



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ  
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**Manuela Bitar Lelis dos Santos Pickerell**

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA PENA  
DES PROPORCIONAL**

Em busca da resposta certa

Belém  
2015

**Manuela Bitar Lelis dos Santos Pickerell**

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA PENA  
DES PROPORCIONAL**

Em busca da resposta certa

Tese apresentada ao Curso de Doutorado do Programa de Pós-graduação em Direito do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará, como requisito para a obtenção do título de Doutora em Direito.  
Orientador: Prof. Dr. Marcus Alan de Melo Gomes.

Belém  
2015



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ  
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**Manuela Bitar Lelis dos Santos Pickerell**

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA PENA  
DES PROPORCIONAL**

Em busca da resposta certa

Tese apresentada ao Curso de Doutorado do Programa de Pós-graduação em Direito do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará, como requisito para a obtenção do título de Doutora em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marcus Alan de Melo Gomes.

Aprovada em: \_\_\_\_\_.\_\_\_\_\_.\_\_\_\_\_

Conceito: \_\_\_\_\_

**Banca Examinadora**

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Marcus Alan de Melo Gomes  
Orientador

\_\_\_\_\_  
Prof. \_\_\_\_\_  
Membro

\_\_\_\_\_  
Prof. \_\_\_\_\_  
Membro

\_\_\_\_\_  
Prof. \_\_\_\_\_  
Membro

\_\_\_\_\_  
Prof. \_\_\_\_\_  
Membro

A você que sempre esteve ao meu lado, e me mostrou o verdadeiro amor que pode existir entre dois espíritos.

A você que me ensinou o sentido da vida e a ter fé no futuro.

A você que durante tantos anos foi o meu melhor sorriso e enxugou todas as minhas lágrimas.

A você que me ajudou a dar os primeiros passos, abriu tantas portas, segurou minha mão, me colocou no colo, e me deu um herói nesta vida.

A você que ainda é a minha força, o meu esteio e a minha melhor lembrança.

A você, meu pai, eu digo: a saudade é um privilégio só daqueles que sabem o que é amar.



## **AGRADECIMENTOS**

Não é fácil concluir uma tese de doutoramento. Angústias, dúvidas, perguntas que parecem sem resposta. Embora seja um trabalho que requer, em muitos momentos, a solidão, existem pessoas que amenizam as dificuldades, tornando tudo mais simples, encorajando-nos sempre a seguir adiante. É muito bom perceber e sentir as pessoas que realmente estão ao nosso lado, apoiando-nos sempre. A gratidão é a lembrança do coração, por isso essa parte da tese é tão especial. Divido, portanto, este momento com aqueles que, direta ou indiretamente, muito ajudaram nesta realização.

A Deus, pela dádiva de viver e aprender, e, acima de tudo, pela fé que tanto me fortalece.

À Universidade Federal do Pará, responsável pela minha formação intelectual desde o jardim de infância. Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA e à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, por terem possibilitado esta pesquisa.

Ao professor, educador e orientador, Dr. Marcus Alan de Melo Gomes. É privilégio de poucos serem seus orientandos, tendo a sorte de conviver com um orientador tão dedicado, gentil, tranquilo, parceiro e compreensivo. Muito obrigada, professor, pelo saber transmitido, pela dedicação incansável, pela cordialidade e afabilidade com que sempre me recebeu e pelos livros que me confiou.

Aos professores que integraram a banca de qualificação, Dr. Antônio Gomes Moreira Maués e Dra. Ana Cláudia Bastos de Pinho, pelas preciosas observações. Mas, pelo que representam para esta tese, não bastam estas poucas palavras.

Ao Prof. Dr. Antônio Maués, o meu sincero agradecimento pelo auxílio sempre cordialmente oferecido, por me fazer entender e aceitar Dworkin. Sem dúvida, esta tese não seria a mesma sem o senhor. Deixo aqui registrada a minha admiração pelo exemplo de educador e pelo amor ao ensino de qualidade.

À professora e amiga Dra. Ana Cláudia Pinho, que, como já dito antes, pouco sabe o quanto é responsável por minha paixão pelo Direito Penal e pela docência. Você sempre foi meu exemplo de professora e penalista. Obrigada por abrir tantas portas em meu caminho. Obrigada pela presença constante e pelas preciosas lições, desde o primeiro dia de aula de Direito Penal I. Obrigada pelo carinho que sempre me dedicou. Obrigada pelas conversas e pelas reflexões que fizeram desta tese um texto muito melhor.

Aos meus amigos, por tornarem a vida um lugar mais divertido e por estarem por perto mesmo nos momentos mais difíceis. Em especial, obrigada a Luma Scaff e a Vivian Vidal, pelas ideias trocadas, pelo auxílio com o texto e por me ouvirem de forma incansável. Obrigada também a Breno Baía, pelas boas conversas.

A todos os familiares, pelo carinho, amizade e apoio. Pelos agradáveis momentos de convivência e por se fazerem presentes quando mais preciso. Com uma lembrança em particular aos meus avós, pelo exemplo de vida, ao meu afilhado, que me traz tanta alegria, aos meus sogros, cunhados e sobrinhas, por fazerem desta uma família ainda maior e mais rica, e em especial a Luiz Fernando, por ser o irmão que a vida me deu.

Ao meu marido, Giovanni Pickerell, por estar ao meu lado em todos os momentos, meu ponto de equilíbrio, meu porto seguro, a luz do farol que me indica o caminho a seguir. Um amor construído e vivenciado a cada dia. Obrigada pela força com que sempre me incentivou a seguir adiante, por vibrar com minhas conquistas, por me ajudar a realizar meus sonhos, por me permitir ser assim, exatamente como sou! Sem você ao meu lado, tudo seria muito mais difícil.

Às minhas irmãs, Michelle e Isabelle, por serem as melhores amigas que eu poderia ter. Minhas parceiras, minhas confidentes, minhas mães. Vocês são minha essência, minha felicidade, meu sentido. A vocês dedico os momentos mais lindos da minha vida, porque vocês sempre estiveram presentes, em cada um deles, e sei que sempre estarão.

Aos meus pais, Roberto e Leila, por serem o exemplo do verdadeiro amor. Por terem me possibilitado tudo o que tenho e sou. Meus grandes ídolos e meus maiores fãs. Obrigada por fazerem deste mundo um lugar tão belo. A vocês dedico todas as realizações da minha vida.

A modéstia é uma atitude, não uma vocação. Somos modestos não quando damos as costas a difíceis questões teóricas sobre nossos papéis e nossas responsabilidades enquanto pessoas, cidadãos e autoridades, mas quando enfrentamos essas questões com uma energia e uma coragem forjadas numa nítida percepção de nossa própria falibilidade. Nossa capacidade de emitir juízos de valor a partir da reflexão pode nos impor mil maneiras diversas de autocontrole, mas aceitá-las só será um ato de modéstia se tais juízos tiverem sido, verdadeira e plenamente, o resultado de um processo de reflexão.

(Dworkin)

## RESUMO

A pesquisa constata a necessidade de se efetivar no Brasil o controle de constitucionalidade da pena desproporcional. Caso a mácula da pena esteja na incriminação da conduta, o juiz deverá absolver o réu. Entretanto, caso a mácula esteja apenas no *quantum* excessivo da pena em abstrato, então o magistrado deverá afastar o preceito secundário sancionador, aplicando ao caso outra pena, retirada do ordenamento jurídico-penal pátrio, que se apresente proporcional à situação. A teoria de Dworkin possibilita esse controle de constitucionalidade ao demonstrar que uma decisão que leva para o fórum dos princípios a discussão do direito consagra a democracia, e não o contrário. Ademais, ao apresentar o direito como uma prática argumentativa que visa dar ao caso a resposta certa, a qual será alcançada mediante uma interpretação construtiva dos princípios morais da comunidade, Dworkin amarra esta eleição da nova pena, afastando-a do decisionismo judicial. Para a eleição da pena substitutiva, o julgador deverá pesquisar o princípio instituidor da incriminação, buscando-o em outro tipo penal. Essa será a pena (resposta certa) a ser aplicada ao caso concreto.

**Palavras-chave:** Controle de constitucionalidade. Pena desproporcional. Dworkin. Integridade. Princípio instituidor.

## **ABSTRACT**

The research notes the need to accomplish in Brazil the judicial review of disproportionate penalty. If the stain pen is in jeopardy of conduct, the judge must acquit the defendant. However, if the stain remains at excessive quantum of sentence in the abstract, then the judge should disregard the sanctioning secondary rule applying to the case another penalty, withdrawal of paternal criminal legal system, which is proportional to the present situation. The Dworkin's theory allows this judicial review to show that a decision leading to the principles of the law of the discussion forum devoted to democracy, and not vice versa. Moreover, the present law as an argumentative practice that aims to give the case the right answer, which will be achieved through a constructive interpretation of the moral principles of the community, Dworkin tie this election of the new sentence, away from the judicial decisionism. For the election of substitute penalty, the judge must find the settlor principle of incrimination, seeking it in another criminal type. This will be worth (right answer) to apply to the case.

**Keywords:** Judicial Review. Disproportionate penalty. Dworkin. Integrity. Principle Settlor.

## SOMMARIO

La ricerca constata la necessità di effettuare in Brasile il controllo di costituzionalità della pena sproporzionale. In caso la *macula* della pena stia nell'incriminazione della condotta, il giudice dovrà assolvere l'imputato. Tuttavia, in caso la *macula* stia solo nel *quantum* eccessivo della pena in astratto, allora il magistrato dovrà allontanare il precetto secondario sanzionatore, applicando al caso un'altra pena, tratta dall'ordinamento giuridico-penale patrio, che sia proporzionale alla situazione. La teoria di Dworkin rende possibile questo controllo di costituzionalità al dimostrare che una decisione che porta al forum dei principi la discussione del diritto, consacra la democrazia e non il contrario. Inoltre presenta il diritto come una pratica argomentativa che mira a dare al caso la risposta giusta, la quale sarà raggiunta mediante un'interpretazione costruttiva dei principi morali della comunità. Dworkin lega questa elezione della nuova pena, allontanandola dal decisionismo giudiziario. Per l'elezione della pena sostitutiva, il giudice dovrà individuare il principio istitutore dell'incriminazione, cercandolo in un altro tipo penale. Questa sarà la pena (risposta giusta) da applicare al caso concreto.

