimônio público é vilipendiado, naqueles primeiros, a lesão é direcionada às liberdades públicas.

É indiscutível que o prejuízo ao patrimônio público tem como consequência mediata a deficiência da prestação material do Estado, uma vez que verbas desviadas em virtude do fenômeno da corrupção (entendida, enquanto fenômeno, não somente como a conduta da corrupção ativa e passiva) deveriam ser destinadas à satisfação das necessidades dos cidadãos, convertendo-se em prestações indispensáveis ao desenvolvimento econômico e social. Ademais, como fator de promoção da exclusão, seja diretamente (tendo em vista o abuso de poder), seja indiretamente (em virtude da reprodução das relações de poder), as práticas ligadas à violação do patrimônio público também têm como reflexo uma lesão ao Estado Social e Democrático de Direito, afinal, conduzem à manutenção da marginalização e à sistemática negação de direitos básicos àqueles cidadãos brasileiros já excluídos do processo político.

Isso não significa que se trate de bem jurídico superior à tutela das liberdades e da democracia substancial ao ponto de se observar uma disparidade do nível que se apresenta na atual legislação brasileira. É dizer, não faz o menor sentido que, utilizando-se do abuso de poder, o funcionário que lesiona o patrimônio público seja punido de forma vinte e quatro vezes mais grave que aquele que fulmina liberdades fundamentais protegidas expressamente pela Constituição Federal.

Resgatando os critérios da proporcionalidade relacional (ou ordinal) de Andrew Von Hirsh, ainda que se possa adotar a tese de que, como meio de satisfação dos direitos fundamentais, a tutela do patrimônio público deva ser feita de modo efetivo, dada a gravidade das condutas dele violadoras, estar-se-ia diante de claro desvio no subcritério do *escalamento das penas*. É dizer, a gravidade da conduta do crime de abuso de autoridade não justifica um

distanciamento no nível observado quando comparados os tipos com o peculato ou a corrupção⁶⁰⁶.

Nesse passo, como dito anteriormente, a constatação de uma incoerência endonormativa como a observada entre o tratamento dos delitos contra o patrimônio público e os crimes de abuso de autoridade poderia levar à conclusão de desproporcionalidade por violação da proibição de excesso no tratamento dado ao peculato, à inserção de dados falsos em sistema de informação e à corrupção; ou por violação da proibição de proteção deficiente no tratamento dado ao abuso de autoridade⁶⁰⁷.

Parece, contudo, que não há dúvidas quanto à proporcionalidade da reprimenda cominada para os crimes contra o patrimônio público, especialmente quando se tem em mente a crescente pressão social para o combate ao fenômeno da corrupção e a cobrança cada vez mais intensa, por parte da população em geral e dos meios de comunicação, por mecanismos de controle do poder nesta seara – haja vista a adoção de medidas como a própria Lei nº 10.763/03, que aumentou a pena para os crimes de corrupção (embora se tenha “esquecido” de fazê-lo para a concussão), a Lei Complementar nº 135/10, conhecida como Lei “Ficha Limpa”, de iniciativa popular, entre outras. Desponta, ainda, a repercussão e o impacto social promovidos por processos em que agentes públicos figuram como réus em virtude da prática de ilícitos penais contra a Administração Pública, tais como a Ação Penal Originária nº 470, em julgamento no Supremo Tribunal Federal, cujo objeto é um esquema de corrupção na alta escala do executivo federal – o chamado “esquema do mensalão”.

É dizer, as exigências sociais de resposta a esse tipo de criminalidade não permitem classificar como excessiva a pena cominada, uma vez que se trata de satisfação das expectativas sociais de proteção do bem jurídico e de preservação do ordenamento jurídico.

Desse modo, identificada a desproporcionalidade e descartada a hipótese de proibição de excesso, fica clara a conclusão derivada da constatação da existência de uma incoerência endonormativa: trata-se de norma desproporcional por violação à proibição de proteção deficiente das liberdades fundamentais e, em última análise, do próprio Estado Social e Democrático de Direito. Verificada a omissão do legislador, que regulou de modo desastrado a matéria, questiona-se como se suprir a lacuna normativa. É o que se estudará no próximo tópico.

⁶⁰⁶HIRSCH, Andrew von. *Op. Cit.*.

⁶⁰⁷*Id. Ibid.*

4.4.7. Necessidade de adequação da Lei nº 4.898/65: solução de *lege ferenda*

Como já se viu neste trabalho, o aspecto mais controvertido do estudo do postulado da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente, especialmente no campo do direito penal, é a questão da utilização dessa teoria no controle jurisdicional das omissões do poder público. Especialmente, questiona-se como controlar a atividade legislativa, uma vez que, tratando-se de matéria penal, é imprescindível que a ampliação da tutela se dê por meio de lei em sentido formal e material.