**Parole-chiave:** Controllo di costituzionalità. Pena sproporzionale. Dworkin. Integrità. Principio istitutore.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	13
<b>2. INTERPRETANDO O DIREITO E DIZENDO AQUILO QUE ELE DEVE SER: CAMINHANDO COM RONALD DWORKIN</b> .....	18
<b>2.1 A teoria: o direito como integridade</b> .....	23
<b>2.2 O caminho: a busca pela resposta certa</b> .....	39
<b>2.3 A legitimidade da revisão judicial</b> .....	54
<b>3. O NECESSÁRIO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA PENA À LUZ DA PROPORCIONALIDADE</b> .....	60
<b>3.1 Uma releitura do princípio da proporcionalidade</b> .....	64
3.1.1 <i>Uma noção da proporcionalidade a partir do direito como                 integridade</i> .....	73
3.1.2 <i>Crítica à ponderação alexyana</i> .....	83
3.1.3 <i>O princípio da proporcionalidade como um valor constitucional</i> .....	95
3.1.4 <i>O princípio instituidor da intervenção mínima e o Estado Demo-                 crático de Direito</i> .....	97
3.1.5 <i>A Constituição autoriza a interpretação de que a proporcio-                 nalidade pode ser vista, também, como “proibição de proteção                 deficiente”?</i> .....	110
<b>3.2 O controle de constitucionalidade da pena</b> .....	119
3.2.1 <i>A declaração parcial de inconstitucionalidade</i> .....	134
3.2.2 <i>Uma resposta que se aplica apenas ao controle difuso</i> .....	141
<b>4. (DES)CONSTRUINDO AS DECISÕES PENAIIS</b> .....	145
<b>4.1 Primeira decisão: a soberania do legislativo e a incapacidade dos             princípios</b> .....	151
<b>4.2 Segunda decisão: por que não absolver?</b> .....	163



<b>4.3 Terceira decisão: a diferença entre a arbitrariedade judicial e a decisão legítima. Porque os fins não justificam os meios! .....</b>	<b>170</b>
4.3.1 <i>Analisando a (não) argumentação das decisões.....</i>	181
4.3.2 <i>A resposta certa: a análise do princípio instituidor .....</i>	190
4.3.3 <i>O voto divergente .....</i>	192
<b>5. CONCLUSÃO .....</b>	<b>195</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>199</b>
<b>ANEXOS .....</b>	<b>206</b>

# 1 INTRODUÇÃO

Ao se iniciar o estudo do Direito Penal, logo vem a ideia de que, para a proteção dos valores mais caros a determinada sociedade, o Estado deve utilizar-se, em um primeiro momento, dos meios menos lesivos à esfera de direitos dos cidadãos, reservando a sanção criminal tão somente para as hipóteses em que tais meios de controle restem insuficientes ou ineficazes.

Tal diretriz pode ser extraída sem dificuldades da própria Constituição e da consagração do Estado Democrático de Direito, dirigindo-se primordialmente ao legislador ordinário, a quem cabe selecionar as ações humanas passíveis de criminalização, cominando-lhes uma sanção que seja proporcional.

Apesar disso, não é difícil constatar que, nos últimos tempos, o Direito Penal vem sendo acometido por uma profunda expansão, que se manifesta ora no incremento dos espaços destinados à incidência de suas normas, ora no agravamento das reprimendas impostas à violação de interesses já tutelados anteriormente por essas mesmas normas. Impulsionado por uma tendência inflacionária do Direito Penal, o legislador deixa de observar com frequência os pressupostos mínimos para o desenho da tutela penal, ignorando valores constitucionais, e jogando no mundo jurídico incriminações desnecessárias e penas desproporcionais.

É notória a falta de critérios na cominação da pena em abstrato, o que torna a legislação penal um emaranhado de regras em desconformidade com os valores constitucionais.

O presente estudo nasceu da inquietação gerada pela constatação de tantas penas desproporcionais que são aplicadas aos casos concretos simplesmente porque estão previstas em lei, sem que se pense o direito, sem que se reflita sobre a legitimidade da aplicação daquela pena. Como diria Dworkin, estas

não são perplexidades para ficarem guardadas no armário e serem trazidas em um dia chuvoso. É preciso enfrentar o problema<sup>1</sup>.

De início, pretendia-se apenas afirmar que o magistrado deveria afastar essa pena desproporcional, e poderia, nesses casos, aplicar outra pena ao caso concreto. Entretanto, logo se percebeu a necessidade de ir além, de investigar parâmetros que servissem ao magistrado na busca dessa nova pena, para que essa decisão não fosse arbitrária e contrária à Constituição.

Ou seja, identificada a desproporcionalidade da pena cominada pelo legislador, o juiz não poderá aceitá-la, aplicando-a ao caso sob julgamento, eis que assim estaria violando o direito do indivíduo à pena justa, e, por conseguinte, o seu direito à liberdade. Duas soluções restariam ao magistrado: declarar a inconstitucionalidade total da incriminação, absolvendo o acusado; ou declarar a inconstitucionalidade parcial do dispositivo, afastando apenas o preceito secundário sancionador.

Caso a mácula da pena esteja na incriminação em si, por ser esta desnecessária, o juiz deverá aplicar a primeira solução; entretanto, caso a mácula esteja tão somente no *quantum* da pena, por esta se apresentar excessiva diante do caso concreto, então a decisão judicial deverá seguir a segunda solução: o magistrado deverá declarar a inconstitucionalidade do preceito secundário sancionador, afastando somente a pena, mas não a incriminação da conduta.

Uma vez afastada, surgirá a necessidade de encontrar uma pena substitutiva a esta, uma pena que se apresente proporcional ao caso concreto.

Para que essa eleição judicial não seja arbitrária, o juiz precisará seguir alguns critérios, os quais irão autorizar e legitimar essa decisão. Como dito, este estudo propõe-se a descobrir e declarar esses critérios, eis que a proporcionalidade da pena é uma exigência constitucional que precisa ser efetivada.

---

<sup>1</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010b. p. 24.

Ao buscar tais critérios, encontrou-se no caminho a teoria de Dworkin, que, por meio da ideia do direito como integridade e da necessidade de as decisões judiciais estarem pautadas em princípios, amarra tais decisões, afastando-as da discricionariedade judicial que tanto se busca combater em um Estado Democrático de Direito.

A pesquisa aposta na teoria do direito de Dworkin para a construção de constrangimentos democráticos ao poder do juiz criminal, de forma que a substituição da pena desproporcional não se torne uma atividade perniciosa.

Pretende-se defender que o Direito não é fruto de descobertas ou invenções judiciais, mas sim uma prática argumentativa, na qual as decisões judiciais devem representar a resposta certa ao caso concreto, a melhor interpretação possível das leis, da doutrina, da prática jurídica como um todo, mas também a melhor resposta para o futuro da sociedade, respeitando sempre os princípios morais que a regem.

É importante ressaltar aqui que propostas como a de Dworkin são indispensáveis em países como o Brasil, em que o projeto de uma democracia constitucional ainda não se solidificou e a real proteção dos direitos fundamentais é, portanto, um desejo<sup>2</sup>.

Assim, o que ficará claro no decorrer desta tese é que a legitimidade da decisão judicial que substitui a pena desproporcional não está apenas no fim alcançado (uma nova pena aplicada), mas no meio escolhido, no caminho, nos argumentos que foram utilizados para eleger essa nova pena. Essa decisão deve estar exaustivamente fundamentada em critérios que sejam aceitos constitucionalmente e que representem os princípios morais que regem o Estado brasileiro. Como afirma Streck, “a justificativa é condição de possibilidade da legitimidade da decisão”<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 125.

<sup>3</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 357.

Percebe-se, portanto, que esta tese tem dois pontos principais: primeiro, defender que é possível realizar o controle de constitucionalidade da pena; e, segundo, que, ao se eleger a pena substitutiva, deve-se fazê-lo por meio de uma decisão fundamentada em critérios legítimos, pautados na Constituição.

Para tanto, o trabalho será desenvolvido em três capítulos. No primeiro se apresentará a teoria de Dworkin, que servirá como referencial teórico desta pesquisa, eis que o direito como integridade tanto legitima o controle de constitucionalidade da pena, como apresenta critérios a serem considerados na eleição da pena substitutiva. No segundo, trabalhar-se-á precisamente com o controle de constitucionalidade, demonstrando que não só é possível, mas necessário, fazê-lo, e que o princípio da proporcionalidade autoriza a declaração de inconstitucionalidade da pena excessiva. No terceiro, serão analisadas três decisões judiciais, com o intuito de tornar a tese mais elucidativa, explicitando melhor a possibilidade de fazer o controle de constitucionalidade à luz da proporcionalidade, explicando por que não se deve declarar a inconstitucionalidade total do dispositivo, e desenvolvendo a ideia do princípio instituidor como critério na busca da pena proporcional ao caso concreto.

Nota-se que a eleição das três decisões que serão abordadas no último capítulo desta pesquisa foi qualitativa. Optou-se por buscar decisões que versassem sobre o mesmo dispositivo legal, para que, assim, o foco da discussão estivesse no controle de constitucionalidade, na pena desproporcional e no princípio instituidor, e não no dispositivo em questão. Delimitado este âmbito de pesquisa, passou-se a procurar decisões que versavam sobre o art. 273 do CP (o qual fora eleito apenas por haver uma decisão do STJ que apreciava a inconstitucionalidade do mesmo nos moldes do trabalho) e que abordassem os três pontos principais do último capítulo: não é possível fazer o controle; deve-se fazer o controle afastando a incriminação como um todo; deve-se afastar apenas o preceito secundário sancionador.

Desde já, é importante destacar a necessidade de se entender que a Constituição de 1988 consagrou uma nova realidade no Direito Penal, uma realidade que respeita o Estado Democrático de Direito, e que, diante dos princípios que foram abraçados pelo texto constitucional, exige que a intervenção penal seja mínima.

O grande problema é que se vive um verdadeiro preconceito constitucional. Em muitos momentos se negam os valores constitucionais em prol de legislações positivistas e ultrapassadas. Como informa Lopes Jr., vive-se uma baixa constitucionalidade psíquica, e é necessário lutar contra ela<sup>4</sup>.

A Constituição da República Federativa do Brasil é recheada de princípios, de valores morais que devem reger essa sociedade. Esses princípios que, hoje, a integram, destacam valores e sonhos que, antes do papel, já existiam no seio da comunidade e que foram para lá trasladados, na demonstração de que os princípios possibilitam ao Direito interagir com o mundo prático<sup>5</sup>. É preciso, pois, entender que a Constituição deve constituir-a-ação<sup>6</sup>, e que ela traz os princípios reclamados por Dworkin para se alcançar uma comunidade fraterna, uma resposta certa e um direito íntegro.

---

<sup>4</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal* (fundamentos da instrumentalidade garantista). 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 43.

<sup>5</sup> PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo* cit., p. 21.

<sup>6</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013a. (Coletânea O que é isso – v. I). p. 116.

## 2 INTERPRETANDO O DIREITO E DIZENDO AQUILO QUE ELE DEVE SER: CAMINHANDO COM RONALD DWORKIN

A teoria do direito como integridade de Dworkin<sup>7</sup> apresenta-se como o pano de fundo desta pesquisa, eis que a sua exigência de coerência e fundamentação irá nortear a decisão judicial. O primeiro – e principal – critério a legitimar essa decisão é a argumentação, pautada em princípios<sup>8</sup>. A teoria dworkiana irá autorizar o controle constitucional da pena, mas, ao mesmo tempo, funciona como um antídoto contra o risco do decisionismo e do ativismo judicial. O limite do decisionismo vem do verdadeiro exercício interpretativo, da fundamentação coerente, da argumentação com base em princípios.

Pinho adverte que a insistência para que o juiz tenha, sim, freios e controles não se deve a nenhuma profissão de fé contra a judicatura. Pelo contrário. O Poder Judiciário possui um papel fundamental no modelo de Estado Democrático de Direito, afinal a realização dos direitos fundamentais não se daria de forma plena sem a intervenção firme dos juízes. Por outro lado, e exatamente por essa inegável responsabilidade, seus atos precisam ser controlados. A defesa da imposição de constrangimentos deriva, assim, de uma necessidade democrática. O juiz há de dar satisfação à realidade inaugurada com a nova ordem constitucional. O cidadão tem

---

<sup>7</sup> Embora o pensamento de Dworkin seja construído nas bases do *common law*, ficará claro, ao se discorrer sobre este, que a teoria da integridade, pela propriedade das suas informações e pela abrangência de suas ideias, adéqua-se aos sistemas romano-civilistas, em especial o brasileiro, que adota o controle de constitucionalidade misto. Dada a magnitude da teoria do direito como integridade, é absolutamente viável sua aplicação – guardadas as devidas ressalvas e adaptações – a uma proposta de controle da arbitrariedade judicial no Brasil. Como afirma Streck: “parece desnecessária a advertência de que não se está a tratar de simples transplantação de uma sofisticada tese do *common law* para o terreno do *civil law*. Há, inclusive, nítida vantagem em falar de princípios – e na aplicação destes – a partir da Constituição brasileira” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* cit., p. 570). “Do mesmo modo, há uma vantagem na discussão da relação ‘direito-moral’ desde o imenso e intenso catálogo principiológico abarcado pela Constituição do Brasil” (STRECK, Lenio Luiz. *Decido conforme minha consciência?* cit., p. 110).

<sup>8</sup> Segundo Streck, os princípios aparecem como os indícios formais que mostram o caminho legítimo para a formação do direito. Um homem que constrói sua vida conduzindo suas ações por meio de princípios, legitima sua obra de modo que poderá dizer que tem uma vida boa. Também uma comunidade política que estrutura seu direito num todo coerente de princípios, legitima a força do poder político do Estado (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* cit., p. 500).

direito a uma resposta constitucionalmente adequada, tem o direito de que sua vida não seja decidida em um jogo de dados<sup>9</sup>.

O Direito não é fruto de descobertas miraculosas de textos preestabelecidos, tampouco de invenções do juiz, mas uma prática social argumentativa, em que as decisões jurídicas são, sempre, respostas corretas a casos concretos, por meio de uma interpretação construtiva, na qual o juiz precisa fornecer a melhor interpretação moral possível da prática jurídica e das leis<sup>10</sup>.

O juiz não deve descobrir nem inventar o Direito: a questão é argumentar. Para Dworkin, o Direito é um conceito interpretativo, portanto, a prática do direito é argumentativa. É um contínuo construir – como um romance em cadeia<sup>11</sup> – trazendo para o fórum dos princípios<sup>12</sup> toda a discussão e a interpretação do caso concreto, buscando na moralidade política<sup>13</sup> e nas práticas sociais a melhor decisão possível, ou seja, a resposta certa<sup>14</sup>.

O direito como integridade exige que o juiz respeite as instituições jurídicas, sem que isso signifique ficar atrelado à lei, podendo justificar a quebra de paradigmas a partir de decisões fundamentadas em princípios. A tradição pode se ver prejudicada em nome, por exemplo, de um valor constitucional maior, como o princípio da proporcionalidade, e a coerência pode ser entendida como o respeito

---

<sup>9</sup> PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo* cit., p. 129.

<sup>10</sup> Idem, *ibidem*, p. 22.

<sup>11</sup> Os conceitos trabalhados por Dworkin, como interpretação construtiva, integridade, convencionalismo, pragmatismo, romance em cadeia, resposta certa, moralidade política, adequação, justificação etc., serão discutidos no decorrer deste capítulo.

<sup>12</sup> Sobre *O fórum do princípio*, Dworkin discorre no segundo capítulo da primeira parte de sua obra *Uma questão de princípio* (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 41-103).

<sup>13</sup> A moralidade política em nada se confunde com a moralidade pessoal do juiz. O juiz deve decidir com base em princípios, estando vinculado a estes. Dworkin não pactua com o ativismo judicial, nem com decisões arbitrárias, e são exatamente os princípios de moralidade política que irão restringir a atividade judicial. O limite há de estar claro. Daí a imprescindibilidade da fundamentação das decisões.

<sup>14</sup> Dworkin entende que existe, para cada caso, uma resposta certa, que será a melhor argumentação construída a partir de critérios de princípios. A resposta certa é aquela que passa pelo teste da integridade (adequação e justificação) e que respeita as questões de moralidade política. O juiz que adota o direito como integridade, deverá sempre buscar a resposta certa, ou seja, a que entende mais adequada aos princípios da comunidade em que está inserido. Todos esses conceitos de Dworkin serão aprofundados no decorrer da pesquisa.



aos valores mais importantes da Constituição<sup>15</sup>. Para Dworkin, a integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por essa razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo<sup>16</sup>.

Como bem salienta Pinho, em determinadas circunstâncias, o passado poderá ser rompido, alguns paradigmas serão quebrados, sem, contudo, desarmonizar o Direito. É bem verdade que a integridade respeita o que já fora produzido. Mas este respeito não pode ser o engessamento do passado. Até porque o processo é vivo. Um ciclo pode encerrar-se, mas o Direito sobrevive e precisa ser transmutado. Um sentido atribuído no passado pode não mais condizer com as expectativas de justiça do presente e, então, muda. Percebe-se, portanto, que a moralidade política é um conceito dinâmico, que não se deixa aprisionar<sup>17</sup>.

Ao declarar a inconstitucionalidade do preceito secundário da norma incriminadora, o juiz estará se afastando da linha das decisões anteriores – considerando-se que, até o momento, são poucas as decisões que abraçam este controle –, mas o fará em busca da fidelidade com um princípio constitucional<sup>18</sup>.

Os juízes devem tomar decisões de princípios, decisões pautadas na moralidade política. Decisões sobre que direitos as pessoas têm em determinado sistema, considerando o todo, voltando os olhos para a totalidade das ordenações, recordando sempre que a Constituição é a mãe de todas as leis e a guardiã da democracia. Isso permitirá que as decisões estejam pautadas em um direito como integridade, não sendo a mera reprodução de uma lei injusta e inconstitucional, como exigiria o convencionalismo. O próprio Dworkin reconhece que a integridade é uma norma mais dinâmica e radical do que pode parecer, pois incentiva um juiz a

---

<sup>15</sup> Para Cappelletti: “A Constituição pretende ser, no Direito moderno, uma forma legalista de superar o legalismo [...]” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p. 129).

<sup>16</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 264.

<sup>17</sup> PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo* cit., p. 92.

<sup>18</sup> Segundo Streck, no Brasil, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* cit., p. 571).

ser mais abrangente e imaginativo em sua busca de coerência com o princípio fundamental<sup>19</sup>. Quando o juiz declarar a inconstitucionalidade da pena prevista em lei à luz do princípio da proporcionalidade, ele estará respeitando uma coerência constitucional.

O que se propõe é que os juízes, diante dos casos concretos, façam uma releitura constitucional dos tipos penais à luz do princípio da proporcionalidade, o que não representa um ativismo judicial, mas uma interpretação construtiva com o intuito de corrigir as flagrantes violações de direitos fundamentais<sup>20</sup>. O direito como integridade exige do juiz esse controle de proporcionalidade das penas em abstrato<sup>21</sup> para que se possa manter a coerência do ordenamento jurídico.

Streck reconhece que a reconstrução do direito a partir da integridade aponta para uma análise acerca das garantias penais do cidadão, isto é, o exame de como o Direito Penal trata os demais tipos. A integridade está umbilicalmente ligada

---

<sup>19</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 265.

<sup>20</sup> Nesse sentido, válida a transcrição de preciosa lição de Streck ao discorrer sobre parecer elaborado em processo perante o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “O que propus, na ocasião, foi uma (releitura) constitucional do tipo penal do furto qualificado (por concurso de pessoas) à luz do princípio da proporcionalidade (logicamente, enquanto ‘proibição de excesso’). Para tanto, mediante uma interpretação conforme a Constituição e levando em conta o princípio ou os princípios que decorrem da igualdade constitucional, propus a redefinição da norma do art. 155, § 4º, inc. IV, do Código Penal. Tratava-se, pois, de uma nítida ‘lei de conveniência’, para usar a expressão cunhada por Dworkin. A tese – ao contrário de algumas críticas que a ela são dirigidas – não representava ativismo judicial. Tratou-se de uma correção de flagrante violação de direitos fundamentais. Fez-se, no caso, uma interpretação construtiva, a exemplo do Tribunal Constitucional alemão...” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* cit., p. 130). A decisão do TJRS adotou na íntegra o parecer ora citado, aplicando a majorante do roubo para o furto qualificado. A sua fundamentação se encontra pautada no princípio da proporcionalidade, por se entender que a discrepância entre a qualificadora do furto (a pena dobra) e a majorante do roubo (a pena acresce em um terço) fere a proporcionalidade. A decisão está disponível no *sítio* do TJRS (<<http://www.tjrs.jus.br>>), n. 70000284455, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, julgado em 09.02.2000.