Nessa linha, verificou-se que, a princípio, somente se mostra viável o controle efetivo de constitucionalidade da omissão estatal quando esta se der por alteração legislativa que reduza desproporcional e injustificadamente a tutela dispensada a um bem jurídico constitucional que, por fundamental, tenha dignidade penal. Quer-se dizer com isso que somente se mostra viável a intervenção efetiva da jurisdição quando novel legislação materializar a violação à proibição de proteção deficiente. Ou seja, naqueles casos em que se edite norma retirando a proteção estatal, é possível a intervenção judicial para, declarando a inconstitucionalidade da norma revogadora, ripristinar a norma revogada, restabelecendo a tutela efetiva – ou, pelo menos, mais efetiva – antes dispensada ao bem jurídico.

No caso presente, os tipos penais do art. 3º da Lei de Abuso de Autoridade não encontram correspondente no Código Penal ou em legislação específica que lhe tenha precedido. De modo diverso, contudo, há equivalência entre os tipos do art. 4º da Lei nº 4.898/65 e aqueles previstos no art. 350 do Código Penal. Referida correspondência é textual em certos casos e, no caso específico do Parágrafo Único, inciso IV da norma codificada, trata-se de norma geral que abarca a prática, “com abuso de poder, de qualquer diligência”.

Nessa senda, em julgamento de Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* RHC nº 96.689/SP⁶⁰⁸, de Relatoria do Ministro Eros Roberto Grau, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, reconheceu que, à exceção da norma geral do parágrafo único, inciso IV, o art. 350 do Código Penal teria sido revogado pela Lei de Abuso de Autoridade.

Tratar-se-ia, no caso, de novel legislação que reduziu a proteção dada pelo Código Penal às liberdades fundamentais, de modo que se poderia encaixar a situação na hipótese em que se afigura admissível o controle de constitucionalidade. Ocorre, todavia, que se trata legislação pré-constitucional, de modo que não é cabível o controle de constitucionalidade da revogação

⁶⁰⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Voto do Ministro Relator. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 96.689*. Relator Min. Eros Roberto Grau. DJe-197, de 17 de outubro de 2008.

tendo como parâmetro a Constituição de 1988. Isso porque se estaria declarando a invalidade da revogação de norma realizada em 1965. É dizer, acaso se realizasse a exclusão da norma do ordenamento jurídico constitucional inaugurado em 1988, não se poderia repriminar o dispositivo revogado do Código Penal.

Deve-se recordar, nesse contexto, a decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI nº 02⁶⁰⁹, que inaugurou firme e consolidada jurisprudência da Corte Suprema acerca do controle de constitucionalidade de direito pré-constitucional – que, inclusive, estabeleceu impossibilidade de ajuizamento de ADI tendo como objeto direito pré-constitucional. Naquela assentada, fixou-se o entendimento de que o vício de inconstitucionalidade seria congênito à norma, não se podendo falar em *inconstitucionalidade superveniente*, senão de simples revogação por norma posterior e superior. Nesse passo, admitir a revogação da Lei nº 4.898/65 não teria o condão de repriminar as disposições do Código Penal, uma vez que o efeito repriminatório é consequência da aplicação da sanção de nulidade e não do reconhecimento da revogação pela não recepção do texto legal.

É dizer, não faz sentido sustentar a não recepção *in totum* da Lei nº 4.898/65 pelo ordenamento constitucional de 1988 – ou, ainda, a não recepção de alguns de seus tipos penais –, sob pena de se configurar absoluta omissão na própria tipificação das condutas. Desse modo, não sendo o caso de declarar a inconstitucionalidade e aplicar à Lei a sanção de nulidade, estar-se-á diante de hipótese de omissão inconstitucional, a ser suprida por meio de atividade legislativa ativa. No caso da desproporcionalidade por deficiência de proteção da Lei de Abuso de Autoridade, está-se diante de omissão legislativa em sentido estrito (por insuficiência da resposta penal às condutas tipificadas), de modo que a lacuna no ordenamento reclama uma solução de *lege ferenda*.

⁶⁰⁹EMENTA: CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. **O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as.** Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. 2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. 3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido. [grifos aditados] (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 02*. Relator Min. Paulo Brossard. DJ de 21 de novembro de 1997).

Isso não impede uma interpretação da Lei conforme a Constituição para afastar a incidência das normas da Lei de Abuso de Autoridade quando haja regulação mais adequada na norma geral. Isto é, tendo em vista a existência de tipos penais gerais, que podem ser aplicados a determinadas condutas também subsumíveis aos tipos da Lei de Abuso de Autoridade, pode-se sustentar o afastamento da incidência da norma especial, aplicando-se a regulação codificada. É o caso, por exemplo, dos art. 322⁶¹⁰ e 350, parágrafo único, IV⁶¹¹ do Código Penal, que, segundo orientação do Supremo Tribunal Federal, não foram revogados pela Lei nº 4.898/65.

Trata-se de normas gerais, que punem a *prática de violência no exercício de função pública ou a seu pretexto* e a *execução de diligências com abuso de poder*. Destaque-se que não há subsidiariedade entre as normas. Isso porque a subsidiariedade pressupõe a existência de dois ou mais tipos penais que protejam “o mesmo bem jurídico em diferentes fases, etapas ou graus de agressão”, pressupondo que a conduta posterior seja mais grave que a anterior⁶¹². Desse modo, o tipo principal será aplicável quando configurada a adequação com seus elementos e o tipo subsidiário será aplicável apenas quando não se configurar a tipicidade formal do *delito mais grave*⁶¹³. Não é esse o caso em questão, uma vez que, diante do tratamento dado à matéria pelo legislador de 1965, não se podem considerar os crimes tipificados na Lei nº 4.898/65 como mais graves.

O caso específico da Lei de Abuso de Autoridade configura na verdade uma relação de simples especialidade, em que “a norma especial afasta a incidência da norma geral”, uma vez que trata de modo mais específico a matéria⁶¹⁴. Em virtude disso, sua aplicação usualmente prefere ao Código Penal⁶¹⁵. Nesse passo, trata-se de norma especial que, para o caso concreto, derroga a norma geral⁶¹⁶ – sem que, com isso, se observe a exclusão de qualquer delas do ordenamento. Cuida-se da aplicação de um critério ordinário de solução de antinomias

⁶¹⁰Art. 322 - Praticar violência, no exercício de função ou a pretexto de exercê-la:

Pena - detenção, de seis meses a três anos, além da pena correspondente à violência.

⁶¹¹Art. 350 - Ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder:

Pena - detenção, de um mês a um ano.

Parágrafo único - Na mesma pena incorre o funcionário que:

IV - efetua, com abuso de poder, qualquer diligência.

⁶¹²TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 51.

⁶¹³QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral... Op. Cit.* p. 66; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 233.

⁶¹⁴TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. Cit.* p. 51.

⁶¹⁵QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral... Op. Cit.* p. 66.

⁶¹⁶PRADO, Luiz Regis. *Op. Cit.* p. 232.

aparentes, em que se afasta a incidência de uma norma por meio da inserção de uma cláusula de exceção para o caso concreto.

Significa com isso dizer que não se trata, aqui (no caso dos art. 322 e 350, parágrafo único, IV), de revogação da norma geral operada em 1965. A solução de um conflito normativo se dá por meio de interpretação e concretização do direito; por meio da atividade do hermeneuta que, para o caso específico, deverá inserir uma cláusula de exceção, excluindo a incidência de uma das normas. Em virtude disso, pode-se sustentar – e é o que se faz nesse trabalho – que, diante da aplicabilidade de uma das normas gerais do Código Penal, o afastamento de sua incidência pela Lei de Abuso de Autoridade configura método inconstitucional de aplicação do direito, uma vez que desproporcional por violação à proibição de proteção deficiente.

Sustenta-se, portanto, que, numa hipótese de conflito normativo aparente entre as normas da Lei de Abuso de Autoridade e os art. 322 ou 350, parágrafo único, IV do Código Penal, impõe-se a aplicação desses últimos – já que vigentes –, tendo em vista a proibição de proteção deficiente e o dever de proteção do bem jurídico imposto ao Estado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da pesquisa elaborada e dos argumentos trazidos à tela, pode-se concluir que:

1. O conceito de princípio evoluiu, desde a segunda metade do século XX, de uma perspectiva positivista orientada pelo legalismo, em que eram concebidos como modelos gerais, induzidos por abstração e com função supletiva, para alcançar, no paradigma pós-positivista, o centro do ordenamento jurídico. Princípios são espécies de normas, assim como as regras, e, portanto, dotadas de ampla normatividade e imperatividade, tendo a doutrina fixado, nos últimos tempos, sua preocupação em instrumentalizar sua eficácia, mormente quanto àqueles definidores de direitos fundamentais;
2. Apesar da variedade dos critérios distintivos de princípios e regras, pode-se notar na doutrina certo consenso acerca do fato de que princípios são normas mais gerais, que prescrevem um estado de coisas a ser perseguido e efetivado na medida das possibilidades fáticas e jurídicas, sem, no entanto, prescrever expressamente as condutas mediante as quais será efetivado. Seu conflito se resolve na dimensão de peso e são aplicados, de ordinário, mediante ponderação;
3. Já as regras são normas mais específicas, que prescrevem condutas delineadas em seu suporte fático e consequência jurídica, realizadas de forma mais concreta (tudo-ou-nada). Seu conflito se resolve na dimensão da validade (invalidade ou cláusula de exceção) e são aplicadas, de ordinário, mediante subsunção. Podem ser superadas no caso em que, num sopesamento, se verifique a prevalência de algum princípio substancial em face do princípio que lhes subjaz (às regras) e do princípio formal de obediência às regras;
4. Princípios instrumentais são aqueles que viabilizam a aplicação de normas jurídicas. Encontram-se no plano de aplicação do direito e são dirigidos ao intérprete e não ao poder público ou aos particulares. Não regulam casos ou condutas, mas procedimentalizam a própria realização do direito. Revestem-se de fundamentalidade em virtude de sua importância para a concretização de direitos fundamentais e para a tutela da dignidade humana. Destaca-se, nesse contexto, a argumentação jurídica como forma de racionalizar as decisões tomadas com base em tais postulados;
5. A razoabilidade e a proporcionalidade foi desenvolvida como método de controle do poder, a partir de duas matrizes distintas. Nos Estados Unidos, a razoabilidade foi

extraída do devido processo legal substantivo, como limitação material ao processo de produção do direito. Na Europa, a proporcionalidade teve sua gênese no direito administrativo francês, como método de controle de atos de execução do direito. Seu desenvolvimento e sistematização, contudo, foi trabalho do Tribunal Constitucional Federal alemão, que importou o instituto para o direito constitucional, como método de controle de atos legislativos e administrativos;