<sup>21</sup> Nota-se que, sempre que for utilizado o termo “pena em abstrato” nesta pesquisa, pretende-se apenas fazer menção ao *quantum* de pena mínima e máxima estipulado no preceito secundário sancionador pelo Legislador, o qual se pacificou chamar de pena em abstrato. Não se entende que exista a possibilidade de pensar uma pena em abstrato, de ler uma lei sem aplicá-la. Como ficará bem definido no decorrer desta tese, comunga-se da compreensão de Streck de que, “mesmo quando simplesmente lemos o Código Penal, estamos aplicando. Aplicação, no sentido hermenêutico (*applicatio*) não é apenas aplicação a uma situação concreta em termos judiciais. É neste ponto que está a diferença que faz a diferença: a diferença ontológica entre texto e sentido do texto, isto é, mesmo a leitura do texto não se faz em abstrato. Quando falamos de um lápis, não pensamos em um lápis em geral ou em conceito de lápis (lembramos, se quisermos permanecer fiéis à hermenêutica de cariz fenomenológico: o ser não é um ser em geral; o ser não é um ente; o ser não pode ser visto; o ser serve para dar sentido aos entes)” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* cit., p. 63).

à democracia, exigindo que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito. Trata-se de uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; a integridade limita a ação dos juízes, mais que isso, coloca efetivos freios, mediante essas comunidades de princípios<sup>22</sup>.

Assim, o direito como integridade não só autoriza a atividade judicial em questão, como também a amarra, evitando a discricionariedade. A decisão só será legítima se vier acompanhada de uma fundamentação. O juiz não pode escolher qualquer pena do ordenamento jurídico que lhe aprouver. A sua eleição deve estar fundamentada. É essa fundamentação (ou argumentação) que legitima a decisão. Ademais, qualquer resposta certa é necessariamente uma resposta adequada à Constituição.

A importância do direito como integridade está em conseguir, mesmo autorizando o controle de proporcionalidade da pena, afastar a discricionariedade da decisão judicial, por exigir que esta esteja fundamentada em princípios. Consoante apontamentos de Streck:

Os princípios funcionarão como uma blindagem contra arbitrariedades, apontando o *modus* operativo que deve ser seguido pelo intérprete, buscando, assim, a coerência e a integridade do direito (antítese das posturas axiologistas-decisionistas). Esse *modus* compreensivo-interpretativo decorre da integridade e da coerência, em que, como no círculo hermenêutico, o direito como integridade é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração (Dworkin).

[...] Esse “processo” implica a máxima força dos princípios, em que, por vezes, a coerência soçobra diante da integridade, até porque a integridade – que também é um princípio no sentido hermenêutico da palavra – exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção, diante do que, por vezes, a coerência com as decisões anteriores será sacrificada em nome de tais princípios (circunstância que assume especial relevância nos sistemas jurídicos como o do Brasil, em que os princípios constitucionais transformam em obrigação jurídica um ideal moral da sociedade).

[...] Entenda-se, aqui, a importância das decisões em sede de jurisdição constitucional, pelo seu papel de proporcionar a aplicação

---

<sup>22</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* cit., p. 262.

*em casos similares* (por exemplo, o primado da presunção da inocência como inibidor da utilização da responsabilidade objetiva no direito penal, não só naquele caso concreto, mas em favor de todos os cidadãos). Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mas, mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição.

O direito como integridade coloca *limites à subjetividade do juiz*; ele não se encontra (assim como qualquer intérprete) frente a um objeto, como se esse objeto estivesse à sua disposição (do mesmo modo que a linguagem não é uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto); ele faz parte do objeto a ser discutido<sup>23</sup>.

Assim, a eleição judicial por uma nova pena a suprir a declaração de inconstitucionalidade será legítima desde que a decisão se apresente fundamentada – e aqui é necessária uma argumentação coerente e detalhista – em princípios.

## 2.1 A teoria: o direito como integridade

Ao responder a clássica pergunta acadêmica de como deve ser compreendido o direito, Dworkin<sup>24</sup> afirma que “nosso direito constitui a melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas, e que ele é a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis”<sup>25</sup>, assim, “o direito é um conceito interpretativo”<sup>26</sup>. O direito é uma postura argumentativa que se origina de um interesse pela extensão do poder coercitivo do direito. O império do direito é definido pela atitude, e essa atitude é construtiva: ela almeja, no espírito interpretativo, assentar o princípio sobre a prática para mostrar a melhor rota para um futuro

<sup>23</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* cit., 250-251.

<sup>24</sup> Dworkin propõe-se a responder a algumas questões como: O que é o direito? Como compatibilizar revisão judicial e democracia? Qual o limite do poder jurisdicional? A justiça constitucional é legítima? etc., as quais também permeiam o objeto de estudo desta pesquisa, afinal, quando se autoriza o juiz a declarar a inconstitucionalidade do preceito secundário da norma penal, aplicando ao caso concreto outra pena, se está a tratar da legitimidade do controle de constitucionalidade e dos limites do poder jurisdicional.

<sup>25</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. XI.

<sup>26</sup> Idem, ibidem, p. 488. Em *A justiça de toga*, Dworkin trabalha bem essa ideia do direito como um conceito interpretativo, afirmando que tais conceitos estimulam a reflexão sobre aquilo que é exigido por alguma prática que se elabora, bem como a contestar tal construto. Afirma que o conceito doutrinário de direito funciona como um conceito interpretativo, pelo menos em comunidades políticas complexas. Compartilha-se esse conceito em práticas políticas complexas que exigem que se interprete essas práticas a fim de decidir sobre a melhor maneira de dar-lhes continuidade (DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010a. p. 17-21).

melhorado, mantendo a fé correta com o passado<sup>27</sup>. Na obra *O império do direito*, Dworkin apresenta a sua teoria do direito, trazendo uma terceira concepção, que julga superior ao convencionalismo e ao pragmatismo, qual seja: o direito como integridade.

A teoria da integridade caracteriza-se por permitir ao juiz que, mediante a interpretação construtiva<sup>28</sup> de princípios à luz dos valores estabelecidos em sua comunidade, possa sempre visualizar respostas corretas aos casos sob sua tutela.

Assim, Dworkin constrói sua estrutura do direito afirmando que este possui quatro virtudes políticas distintas: equidade, justiça, devido processo legal e integridade. A equidade é uma questão de encontrar os procedimentos desejáveis, a estrutura correta que distribui a influência sobre as decisões de forma adequada. É a prática que atribui a todos os cidadãos mais ou menos a mesma influência sobre as decisões que governam. A justiça já se preocupa com as decisões que as instituições políticas consagradas devem tomar, tenham ou não sido escolhidas com

<sup>27</sup> GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 19.

<sup>28</sup> Em *O império do direito*, Dworkin dedica todo um capítulo para falar de interpretação (DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 55-108). O que se retira de mais importante do capítulo para esta tese é o fato de Dworkin afirmar que a interpretação do direito é construtiva (ou criativa) e nunca conversacional. Interpretar é atribuir sentido a um objeto ou uma prática. A interpretação das obras de artes e das práticas sociais, na verdade, se preocupa essencialmente com o propósito, não com a causa. Mas os propósitos que estão em jogo não são os de algum autor, mas os do intérprete. Em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam. Daí não se segue que um intérprete possa fazer de uma prática ou de uma obra de arte qualquer coisa que desejaria que fossem; que um membro da comunidade hipotética fascinado pela igualdade, por exemplo, possa de boa-fé afirmar que a cortesia exige que as riquezas sejam compartilhadas. A história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis. A interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto (idem, ibidem, p. 64). Válido trazer aqui os apontamentos de Pinho quando afirma que “A atitude interpretativa é a reflexão crítica, é a pergunta, o questionamento em relação a determinada prática social. É a pergunta sobre o valor, o propósito, o objetivo de determinada prática que tem sido repassada, geração após geração, em determinada comunidade. É uma espécie de estranhamento com algo que, tradicionalmente, é transmitido. A consequência da prática interpretativa é, portanto, a possibilidade de mudança. O estranhamento com a prática tradicional pode gerar a alteração daquela determinada prática. A interpretação conversacional, diferentemente da construtiva, é a que se faz quando se está num ambiente de conversa – qualquer atividade referente a compreensão de signos. Nesse contexto, busca-se a intenção do nosso interlocutor (o que você quis dizer com isso?). Na interpretação conversacional não há cisão entre o autor e o que ele diz. Por que a interpretação do direito não pode ser conversacional? Por conta da dificuldade ou impossibilidade de se buscar a intenção do autor. Muitas vezes nem sequer se sabe quem é o legislador. Existem dificuldades e limitações empíricas para lidar com essa interpretação original. Mais do que isso, o objetivo da interpretação autonomiza-se, não sendo possível obter-se o entendimento por meio do resgate da intenção do autor” (PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo* cit., p. 82).

equidade<sup>29</sup>. Diz respeito ao resultado correto do sistema político: a distribuição correta de bens, oportunidades e outros recursos. Ao se aceitar a justiça como uma virtude política, quer-se que os legisladores e outras autoridades distribuam recursos materiais e protejam as liberdades civis de modo a garantir um resultado moralmente justificável. O devido processo legal é uma questão dos procedimentos corretos para a aplicação de regras e regulamentos que o sistema produziu. Diz respeito aos procedimentos para julgar se algum cidadão infringiu as leis estabelecidas. Ao aceitá-lo como virtude, quer-se que os tribunais e as instituições análogas usem procedimentos de prova, de descoberta e de revisão que proporcionem um justo grau de exatidão, e que, por outro lado, tratem as pessoas acusadas de violação como devem ser tratadas em tal situação<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Dworkin ressalta que, muitas vezes, a justiça e a equidade tomam caminhos opostos. Nota que essas duas virtudes são, até certo ponto, independentes uma da outra, de tal modo que as instituições imparciais às vezes tomam decisões injustas, e as parciais às vezes tomam decisões justas. Sendo assim, na política corrente deve-se, em alguns momentos, escolher entre as duas virtudes para decidir quais programas políticos apoiar. Pode-se pensar que a ascendência da maioria é o melhor procedimento viável para tomar decisões em política, mas se sabe que a maioria pode tomar decisões injustas sobre direitos individuais. Dworkin esclarece que essas difíceis questões se colocam porque a equidade e a justiça podem entrar em conflito. Sendo a integridade um terceiro ideal, quando as pessoas divergirem sobre os outros dois, devem decidir com base na integridade. Assim, a integridade deve ser vista como um parâmetro que busca o equilíbrio adequado entre equidade e justiça, para que, desta forma, se alcancem as melhores decisões. O direito busca sempre a resposta correta, e, havendo divergência entre equidade e justiça quanto a qual deve ser essa resposta, a integridade fornecerá a solução. Um juiz deve construir sua teoria geral do direito contemporâneo a fim de que reflita, tanto quanto possível, os princípios de equidade política, justiça substantiva e devido processo legal adjetivo, e de que reflita todos esses aspectos combinados na proporção adequada. A integridade busca sempre o melhor equilíbrio entre essas três virtudes e, caso haja um conflito entre elas, a melhor solução para o caso em espécie (DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 213-215).