6. Apesar de ser possível observar grande semelhança entre os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, especialmente tendo em conta que ambos foram cunhados como instrumentos de controle dos atos do poder público, não cabe tratá-los como sinônimos, uma vez que resultam de desenvolvimentos distintos e se estruturam de modo diverso;
7. A proporcionalidade desponta, assim, como um princípio instrumental que decorre logicamente da natureza principiológica do sistema aberto e permeado de valores preconizado pelo pós-positivismo. Como princípio instrumental, ela viabiliza a concretização do direito, mormente pela compatibilização de interesses contrapostos, equilibrando direitos fundamentais num conflito próprio da natureza dialética do sistema jurídico pós-moderno. Destarte, a proporcionalidade figura como importante peça do quebra-cabeça do direito, uma vez que é instrumento de maximização, compatibilização e otimização da realização e concretização de direitos fundamentais;
8. A proporcionalidade configura uma relação entre meio restritivo de direitos fundamentais e fim de promoção de direitos fundamentais. Verifica-se mediante o exame da adequação da medida, de sua necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Os dois primeiros, condições fáticas de realização de um interesse fundamental, perquirem a aptidão de uma medida para a promoção do fim e a inexistência de meios alternativos igualmente eficazes e menos restritivos de direitos fundamentais. Já a proporcionalidade em sentido estrito, condição jurídica de realização de um interesse fundamental, consubstancia a máxima da ponderação, mediante a análise da relação custo/benefício de promoção de um direito fundamental com o sacrifício colateral de outro direito;
9. No campo penal, pode-se relacionar a adequação com o princípio da lesividade, segundo o qual a criminalização de condutas e a imposição concreta de penas está condicionada à verificação, abstrata na fase legislativa e concreta na fase judicial, da

ocorrência de dano ou criação de risco ao bem jurídico tutelado pela conduta tipificada ou punida efetivamente. É dizer, exige-se a constatação de que a tutela penal se dirige efetivamente à proteção de determinado bem jurídico. Ademais, a tutela penal deve ser adequada a essa tutela, não podendo ir além ou ficar aquém das expectativas de efetiva proteção do direito fundamental ameaçado;

10. A necessidade, por seu turno, liga-se ao princípio da intervenção mínima, uma vez que está intimamente relacionada à verificação, seja no plano legal/abstrato, seja no plano judicial/concreto, da existência de medidas igualmente idôneas e menos vulneradoras de direitos fundamentais. Dessa forma, exige-se que o direito penal somente intervenha ali onde se mostre efetivamente necessário. Mas se exige, também, que, verificada a necessidade de sua intervenção, o direito penal seja utilizado como meio de proteção do bem jurídico e garantia de efetivação do direito fundamental;
11. Já a proporcionalidade em sentido estrito, como método de ponderação de interesses, funciona como baliza de definição do mínimo e do máximo, estabelecendo critérios para equacionar os direitos fundamentais em jogo, de modo a orientar o legislador e o julgador na tipificação de condutas, cominação e aplicação de penas. É dizer, trata-se de critério que deverá guiar o poder público na tarefa de proteção de bens jurídicos;
12. Da estrutura do postulado da proporcionalidade e da sua forma de aplicação resulta uma relação intrínseca desse princípio instrumental com a técnica de ponderação de interesses e a lei de sopesamento. Isso porque a fase de análise dos pressupostos jurídicos, a saber, a proporcionalidade em sentido estrito, encerra exatamente a aplicação da técnica do sopesamento. Por meio dessa técnica, estabelece-se uma relação de precedência condicionada no caso concreto, por meio da criação de uma norma de direito fundamental (com estrutura de regra) em que se consideram os pressupostos fáticos do caso concreto e as consequências jurídicas indicadas pelo resultado do sopesamento. Trata-se de uma técnica de solução de conflitos normativos derivada da impossibilidade, no particular, de realização máxima dos princípios colidentes;
13. Nesse contexto, destaca-se o papel do Judiciário. Como guardião da ordem jurídico-constitucional, o magistrado – especialmente as cortes constitucionais – controla e limita a atuação dos demais poderes. A despeito de não ser eleito, o juiz é investido da jurisdição constitucional. Cabe-lhe, na defesa dos direitos fundamentais, corrigir os

atos administrativos e legislativos que excedam a moldura imposta pelo constituinte. O magistrado atua não somente para verificar a regularidade do processo político, mas, em especial, para confrontar as decisões tomadas pelo legislador e administrador com as opções do constituinte. A defesa da Constituição legitima o juiz a podar os atos normativos e concretos, preservando os direitos fundamentais, especialmente das minorias. Ao Judiciário se impõe, ainda, garantir a participação política dos mais fracos, seja para permitir sejam eles ouvidos no debate político, seja para lhes resguardar a parcela de soberania que não se dispõe ao legislador;