<sup>30</sup> Idem, *ibidem*, p. 200-201. Para melhor compreender a diferença entre equidade, justiça e integridade, pode-se trazer aqui a questão das conciliações internas, apresentada por Dworkin. Todos acreditam que cada pessoa ou grupo da comunidade deve ter um direito de controle mais ou menos igual sobre as decisões tomadas pelo Parlamento ou Congresso, ou pelo legislativo estadual. Entretanto, pessoas diferentes têm opiniões diferentes sobre problemas de moral que consideram da maior importância. Segundo a equidade, a legislação sobre essas questões morais não deveria restringir-se à aplicação da vontade da maioria numérica, como se seus pontos de vista fossem unânimes, mas que permitissem uma representação proporcional de cada conjunto de opiniões no resultado final. Assim, pautando-se na equidade, poder-se-ia aplicar às decisões morais controversas o modelo salomônico. Por exemplo, se não existe um consenso na Inglaterra sobre a legitimidade ou não do aborto, se a população está dividida, então o Parlamento poderia decidir criminalizar o aborto para as grávidas que nasceram em anos pares, mas não para as que nasceram em anos ímpares. Todavia, rejeita-se uma divisão desse tipo quando o que está em jogo é uma questão de princípios. Por quê? Dworkin salienta que não se tem razão de equidade, nem mesmo de justiça para rejeitar a estratégia conciliatória de antemão (decisões conciliatórias ou salomônicas). Considerando o exemplo do aborto supramencionado: a solução encontrada respeitaria a equidade, visto que alcançaria os desejos de todos, até mesmo de supostas minorias; e respeitaria também o ideal de justiça, visto que os que são contrários ao aborto prefeririam que alguns fossem impedidos de fazê-lo do que a liberação total; já os favoráveis prefeririam que alguns fossem permitidos a fazê-lo do que a proibição total. Mesmo

A integridade é uma quarta virtude, independente e tão importante quanto as outras<sup>31</sup>. É às vezes descrita no clichê de que os casos semelhantes devem ser

---

assim, as soluções conciliatórias incomodam. A explicação mais natural para isso apela ao ideal da integridade: um Estado que adota essas conciliações internas age sem observar princípios. Nesses casos, o Estado carece de integridade porque endossa princípios que justifiquem uma parte dos seus atos, mas os rejeita para justificar o restante. O que a integridade condena é a incoerência de princípios entre os atos do Estado personificado (DWORKIN, Ronald. *O império do direito cit.*, p. 217-223).

<sup>31</sup> Fica claro que, para Dworkin, a integridade é uma virtude independente da justiça, mesmo quando considerada uma virtude política. Assim como justiça e equidade também são virtudes distintas. E esse é um dos pontos da teoria de Dworkin alvo de críticas. “Alguns filósofos negam a possibilidade de qualquer conflito fundamental entre justiça e equidade por acreditarem que, no fim das contas, uma dessas virtudes deriva da outra. Alguns afirmam que, separada da equidade, a justiça não tem sentido, e que em política, como na roleta dos jogos de azar, tudo aquilo que provenha de procedimentos baseados na equidade é justo. Esse é o extremo da ideia denominada de justiça como equidade. Outros pensam que, em política, a única maneira de pôr à prova a equidade é o teste do resultado, que nenhum procedimento é justo a menos que tenda a produzir decisões políticas que sejam aprovadas num teste de justiça independente. Esse é o extremo oposto, o da equidade como justiça” (idem, *ibidem*, p. 214). Entretanto, para Dworkin, como já ficou claro, equidade e justiça são virtudes distintas, que, em alguns momentos, podem até entrar em conflito. Assim como a integridade é uma virtude distinta dessas duas. Para Gerald Postema, a integridade, vista como uma virtude política, deriva da justiça, ou melhor, o conceito de justiça agrega a ideia de integridade de Dworkin, não sendo necessário apresentá-la como uma virtude distinta. “There is a broad sense of ‘justice’ that collapses together into a single, comprehensive political virtue, fairness, due process, integrity, and justice [...]. [...] in practical political circumstances the search for justice in that narrow sense must take the form of a search for integrity” (DWORKIN, Ronald. Ronald Dworkin Replies. In: BURLEY, Justine. *Dworkin and his critics: with replies by Dworkin*. Oxford: Blackwell Publishing, 2004. p. 386). Dworkin responde que “Postema has in mind only justice within a political community. He does not mean that justice between the peoples of different nations requires integrity. But even if we think only of domestic justice, the claim seems troubling” (idem, *ibidem*, p. 387). A diferença entre justiça e integridade fica bem definida em *O Império do Direito*, quando Dworkin define a justiça como uma justa distribuição de recursos e oportunidade e a integridade como uma virtude que exige que o governo tenha uma só voz e aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos. A integridade condena a incoerência de princípios entre os atos do Estado personificado. A diferença entre essas virtudes fica bem demonstrada quando Dworkin explora a questão das soluções conciliatórias, vista em nota anterior. Afirma Dworkin que “não podemos explicar nossa hostilidade para com a conciliação interna recorrendo a princípios de equidade ou de justiça [...]. Nossos instintos sobre a conciliação interna sugerem outro ideal político ao lado da justiça e da equidade. A integridade é nosso Netuno” (DWORKIN, Ronald. *O império do direito cit.*, p. 222). Dworkin traz outro exemplo bem elucidativo: suponha que só seja possível salvar alguns prisioneiros da tirania; a justiça dificilmente exigirá que não se salve nenhum, mesmo quando apenas a sorte, e não um princípio, venha a decidir quem será salvo e quem continuará sendo torturado. O acordo interno teria salvado algumas pessoas, arbitrariamente escolhidas, de uma injustiça que outros continuarão a sofrer. O melhor seria encontrar um princípio que justificasse a escolha de alguns prisioneiros. Recordando o caso do aborto, Dworkin questiona: uma lei proibindo o aborto, exceto nos casos de estupro, não seria melhor que uma lei proibindo o aborto, mas não para mulheres nascidas em uma década específica de cada século? Isso porque a primeira lei utiliza princípios, enquanto a segunda simplesmente afirma para algumas pessoas algo que nega para outras. Percebe-se que não há razões de justiça para rejeitar a estratégia conciliatória, e que existem fortes razões de equidade para endossá-la, somente a integridade explica porque não se consegue aceitá-la (idem, *ibidem*, p. 219-223). No que concerne à compreensão de Dworkin sobre justiça, é válido notar aqui que ele nega também a ideia de justiça como uma questão de seguir opiniões compartilhadas, como defende Michael Walzer. Para Dworkin, “faz parte de nossa vida política comum que a justiça seja nossa crítica, não nosso espelho; que qualquer decisão sobre a distribuição de qualquer bem – riqueza, assistência social,

tratados de forma parecida, mas Dworkin acrescenta que é muito mais que isso. Exige que o governo tenha uma só voz e aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, para estender a um os padrões fundamentais de justiça e equidade que usa para os outros<sup>32</sup>.

Coloca Dworkin que toda democracia contemporânea é uma nação dividida. Tais divisões são de natureza cultural, étnica, política e moral. Não obstante, aspira-se viver juntos, como iguais, e parece absolutamente crucial para essa ambição que também se aspire que os princípios que governam a comunidade tratem todos como iguais. Só se poderá perseguir essa indispensável ambição se se tentar, sempre que necessário, colocar cada cidadão em um plano bastante elevado nas deliberações coletivas, inclusive nas decisões judiciais, de modo a pôr à prova o progresso em tal direção. Todos devem se incumbir desse dever soberano se pretendem alcançar um Estado de Direito que não seja apenas instrumento de avanço econômico e paz social, mas um símbolo e espelho da igual consideração pública<sup>33</sup>.

A integridade exige que se aplique sempre o mesmo grupo de princípios, seja na produção legislativa ou nas sentenças judiciais<sup>34</sup>. Juízes e legisladores

---

honras, educação, reconhecimento, profissão – seja reaberta, não importa quão firmes sejam as tradições então contestadas que possamos sempre perguntar se é justo algum esquema institucional estabelecido” (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio* cit., p. 326). Essa crítica de Dworkin à justiça como uma questão de seguir as opiniões compartilhadas está exposta no décimo capítulo da Parte III – O que a justiça não é, da obra *Uma questão de princípio*.

<sup>32</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 201.

<sup>33</sup> DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga* cit., p. 105.

<sup>34</sup> Dworkin divide as exigências da integridade em dois princípios: o primeiro é o princípio da integridade na legislação, que pede aos que criam o direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios. O segundo é o princípio de integridade no julgamento: pede aos responsáveis por decidir o que é a lei que a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido. O segundo princípio explica por que os juízes devem conceber o corpo do direito como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma. Acrescenta o jusfilósofo que a integridade na legislação restringe “aquilo que nossos legisladores e outros partícipes de criação do direito podem fazer corretamente ao expandir ou alterar nossas normas públicas”. A integridade na deliberação judicial “requer que, até onde seja possível, nossos juízes tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas” (DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 261). Interessante também os dizeres de Guest sobre esse assunto: “A integridade existe em dois níveis. Ela é um princípio legislativo que diz aos legisladores que simples barganhas entre justiça e imparcialidade estão erradas e um princípio adjudicativo que diz aos juízes e, portanto, aos advogados, que façam suas decisões e argumentos se integrarem ao corpo do direito existente” (GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin* cit., p. 51).



devem atuar de forma coerente, respeitando, em qualquer caso, os mesmos princípios norteadores.

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Como bem afirma Dworkin, “uma proposição de direito é verdadeira se decorrer de princípios de moralidade pessoal e política que ofereçam a melhor interpretação das outras proposições de direito geralmente tratadas como verdadeiras na prática jurídica contemporânea”<sup>35</sup>.

A essa exigência específica de moralidade política Dworkin dá o nome de virtude da integridade. A integridade se apresenta como um ideal político quando se exige que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios, mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade. Assim, o autor sugere que a integridade, mais que qualquer superstição de elegância, é a vida do direito<sup>36</sup>. Explica por que os juízes devem conceber o corpo do direito como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma.

Dworkin afirma, portanto, que a integridade é a chave para a melhor interpretação construtiva das práticas jurídicas distintas e, particularmente, do modo como os juízes decidem os casos difíceis dos tribunais<sup>37</sup>.

Notório que o conceito de integridade está intimamente vinculado à compreensão do que seja moralidade política<sup>38</sup> para Dworkin. O direito como

---

<sup>35</sup> DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga* cit., p. 22.

<sup>36</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 202-203.

<sup>37</sup> Idem, *ibidem*, p. 203.

<sup>38</sup> Streck ensina que “o vínculo entre princípio e moral tem seu ponto de estofa exatamente no momento em que se percebe que a inserção do mundo prático representa um compromisso dos juízes no momento da decisão. Ou seja, – e isto é uma questão de democracia – a cooriginalidade entre direito e moral, que tem seu enraizamento no todo principiológico da Constituição, impõe um dever de correção ao órgão judicante. Isto significa que, mais do que uma pauta ideal para os juízes, a tese da resposta certa (ou constitucionalmente adequada) impõe-lhes um dever: o de demonstrar a legitimidade de suas decisões. [...] a legitimidade de uma decisão será auferida no momento em que se demonstrar que a regra/norma por ela concretizada é instituída por um princípio. [...] Há sempre um todo antecipado em cada ato particular que praticamos como

integridade exige que as decisões estejam pautadas nos princípios de moralidade política de uma comunidade. Essa não é a moral subjetiva do juiz, e sim a moralidade que informa a comunidade de princípios.

A moralidade política nada tem com a chamada moral comum, com subjetivismos arbitrários, com o que cada um pensa sobre algo. Assim, a moralidade política, em muito, aproxima-se das convenções, são os princípios morais norteadores de uma comunidade, os valores que esta construiu, por meio da sua história, e que perfazem o seu presente.

É importante notar desde já, embora isso fique claro no decorrer do texto ao se expor a teoria de Dworkin, que, para ele, os princípios não são fixados e apresentados *ex ante*, a partir de uma operação semântica ou de uma atribuição de sentido apriorístico. Eles são resultado de uma convivência intersubjetiva que flui das relações existentes na moralidade política da comunidade. Os princípios não são concebidos à moda cartesiana, são vivenciados na comunidade política<sup>39</sup>.

Para Dworkin, é impossível o juiz decidir apoliticamente. Toda decisão judicial é política<sup>40</sup>, no sentido de moralidade política, ou seja, decisões de princípios, fundadas no que é melhor para uma comunidade, considerando a sua história, mas, ao mesmo tempo, os valores e necessidades atuais. É inegável que os princípios carregam em si um conteúdo extremo de moralidade, não são apenas

---

advogados, procuradores, promotores, juízes etc. No contexto da tradição em que estamos inseridos, este todo é representado pela Constituição. Mas não a Constituição enquanto um texto composto de diversas fatias: os artigos, as alíneas etc., *mas sim a Constituição entendida como um evento que introduz, prospectivamente, um novo modelo de sociedade*" (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* cit., p. 500-501).

<sup>39</sup> SALES, José Edvaldo Pereira. *A proteção do bem jurídico e a (des)criminalização no direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 64.

<sup>40</sup> Dworkin, no decorrer de várias de suas obras, como em *Uma questão de princípio* ou em *O império do direito*, faz uma diferença entre decisões políticas, que são as decisões substantivas, pautadas em princípios de moralidade política, e decisões sobre política, as quais envolvem os direitos sociais, mecanismos utilizados pelo governo para assegurar o interesse geral. As decisões dos juízes são sempre políticas, mas jamais sobre políticas públicas. Em linhas gerais, princípios descrevem direitos, e políticas descrevem metas. Dworkin refuta a possibilidade de decisões apolíticas, afirmando que as posições dos juízes do Supremo Tribunal são decisões políticas substantivas, e que essa conclusão não viola os valores democráticos, visto que a revisão judicial requer, sim, decisões substantivas pautadas em princípios. Os juízes devem decidir seguindo a moralidade política. Devem decidir conforme o direito, conforme a justiça, e esta decisão é, necessariamente, política (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio* cit., p. 41-103). Essa ideia de Dworkin será aprofundada no item 3.3 desta pesquisa.

criações jurídicas, mas representam os valores de uma sociedade, daí a impossível tarefa de separar Direito e Moral<sup>41</sup>, esta última compreendida nos termos aqui expostos, e não como concepções subjetivas.

Dworkin refuta a posição positivista de separação entre direito e moral. Em *A justiça de toga*, Dworkin traz duas versões do positivismo: o positivismo exclusivo, que insiste na tradicional tese positivista de que aquilo que o direito exige ou proíbe não pode jamais depender de qualquer critério moral, representado por Joseph Raz; e o positivismo inclusivo, que permite a introdução de critérios morais no texto para identificar o direito válido, mas somente se a comunidade jurídica tiver adotado uma convenção que assim o determine, representada por Jules Coleman<sup>42</sup>. Embora as críticas a Coleman sejam pertinentes, o que interessa aqui são as críticas ao positivismo exclusivo, que exclui por completo a moral do direito.

Seguindo-se essa versão do positivismo jurídico, aduz-se que há razões normativas que indicam o que é melhor ou o que é preferível, sendo que princípios morais e argumentos morais não desempenham nenhum papel na definição das normas jurídicas válidas, logo, também na interpretação do direito. Ou seja, todos os elementos morais são excluídos na identificação do direito válido ou na interpretação do direito. Segundo a teoria de Raz, a validade das normas jurídicas depende tão somente de elementos empíricos, fatos sociais, descartados, portanto, critérios de justiça ou de correção moral. O importante para a identificação do direito válido, no positivismo jurídico de Raz, é que ele provenha de quem tem autoridade, seja para o exercício do poder legislativo, seja para decidir em um processo judicial. Assim, o

<sup>41</sup> Pinho, ao refutar a positivista separação entre moral e direito, em obra esclarecedora sobre a necessidade de superação do garantismo penal, afirma que “a moralidade – que estava fora do sistema (concebida como valor metajurídico, político, ético) – passou a integrar o sistema, positivada que foi, sob a forma de princípios constitucionais, mas permanece como moralidade! A sua inserção no sistema positivo não a transmuda. Não a transforma. Não a descaracteriza. Não se pode, simplesmente (e artificialmente) batizar a dignidade humana, por exemplo, de ‘princípio meramente jurídico’. A dignidade humana segue sendo um juízo moral, por evidente, permanente.

Portanto, justificar o Direito Penal com base nos princípios que lhe dão corpo é fazê-lo, inegavelmente, a partir de critérios de moralidade, já que esses princípios continuam a ser exigências da moralidade. Não perderam essa raiz pelo simples fato de terem sido recebidos por um ordenamento positivo, criado por meio de uma convenção.

[...] Direito e moral não podem ser separados, não porque toda norma jurídica tem um conteúdo valorativo, como diz Ferrajoli; mas porque a produção do Direito está, desde sempre, imersa na moralidade política, no conjunto de tradições que (con)formam determinada sociedade, não se podendo disso escapar” (PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo* cit., p. 51-53).

<sup>42</sup> DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga* cit., p. 266.

direito é compreendido como correspondência a um fato social praticado por uma fonte autorizada pelo direito. Consequentemente, não se estabelecem critérios materiais de validade da norma jurídica, somente critérios formais, de maneira que nenhum conteúdo pode deixar de ser considerado jurídico em razão de argumentos morais. Se um juiz deve decidir um caso, sua decisão será válida não em razão de sua conformidade com princípios e argumentos morais, mas porque é considerado pelo sistema jurídico como a autoridade competente para aplicar o direito naquela circunstância. O conceito de autoridade está presente, no positivismo jurídico de Raz, quando o destinatário age de acordo com uma norma jurídica porque tem confiança na autoridade, ou dela tem medo, o que se relaciona ao elemento de eficácia social do direito. Não resta dúvida, então, de que, na linha do positivismo jurídico exclusivo, é rejeitada a tese da conexão entre direito e moral<sup>43</sup>.

Para Dworkin, o positivismo não é fiel às práticas concretas dos cidadãos, dos juristas e dos juízes em comunidades políticas complexas, como a brasileira, eis que, na prática, as pessoas que discutem o conteúdo do direito se baseiam em considerações morais, e o positivismo é incapaz de explicar isso<sup>44</sup>. Para Dworkin, direito e moral estão conectados. O direito é uma prática interpretativa, que tem por fim a aplicação da melhor interpretação possível da moralidade política da comunidade. Ademais, o que define a autoridade do direito é exatamente o fato de este se basear em questões de princípios, de moralidade, e não uma “autoridade de fato”<sup>45</sup>, que se define pela sua simples existência, ou pelo respeito ou medo das instituições que o representam. Para Raz, a integridade não pode ser a chave do direito, eis que o direito é uma questão de autoridade, e a integridade corrompe a autoridade. Respondendo às críticas de Raz, Dworkin, apoderando-se de uma construção rawlsiniana, afirma que cidadãos que decidissem por trás do véu da ignorância e que estivessem preocupados em impor padrões de justiça às decisões judiciais prefeririam que esses juízes se pautassem na integridade, e não em convicções pessoais de uma autoridade legítima<sup>46</sup>. Sem dúvida, em uma democracia, é muito mais reconfortante aceitar a autoridade do direito por entender

---

<sup>43</sup> DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga* cit., p. 265-298.

<sup>44</sup> Idem, *ibidem*, p. 265.

<sup>45</sup> Idem, p. 282.

<sup>46</sup> DWORKIN, Ronald. *Ronald Dworkin Replies* cit., p. 383.

que este representa a melhor interpretação dos princípios morais da sociedade, do que pelo simples fato de aceitar que quem o diz tem autoridade para fazê-lo. Então, ter-se-á de aceitar uma decisão judicial absurda – que infelizmente não são poucas – simplesmente porque quem a profere tem autoridade para tanto?

Inclusive, para construir a sua tese do direito como integridade, Dworkin apresenta uma estrutura em *O império do direito*, na qual irá refutar duas concepções: o convencionalismo (que engloba o positivismo) e o pragmatismo<sup>47</sup>. Ao refutá-las, demonstra que o direito exige uma interpretação construtiva, na qual o juiz irá, ao mesmo tempo, descobrir e criar o direito<sup>48</sup>. Ao cumprir essa tarefa de forma adequada e justificada, ele conseguirá alcançar a resposta correta, visto que um conjunto coerente de princípios tem o condão de fornecer uma interpretação que seja a mais justa e equitativa.

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro<sup>49</sup>. Assim, um juiz que adota a integridade como ideal não está totalmente atrelado à lei, não a interpreta simplesmente de forma a buscar as convenções estabelecidas, tampouco está totalmente livre para tomar a sua decisão conforme o que julga o bem-estar geral e depois buscar um fundamento para essa decisão no direito<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 141-212.

<sup>48</sup> “O direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só se entende o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas” (idem, ibidem, p. 271).

<sup>49</sup> Idem, p. 272.