14. Essa “poda” feita pelo Judiciário tem por base, muitas vezes, a aplicação do postulado da proporcionalidade, seja em seu aspecto de proibição de excesso, seja de proibição de proteção deficiente;
15. Enquanto proibição de excesso, a proporcionalidade significa a possibilidade de controle dos atos que, como meio de proteção e tutela de interesses fundamentais, acabem causando demasiada restrição a algum outro direito fundamental. É dizer, trata-se aqui de atuação excessiva do Estado, que, para salvaguardar algum interesse, não pode acabar aniquilando outros interesses colidentes, quando isso resultar em sacrifício desproporcional. Essa medida é sempre observada no caso concreto, por meio da utilização do método de ponderação;
16. Enquanto proibição de proteção deficiente, a proporcionalidade significa uma imposição direcionada ao Estado no sentido de que ele deve satisfazer de forma adequada e eficiente aos direitos fundamentais tutelados pela Constituição. É dizer, trata-se aqui de uma correção que incide sobre a omissão do Estado em proteger de modo idôneo os bens jurídicos elencados como fundamentais pela Constituição;
17. O termo “proibição de proteção deficiente” (do alemão *Untermassverbot*) foi primeiramente utilizado por Claus-Wilhelm Canaris, em sua obra *Direitos fundamentais e direito privado*. A consagração da tese e a sistematização do princípio se deram, contudo, por meio da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, a partir da segunda decisão sobre o aborto, em 1993. Naquela ocasião, o tribunal decidiu que o Estado deve tutelar adequadamente a vida do nascituro e que o recurso ao direito penal não pode ser dispensado, sob pena de infração à proibição de proteção deficiente;

18. A ideia de uma proibição de proteção deficiente é derivada da teoria dos *deveres de proteção*. Nesta senda, parte-se da premissa de que, primeiramente, impõe-se a verificação da existência de um dever direcionado ao Estado no sentido de que proteja determinado bem jurídico. Inicialmente, questiona-se *se* o Estado deve tutelar tal bem jurídico. Acaso se responda positivamente a esta pergunta, o legislador e o administrador terão o dever de implementar medidas que garantam a efetividade da tutela e a promoção do direito fundamental em jogo. A competência para definir *como* essa tutela será implementada, contudo, é legislativa e administrativa. Somente quando os meios escolhidos forem inadequados ou insuficientes, ou, ainda, quando se verificar uma omissão absoluta na atuação do poder público, caberá uma tutela corretiva. Diga-se, quando identificada a inadimplência por parte do legislador ou da Administração, impõe-se a correção por meio da jurisdição;
19. Desde sua origem, a compreensão do princípio instrumental da proibição da proteção deficiente foi relacionada à tutela penal. Nesse passo, no campo do direito criminal, a proporcionalidade se liga ao princípio de proteção de bens jurídicos, que funciona como limite à criminalização – somente se admite a tipificação de condutas que lesionem ou criem riscos para bens jurídicos fundamentais – e como meio para a efetivação da tutela penal – verificada a adequação e a necessidade de tutela penal, impõe-se a criminalização de condutas violadoras de bens jurídicos fundamentais. A proteção aos bens jurídicos funciona, assim, como limite mínimo e máximo da tutela penal, que passa a ser vista como uma prestação estatal relacionada à segurança dos bens jurídicos;
20. Verificada a existência de limites máximos e mínimos, a noção de garantismo, num direito penal orientado pela Constituição e pelo princípio do Estado Social e Democrático de Direito, passa a ser compreendida de modo integral. É dizer, não basta um garantismo negativo, no sentido de que se limita a atuação excessiva do Estado no campo penal; impõe-se também um *garantismo positivo*, no sentido de que se exige do Estado que atue devida e efetivamente nesta seara para proteger bens jurídicos de dignidade constitucional;
21. A adoção de um constitucionalismo orientado pelo garantismo positivo impõe admitir a existência de mandamentos de criminalização. É dizer, parte-se da premissa de que a Constituição pode determinar que se criminalizem condutas específicas violadoras dos direitos fundamentais consagrados em seu texto. Tais mandamentos podem ser

expressos, como no caso dos crimes ambientais, do tráfico ilícito de entorpecentes, do racismo, terrorismo, tortura, entre outros. Mas há também alguns crimes cuja existência decorre direta e inexoravelmente da proteção dada pela Constituição aos direitos fundamentais. Desse modo, não se cogitaria da possibilidade considerar constitucional uma norma que revogue os crimes de homicídio, estupro, peculato, corrupção, entre outros;

22. Outra hipótese de identificação da desproporcionalidade das normas penais é a existência das chamadas *incoerências endonormativas*, derivadas da distorção entre a valoração dada pelo legislador aos diversos bens jurídicos, quando da fixação das penas. Nesse contexto, identificam-se na legislação brasileira vários casos em que a medida da pena cominada pelo legislador é absolutamente desproporcional à gravidade do delito – seja em casos de excesso de pena, seja em casos de sua insuficiência. Grande problemática relacionada à identificação dessas incoerências, contudo, é a definição da existência de uma desproporcionalidade por violação da proibição de excesso ou da proibição de proteção deficiente;
23. No campo penal especificamente, tendo em vista que a proibição de proteção deficiente se revela como uma omissão legislativa, o controle jurisdicional da desproporcionalidade das medidas estatais confronta-se com uma barreira intransponível: a legalidade. A exigência de *Lex Praevia, Scripta, Certa et Stricta* para a tipificação de condutas e cominação de penas configura entrave importante nesse campo, uma vez que não se pode suprir judicialmente a falta de uma norma penal protetora de determinado bem jurídico. A avaliação jurídica da lacuna legislativa, desse modo, induz apenas à constituição do legislador em mora, quando inadimplente em sua função de tutela;
24. Apesar da barreira da legalidade, existem meios de aplicação jurisdicional da proibição de proteção deficiente no campo penal. Trata-se das hipóteses em que o legislador, por meio de *Lex Posteriori*, exclui ou reduz, de forma injustificada, a proteção dada a determinado bem jurídico, violando, com a novel legislação, a proibição de proteção deficiente. Nestes casos, é cabível o controle de constitucionalidade para invalidar a lei nova, por violação material à Constituição, ripristinando os efeitos da lei derogada e restabelecendo a proteção estatal. Foi exatamente o caso analisado quando do surgimento da teoria no Tribunal Constitucional Federal alemão;

25. A Lei de Abuso de Autoridade foi editada em 1965 com o objetivo de regular o procedimento de responsabilização civil, administrativa e penal dos agentes públicos que, no exercício de suas funções, violassem as liberdades públicas. A objetividade jurídica da norma é a proteção não somente dos direitos fundamentais, mas também da regularidade da Administração Pública. Por trás da tutela das liberdades, contudo, pode se enxergar a necessidade de proteção do próprio Estado Social e Democrático de Direito, que não pode se estabelecer em um terreno em que não se resguardem efetivamente as liberdades públicas;
26. Tutela-se, desse modo, a própria *democracia substancial*, entendida não mais apenas como uma expressão do princípio majoritário, mas principalmente como um espaço de desenvolvimento dos seres humanos e da proteção de seus direitos fundamentais. Não se fala somente da liberdade para decidir dessa ou daquela forma, mas do estabelecimento de campos em que ao Estado não se permite *decidir* (proibição de excesso) ou *não decidir* (proibição de proteção deficiente);
27. Nesse contexto de controle dos atos dos agentes públicos no exercício do poder, a Lei de Abuso de Autoridade definiu sanções civis, administrativas e penais, cuja aplicação e processamento são independentes. Quanto à responsabilidade administrativa, a lei não inovou, remetendo-se ao procedimento e às punições fixadas no estatuto da carreira respectiva. Quanto à responsabilidade civil, esta foi direcionada ao agente público, em descompasso com a doutrina da responsabilidade objetiva do Estado pelos atos de seus agentes, medida que, além de dar maior efetividade à reparação dos danos causados aos particulares, foi expressamente acolhida pela Constituição Republicana de 1988 e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal;
28. A responsabilidade penal, por sua vez, decorre do procedimento especial regulado pela Lei de Abuso de Autoridade e envolve a aplicação de penas de multa, privativa de liberdade, perda do cargo e inabilitação para o exercício de outra função pública e proibição do exercício de funções de natureza policial ou militar no município da culpa. Cabe destacar que, dada a natureza de crime de menor potencial ofensivo, são aplicáveis ao caso as disposições mais benéficas de natureza procedimental e material previstas na Lei dos Juizados Especiais Criminais e no Código Penal, tais como a suspensão condicional do processo, transação penal, substituição da pena e suspensão condicional da pena;