<sup>50</sup> Pinho acrescenta que o convencionalismo cai no embuste da crença (metafísica) na possibilidade de se descortinar a vontade do legislador (ou tribunal). É um apego ao passado, para manter uma determinada prática. O positivismo jurídico pode ser apontado como uma teoria convencionalista, por exemplo, que pensa o direito como simples questão de fato (empirismo lógico). Aqui se corre o risco de cair na discricionariedade, porque a precisão semântica (descobrir o que as instituições do passado quiseram dizer) não acontece. Assim, é esperado que a decisão flua de escolhas arbitrárias do juiz. De outra banda, o pragmatismo também resvala no perigosíssimo decisionismo, mas por outra razão. Se o passado e a tradição não limitam em nada, se apenas há um foco no futuro, se as pessoas não têm quaisquer direitos e tudo depende do que o juiz tomou no seu café da manhã, então, a comunidade estaria inteiramente nas mãos dos juízes, que decidiriam de acordo com suas próprias convicções sobre o que vem a ser melhor e mais benéfico para o outro. Isso seria desastroso! (PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo* cit., p. 83).

O convencionalismo exige que os juizes estudem os repertórios jurídicos e os registros parlamentares para descobrir que decisões foram tomadas pelas instituições às quais convencionalmente se atribui poder legislativo. Já o pragmatismo utilitarista exige que os juizes pensem de modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro<sup>51</sup>. Como diz Dworkin, para o pragmatismo, o direito “é apenas uma questão daquilo que os juizes tomaram no café da manhã”<sup>52</sup>.

A teoria da integridade rejeita tanto o convencionalismo, que considera como melhor interpretação a de que os juizes descobrem e aplicam convenções legais especiais, quanto o pragmatismo, segundo o qual são os juizes responsáveis pela construção de um futuro melhor. O juiz está, de certa forma, atrelado ao

---

<sup>51</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 271. Em *A justiça de toga*, Dworkin traz uma boa análise do pragmatismo, criticando inclusive alguns de seus maiores representantes, e refutando as críticas destes ao direito como integridade. Coloca o jusfilósofo que os postulados do pragmatismo sustentam que, para decidir os casos que se lhes apresentam, os juizes devem recorrer a um estilo consequencialista e voltado para o futuro. Eles devem tomar qualquer decisão que seja melhor para o futuro da comunidade sem levar em consideração as práticas do passado enquanto tais. Qualquer versão mais precisa de pragmatismo deve especificar uma concepção particular de consequencialismo: deve especificar o modo de decidir quais seriam as melhores consequências de uma decisão (DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga* cit., p. 32). Para Dworkin, um dos pragmatistas mais influente é Richard Posner, e, por esse motivo, dirige severas críticas a ele, afirmando que sua forma de pragmatismo é vazia, eis que, embora ele insista em que os juizes devem decidir seus casos de modo a produzirem as melhores consequências, não especifica de que modo esses juizes devem decidir quais são essas melhores consequências. Normalmente, os pragmatistas se recusam a dizer o que significa tornar as coisas melhores, ou seja, eles estimulam os esforços voltados para o futuro em busca de um futuro que se recusam a descrever. Lendo *A justiça de toga*, fica bem claro por que o pragmatismo pode levar a uma discricionariedade desenfreada e pernicioso. Como bem afirma Dworkin, segundo o pragmatismo, para saber se as decisões judiciais serão as melhores possíveis, basta simplesmente deixar que os juizes façam aquilo que, para eles, é o melhor (idem, *ibidem*, p. 36; 37; 130). O pragmatismo preocupa-se não com o que é certo, mas com o que funciona, como diz Dworkin, “você ficaria perplexo se Posner lhe dissesse para não se preocupar com o que é realmente verdadeiro, mas somente com o que funciona. É desconcertante que nos digam para não nos preocuparmos com a verdade quando é exatamente ela que nos preocupa” (idem, p. 91). “No direito e na moral, particularmente, o conselho de evitar questões espinhosas mediante a tentativa de ver “o que funciona” não é apenas inútil. É incompreensível” (idem, p. 93). Brito traz excelentes apontamentos sobre a teoria de Posner, suas mazelas ao direito, e as críticas de Dworkin a ela. Diz que para Posner, num primeiro momento, a eficiência é o critério medidor da decisão judicial. No conceito de justiça desenvolvido por Posner, fundado na maximização da riqueza, direitos fundamentais não possuem qualquer lugar de destaque, pelo contrário, estarão sempre subordinados aos fatores econômicos e aos respectivos cálculos de custo e benefício. E responde a autora, citando Alexandre Rosa, que com Direitos Fundamentais não se transige, não se negocia, se defende, ensina a vida e uma dogmática democrática de todos os tempos. Em meados da década de 1980, Posner iniciou um processo de reconsideração da sua posição, abandonando a teoria da “maximização da riqueza” e abraçando mais fortemente o consequencialismo pragmatista, assim, a eficiência passou a ser um elemento a ser considerado pelo julgador pragmático, ao lado de tantos outros, como a Constituição, por exemplo (BRITO, Michelle Barbosa de. *Delação premiada e decisão penal: de um modelo eficientista a um modelo de integridade*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará; 2013; p. 51-82).

<sup>52</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 187.

passado, pois existe uma tarefa interpretativa, mas também está livre para construir uma decisão conforme o conjunto de princípios que forma o direito atual. Uma decisão que respeite a integridade pode se afastar de decisões anteriores, em busca da fidelidade aos princípios da comunidade. A coerência pode, em alguns momentos, ver-se prejudicada em nome de um princípio de moralidade política, se assim for necessário.

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram em uma história geral digna de ser contada, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que “lei é lei”, bem como o cinismo do novo “realismo”. Considera esses dois pontos de vista como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei. Quando um juiz declara que determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer<sup>53</sup>.

O juiz desenvolve, portanto, uma interpretação construtiva: interpreta o passado e cria o presente.

Como dito, o direito como integridade pressupõe a interpretação construtiva como único modelo interpretativo por parte dos juízes. O juiz não apenas recebe o objeto e o aplica, mas o interpreta, colocando nessa atividade a moralidade política.

Segundo Dworkin, o teste da integridade possui duas dimensões: a adequação e a justificação<sup>54</sup>. No direito, a adequação significa que qualquer teoria

---

<sup>53</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 274.

<sup>54</sup> Idem, *ibidem*, p. 275-308.

da interpretação deve levar em consideração as decisões anteriores. Adequada será a decisão que mantiver uma ligação com a história do pensamento jurídico, que respeitar o que foi produzido pelo direito sobre a matéria em discussão (leis, precedentes, jurisprudência etc.), sem rompimentos drásticos com todo o passado. A adequação, como instrumento da coerência, deve estar em conformidade com os princípios morais utilizados ao longo da experiência das instituições jurídicas. As convicções sobre a adequação estabelecerão a exigência de um limiar aproximado a que a interpretação de alguma parte do direito deve atender para se tornar aceitável. A adequação é o elemento que garante a coerência do direito como integridade, por exigir essa ligação com a retórica do passado, ou melhor, com a opinião pública, com os significados que permeiam as instituições jurídicas estabelecidas.

O segundo passo é a justificação: existindo duas ou mais interpretações possíveis, o juiz terá que julgar qual dessas leituras se ajusta melhor à moralidade política. Dessa forma, existindo várias interpretações que passam pela adequação, o juiz deve fazer uma escolha, perguntando-se qual delas apresenta em sua melhor luz, do ponto de vista da moral política, a estrutura das instituições e decisões da comunidade, ainda que para isso tenha que romper amarras com o passado.

O direito como integridade exige dos juízes essa interpretação construtiva<sup>55</sup>. Eles não podem possuir uma postura passiva, de simples reprodução das leis ou

---

<sup>55</sup> Ao explicar a atividade interpretativa do juiz, Dworkin traz a construção da prática jurídica como a elaboração de um romance em cadeia. Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série, cada romancista interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração. Cada juiz, ao aplicar a lei, estaria escrevendo uma parte do romance em cadeia, pois deve interpretar a lei ou os julgados passados, como se fossem os capítulos já redigidos, e redimensioná-los para uma aplicação no presente, o que seria a elaboração de um novo capítulo, o qual lhe compete. Por esse motivo, Dworkin afirma que os juízes são igualmente autores e críticos. No romance em cadeia, cada capítulo é escrito por um autor diverso, que tem o compromisso de manter uma continuidade lógica da história, mas, ao mesmo tempo, de criar, a partir dos dados recebidos, um único romance que seja o mais apropriado e coerente possível. Dworkin traz um exemplo para esclarecer a comparação entre a prática jurídica e a elaboração do romance em cadeia. Ele convida o leitor a imaginar que é um dos autores do Conto de Natal, o qual ainda não foi escrito, e que, diante dos capítulos que lhe foram entregues, deve decidir por que o Scrooge é mal. Existem duas interpretações possíveis: Scrooge é inerentemente mal, uma encarnação da maldade consumada da natureza humana livre dos disfarces da convenção que ele rejeita; ou Scrooge é inerentemente bom, mas progressivamente corrompido pelos valores e pelas exigências perversas da sociedade capitalista. A opção por uma ou outra interpretação fará uma diferença enorme na continuidade da história. Caso haja elementos nos capítulos anteriores que indicam uma rendição do Scrooge, a interpretação pelo pecado original (a primeira) seria totalmente dispensada, porque não estaria adequada ao conjunto que se apresenta. Mas caso



decisões (convencionalismo), nem mesmo extremamente ativa, de liberação total com as amarras do passado (pragmatismo). A integridade, ao buscar a coerência no ordenamento jurídico como um todo, preocupa-se em adequar as presentes decisões às instituições jurídicas do passado, mas também em criar julgamentos que justifiquem o conjunto de princípios que vigoram na atualidade.

Ao apresentar a integridade, Dworkin afirma ser essa virtude o que legitima a autoridade moral do direito, o que explica de que modo o direito oferece uma justificativa geral para o exercício do poder coercitivo pelo Estado<sup>56</sup>. Dworkin constrói toda uma estrutura argumentativa para ressaltar que as obrigações da comunidade provêm do fato de se viver em uma comunidade política fraternal<sup>57</sup>.

O que existe entre os membros de uma comunidade é uma obrigação associativa, que não se adquire voluntariamente como um contrato, mas que se aceita enquanto membros de um grupo, arcando com as responsabilidades e esperando reciprocidade. Ao contrário de outras obrigações, que são escolhidas ou expressamente aceitas pelos indivíduos, as obrigações associativas são definidas por meio de uma atitude interpretativa de caráter construtivo, ou seja, os participantes buscam os propósitos da prática social a que pertencem e produzem argumentos em torno das obrigações que devem caracterizá-la<sup>58</sup>.