29. Quanto aos tipos penais, foram previstas no art. 3º da Lei nº 4.898/65 condutas de atentados gerais às liberdades públicas. Já no art. 4º, previram-se tipos especiais de violação aos direitos fundamentais. Todos os tipos estão ligados à tutela de alguma das liberdades consagradas na carta de direitos fundamentais da Constituição Republicana de 1988, em sua maioria previstas em dispositivo expresse to texto constitucional;
30. Apesar de se tratar da proteção imediata de bens jurídicos de grande valor (liberdades fundamentais), e da tutela mediata da própria conformação social do Estado Social e Democrático de Direito, os crimes tipificados nos art. 3º e 4º da Lei nº 4.898/65 tiveram cominada a pena de detenção, de dez dias a seis meses, o que os classifica como “crimes de menor potencial ofensivo”. Tendo em conta a proporcionalidade cardinal, que relaciona a importância do bem jurídico protegido e a gravidade da conduta com a quantidade de pena cominada, verifica-se que há um descompasso entre a resposta penal prevista pelo legislador, a necessidade de tutela do bem jurídico e a reprovação social da conduta;
31. Ademais, tendo em conta a proporcionalidade ordinal, que relaciona a pena cominada a um crime com a tabela de valoração do legislador em relação aos demais crimes de mesma espécie, verifica-se que a resposta penal prevista para o crime de Abuso de Autoridade fica muito aquém daquela prevista para os crimes contra o patrimônio público, como o peculato e a corrupção. A opção do legislador definiu a punição destes últimos em nível vinte e quatro vezes maior que aquela definida para os primeiros. Considerando se tratar de crimes em que se utiliza o mesmo meio (abuso de poder) para violar bens jurídicos de dignidade semelhante (patrimônio público, como meio de satisfação de demandas materiais de direitos fundamentais; e liberdades públicas, como meio de consolidação do regime democrático e do Estado de Direito), o critério de escalonamento das penas resta violado, o que configura a desproporcionalidade ordinal;
32. Constatada a desproporcionalidade da Lei nº 4.898/65, deve-se verificar que, por se tratar de norma insuficiente para a tutela do bem jurídico que deveria ser adequadamente protegido, impõe-se ao legislador a atuação no sentido de cominar penas que sejam mais eficazes no combate a tais condutas, promovendo a efetiva responsabilização dos agentes públicos que violem, por abuso de poder, as liberdades fundamentais. É dizer, impõe-se ao legislador a adequação da lei para dar a resposta penal adequada e suficiente para a proteção efetiva dos bens jurídicos em jogo;

33. Para os casos, contudo, em que sejam aplicáveis os art. 322 e 350, IV do Código Penal, é possível a aplicação do postulado da proporcionalidade, enquanto proibição de infraproteção, para manter sua aplicação, a despeito de regulação da matéria pela Lei de Abuso de Autoridade, tendo em vista o fato de que a especialidade é critério de interpretação e concretização do direito contemporâneo ao fato e, no caso da Lei em comento, inadequada para a tutela dos bens jurídicos em jogo.

REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. *BVerfG, 2 BvF 2/90 of 05/28/1993, paragraphs No. (1 - 434)*. Disponível em:
http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/fs19930528_2bvf000290en.html.
 Acesso em: 27 out. 2012.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação penal especial*. 3 ed. rev., atual. E aum. São Paulo: Saraiva, 2007.
- APPIO, Eduardo. *Direito das minorias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista diálogos jurídicos*. Ano I. vol. I. nº 4. Jul/2001. Salvador.
- BACON, Francis. *Novum Organum ou Verdadeiras Indicações acerca da Interpretação da Natureza*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- BARATTA, Alessandro. La política Criminal y el Derecho Penal de la Constitución: Nuevas Reflexiones sobre el modelo integrado de las Ciencias Penales. In: STRECK, Lênio Luiz. *O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht): O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes?* Disponível em:
 <http://leniostreck.com.br/index2.php?option=com_docman&task=docview&gid=66&Itemid=40>. Acesso em: 22 de setembro de 2012.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*. In: *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Organização de Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____; BARROSO, Luís Roberto. *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In: *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Organização de Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Luís Roberto Barroso (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BATISTA, Nilo, *Introdução Crítica ao direito penal Brasileiro*, 4. ed., Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.
- BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- BECHARA, Fábio Ramazzini. *Legislação penal especial*. 3 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____; MOLINA, Antônio García-Pablos de, GOMES, Luiz Flávio. *direito penal: introdução e princípios fundamentais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. 15. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; e MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC 12040: Voto condutor*. Rel. Min. Jorge Scartezzini. Julgamento em 28/08/2002.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 781.957*. Relatora Des. Convocada Jane Silva. DJe de 12 de agosto de 2008
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 163282: Ementa*. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Julgamento em 15/05/2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 12.614*. Relator Min. Cid Flaquer Scartezzini. DJe de 24 de junho de 1992.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 77962: Ementa*. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em 11/12/1998.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 59.403*. Relator Min. Cordeiro Guerra. DJ de 23 de abril de 1982.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 91.952*. Rel. Min. Marco Aurélio Mello. DJe nº 241 de 18 de dezembro de 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 327.904*. Relator Min. Carlos Ayres Britto. DJ de 08 de setembro de 2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 344.133*. Relator Min. Marco Aurélio Mello. DJe-216, de 14 de novembro de 2008)
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 11*. DJe nº 157 de 22 de agosto de 2008
- BUNGE, Mario. *La investigación científica*. Barcelona: Ariel, 1976.
- CABRAL, Juliana. *Os tipos de perigo e a pós-modernidade: Uma contextualização histórica da proliferação dos tipos de perigo no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2009.
- _____. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, 2. ed., trad. Antonio Menezes Cordeiro, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CARVALHO, Luis Borges de. *Jurisdição Constitucional & Democracia: Integridade, Pragmatismo nas Decisões do STF*. Curitiba: Juruá, 2007.

CHOUKR, Fauzi Hassan. O que é garantismo In *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002

COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2006.

_____. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2011.

_____. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2007.

DELEUZE, Gilles. *Lógica do Sentido*. São Paulo: Perspectiva, 1994.

DERRIDA, Jacques. *A Escritura e a Diferença*. São Paulo: Perspectiva, 1995.

DESCARTES, René. *Discurso do Método*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

_____. *Regras para a direção do espírito*. São Paulo : Editora Martin Claret, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português – Parte Geral II: Consequências jurídicas do crime*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____. *Direito penal: Parte Geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. *Temas básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. 3. ed. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, Trad. Nelson Boeira, São Paulo, Martins Fontes, 2002.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ECO, Humberto. *Como se faz uma tese em ciências humanas*. 13. ed. Trad. Ana Falcão Bastos e Luís Leitão. Milão: Presença, 1997.

ELY, John Hart. *Democracia y Desconfianza: una teoría del control constitucional*. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1997.

ENGLISH, Karl, *Introdução ao pensamento jurídico*, 7. ed., Lisboa: Trad. J. Baptista Machado, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. [STC 53/1985] *apud*: STRECK, Lênio Luiz. *O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht): O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes?* Disponível em:

<http://leniostreck.com.br/index2.php?option=com_docman&task=docview&gid=66&Itemid=40>. Acesso em: 22 de setembro de 2012.

FASSÒ, Guido. *Historia de La Filosofía Del Derecho: La Edad Moderna*. 3. ed. Madrid: Pirámide, 1966.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____. O garantismo desde sua perspectiva constitucional: projeções sobre o direito penal. *Revista de estudos criminais*. Ano X. nº 37. abr./jun. de 2010. p. 67-81.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: La ley Del más débil*. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

_____. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FEYERABEND, Paul. *Contra o Método*. Trad. Octanny S. da Mata e Leonidas Hegenberg. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.

FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS Vladimir Passos de. *Abuso de autoridade: Notas de legislação, doutrina e jurisprudência à Lei 4.898, de 09.12.1965*. 8 ed. rev., ampl. de acordo com a CF de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*.

GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GOMES, Luis Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Luís. *Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*. Revista Brasileira de Ciências Criminas, n. 49. jul./ago. 2004, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. *In: A Constitucionalização do Direito*.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Princípio da proporcionalidade e teoria do direito: Revista Jurídica da Universidade de Franca*, vol. 4, ano 3. Franca: Universidade de Franca, 2000.

HIRSCH, Andrew von. *Censurar y Castigar*.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 9. ed. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo : Perspectiva, 2005.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEIBHOLZ, Gerhard. *La nature et les formes de la démocratie*. Paris: Recuel Sirey, 1936.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. 7. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2001.

MACHADO, João Baptista. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. rev., atual. Até a EC nº 67/2010. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Direito penal: Sistemas, códigos e microssistemas*. Curitiba: Juruá, 2004.

- _____. *O conceito material de culpabilidade*. Salvador: JusPodivm, 2010.
- _____. O princípio da Proporcionalidade no direito penal. In: *Princípios Penais Constitucionais*. Ricardo Augusto Schmitt (org.). Salvador: JusPodivm, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. 3ª edição. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- _____. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1997.
- _____.; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação penal especial*. São Paulo: Atlas, 1999.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Leis especiais: aspectos penais*. 4 ed. rev., atual e aum. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1993.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*, Trad. Maria Ermentina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- POPPER, Karl. *Lógica das Ciências Sociais*. 3. ed. Trad. Estevão de Rezende Martins. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.
- POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. In: *Doxa: Cuadernos del filosofía del derecho*. Espanha: Doxa 21-II, 1998. p. 339-353.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. *Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- PRITTWITZ, Cornelius. “El derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Última Ratio?” In: *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 1999
- PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.
- QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- _____. *Direito penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

- _____. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Editorial Civitas, 1997.
- _____. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SANCHEZ, Jesús-María Silva, *A expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.
- _____. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 12, n. 47. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. *Direitos Fundamentais e direito penal: breves notas a respeito da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: a necessária e permanente busca da superação dos “fundamentalismos” hermenêuticos*. Revista da ESMESC, v. 15, n. 21, 2008.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SARTRE, Jean-Paul. *Questões de método*. São Paulo: Nova Cultural, 1987.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 4.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: *Revista dos Tribunais* 798. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

_____. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca de um direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

STAEHELIN, Gregor. “¿Es compatible la prohibición de infraprotección con una concepción liberal del. Derecho penal?” In: *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 1999

STRECK, Lênio Luiz. “A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais”. In: *Revista da Ajuris*, n. 97, p. 171-202.

_____. *Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. Disponível em:

<http://leniostreck.com.br/index2.php?option=com_docman&task=docview&gid=66&Itemid=40>. Acesso em: 22 de setembro de 2012

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht): O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes?* Disponível em:

<http://leniostreck.com.br/index2.php?option=com_docman&task=docview&gid=66&Itemid=40>. Acesso em: 22 de setembro de 2012.

_____. *O princípio da proibição de proteção deficiente (untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*. Disponível em:

<http://leniostreck.com.br/index2.php?option=com_docman&task=docview&gid=66&Itemid=40>. Acesso em: 22 de setembro de 2012.

_____. *Verdade e consenso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro, *direito penal Brasileiro- I, Teoria Geral do direito penal*. Rio de janeiro, Revan, 2004.

_____.; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.