Trata-se de uma ideia interpretativa das práticas comunais existentes. O ponto central é que existem muitas obrigações que se originam simplesmente da existência de certos tipos de relações, como o relacionamento entre pai e filho, e da associação de amizade. As obrigações em tais relacionamentos “transcendem” a

---

não houvesse nenhuma indicação do tipo, e as duas interpretações fossem adequadas, então, a tarefa do leitor, enquanto autor desse romance, é fazer do texto o melhor possível, escolhendo a interpretação que tornará a obra mais significativa ou melhor de alguma maneira (DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 275-286).

<sup>56</sup> Idem, *ibidem*, p. 231-237. Para Dworkin, o conceito de valores como legalidade e Estado de Direito deve ceder amplo espaço ao ideal de integridade política, isto é, ao princípio de que o Estado deve tentar, na medida do possível, governar por meio de um conjunto coerente de princípios políticos cujos benefícios se estendam a todos os cidadãos, eis que reconhecer essas dimensões e lutar por elas é essencial à legitimação do poder coercitivo do Estado (DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga* cit., p. 21).

<sup>57</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 231-259.

<sup>58</sup> MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias e princípios. *Revista Direito GV*, São Paulo, 8(2), p. 587-624, jul.-dez. 2012, p. 605.

escolha e são recíprocas. Para Dworkin, a obrigação política surge dessa maneira, daquilo que ele denomina sua natureza “fraternal”, e a mesma se perfaz quando estão presentes quatro condições: tais obrigações são compostas de obrigações especiais para com o grupo; elas são especiais no sentido de que funcionam diretamente de um membro para o outro; elas envolvem interesse pelo bem-estar dos outros; e, muito importante, as práticas do grupo devem demonstrar igual interesse por todos os membros<sup>59</sup>.

Dito isso, Dworkin conclui que a melhor comunidade que assegura essas quatro condições é a do modelo do princípio (e não o modelo de circunstâncias de fato ou de regras<sup>60</sup>). As comunidades ou grupos em que surgem obrigações fraternais não são constituídas por fatos genéticos, geográficos, históricos ou psicológicos. O que as constitui é um juízo moral sobre práticas efetivas<sup>61</sup>.

A comunidade de princípios insiste que as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando admitem que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governadas por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político. A política é uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, que concepção deve ter de justiça, equidade e justo processo legal e não a imagem diferente, apropriada a outros modelos, na qual cada pessoa tenta fazer valer suas convicções no mais vasto território de poder ou de regras possíveis. Os membros de

---

<sup>59</sup> GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin cit.*, p. 87. Nos dizeres de Dworkin: “os membros de um grupo devem adotar certas atitudes com relação a suas responsabilidades mútuas caso se pretenda que tais responsabilidades sejam vistas como verdadeiras obrigações fraternais. Primeiro, devem considerar as obrigações do grupo como especiais, dotadas de um caráter distintivo no âmbito do grupo, e não como deveres gerais que seus membros devem, igualmente, a pessoas que não pertencem a ele. Segundo, devem admitir que essas responsabilidades são pessoais: que vão diretamente de um membro a outro, em vez de percorrerem o grupo todo em um sentido coletivo. [...] Terceiro, os membros podem ver essas responsabilidades como decorrentes de uma responsabilidade mais geral, o interesse que cada um deve ter pelo bem-estar de outros membro do grupo; [...] Quarto, os membros devem pressupor que as práticas do grupo mostram não apenas interesse, mas um igual interesse por todos os membros” (DWORKIN, Ronald. *O império do direito cit.*, p. 242-243).

<sup>60</sup> Para Dworkin, o direito como integridade pressupõe uma comunidade de princípios, afastando-se a possibilidade de essa comunidade ser de circunstâncias de fato ou de regras. Para a comunidade de circunstâncias de fato, os membros de uma comunidade tratam sua associação como um acidente de fato da história e da geografia. Já para a comunidade de regras, os membros de uma determinada comunidade aceitam o compromisso geral de obedecer às regras previamente postas e de continuar a propagação dessas regras, sem exercer sobre elas a atitude interpretativa. As regras só serão alteradas caso haja um novo acordo (idem, *ibidem*, p. 251-259).

<sup>61</sup> GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin cit.*, p. 87-88.

uma sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam. Ou seja, cada um aceita a integridade política como um ideal político distinto, e trata a aceitação geral desse ideal, mesmo entre pessoas que de outra forma estariam em desacordo sobre a moral política, como um dos componentes da comunidade<sup>62</sup>.

O modelo de princípio torna específicas as responsabilidades da cidadania: cada cidadão respeita os princípios do sentimento de equidade e de justiça vigentes em sua comunidade particular, considere ele ou não que, de um ponto de vista utópico, são esses os melhores princípios. Faz que essas responsabilidades sejam inteiramente pessoais: exige que ninguém seja excluído, determinando que, na política, todos estão juntos para o melhor ou o pior. O interesse que expressa não é superficial, mas verdadeiro e constante: os atos políticos de todos exprimem sempre, ao se mostrar como devem ser as regras e de que modo se devem aplicá-las, um profundo e constante compromisso que exige sacrifício, não apenas por parte dos perdedores, mas também dos poderosos que teriam a ganhar com as soluções conciliatórias que a integridade proíbe. Sua base racional tende à igualdade: sua exigência de integridade pressupõe que cada pessoa é tão digna quanto qualquer outra, que cada uma deve ser tratada com o mesmo interesse, de acordo com uma concepção coerente do que isso significa<sup>63</sup>. Assim, a comunidade de princípios cumpre as condições das obrigações associativas, representando uma comunidade fraternal, o que explica a legitimidade da autoridade moral do direito.

Se as pessoas divergem sobre conceitos de justiça e equidade, o modelo de uma comunidade de princípios satisfaz, de forma infinitamente melhor que os demais. Permite que as decisões sejam tomadas em bases sólidas, as quais devem ser objeto de discussão ampla na comunidade e devem ser conhecidas por todos, a ponto de uma decisão jamais poder ser arbitrária ou discricionária<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 254-255.

<sup>63</sup> Idem, *ibidem*, p. 257.

<sup>64</sup> PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo* cit., p. 88.

Segundo Maués, o compromisso de desenvolver e interpretar o direito de modo principialista, assumido por uma comunidade de princípios, faz que seus membros aceitem a integridade como um ideal político distinto, mesmo que divirjam sobre questões de moralidade política. Sobre essa base, uma sociedade política ampla e diversa pode se tornar uma autêntica comunidade associativa, reivindicando legitimidade no exercício do poder. Nota, ainda, o professor paraense que, mesmo que esses modelos de comunidade tenham uma característica ideal, pois a maioria das pessoas não aceita as atitudes de nenhuma delas, eles ajudam na interpretação das atitudes expressas nas práticas políticas. Podendo-se compreender as práticas políticas brasileiras como apropriadas para o modelo de princípios, poder-se-á, então, apoiar a legitimidade das instituições e as obrigações políticas que elas assumem como uma questão de fraternidade e, assim, poder-se-á buscar aprimorá-las nessa direção<sup>65</sup>.

O que legitima o poder de coerção do Estado não é o contrato social que se aceita tacitamente, mas sim o fato de se viver em uma comunidade associativa; aceitam-se as obrigações associativas ao se cumprir as responsabilidades e esperar que os outros a cumpram. Como dito, o melhor modelo de comunidade associativa é o de princípios, no qual a integridade figura como a virtude que legitima a autoridade moral do direito.

## **2.2 O caminho: a busca pela resposta certa**

Da análise da teoria do direito de Dworkin, é possível concluir que o jusfilósofo americano não acredita em precisão semântica, tampouco em limites objetivos a serem dados pela linguagem. Para Dworkin, as teorias semânticas não se sustentam, o direito é uma prática interpretativa<sup>66</sup>. Mas, à parte isso, Dworkin não

---

<sup>65</sup> MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os precedentes cit., p. 607.

<sup>66</sup> Reportando-se a Dworkin, Pinho salienta que “O texto da lei (entidade física), lembra Dworkin, não se confunde com o direito por ele criado (produto da interpretação). Aqui reside explicação basilar para entender-se por que o direito não é simples questão de fato. Discutir sobre o que é o direito implica, necessariamente, discutir sobre o produto do texto, que é a interpretação. O direito, assim, é, sempre, uma prática interpretativa, jamais semântica. Até porque, por mais claro que seja o texto, ainda que não traga vaguezas ou ambiguidades, haverá questões mais complexas no momento de decidir qual a solução jurídica adequada para o caso” (PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo* cit., p. 78).

compactua com discricionariedades, ele a afasta porque acredita que existe uma resposta certa para cada caso<sup>67</sup> (*the right answer thesis*). Essa é a sua espada contra o decisionismo. Não pode o juiz estar legitimado para fazer escolhas discricionárias, pois esta não é uma postura que se coaduna com a democracia.

A tese dworkiana da resposta certa pode, à primeira vista, parecer inatingível e, até mesmo, pretensiosa. Como imaginar que só existe uma resposta certa? E quem diz que essa ou aquela é a resposta correta? Dworkin mostra que a resposta certa é não apenas possível, mas necessária. Princípios não abrem sentido, pelo contrário, fecham!<sup>68</sup> O ideal da integridade sempre vem à tona quando o exercício da atividade interpretativa é bem fundamentado – a resposta certa simplesmente acontece. Esta não é definitiva, é limitada ao caso concreto. A resposta certa é a resposta naquele caso em análise, naquele momento específico. Não tem pretensões de universalidade, nem de eternidade. Assim, a resposta certa existe, e é necessária em uma democracia, a despeito da descrença de quem tem o poder de decidir. Afinal, se ela não existisse, para que tanto esforço argumentativo dos juízes? Para que existiria a necessidade de fundamentar decisões? A resposta certa existe, e deve ser buscada<sup>69</sup>.

Como indaga Dworkin, “você já encontrou algum argumento jurídico comum que, depois de tudo considerado, seja o mais sensato em qualquer tipo de caso difícil? Então você também rejeitou a tese da inexistência de uma resposta correta”<sup>70</sup>. Na verdade, como bem demonstra Dworkin por essa assertiva, a tese da resposta certa é mais simples do que os críticos fazem parecer.

---

<sup>67</sup> Streck trabalha com a ideia do *direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição*. “A decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do direito, a partir de uma detalhada fundamentação. [...] a tese aqui apresentada é *uma simbiose entre as teorias de Gadamer e Dworkin*, com o acréscimo de que a resposta não é nem a única e nem a melhor: simplesmente se trata ‘da resposta adequada à Constituição’, isto é, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, na Constituição mesma” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* cit., p. 572-573).

<sup>68</sup> “Por mais paradoxal que possa parecer, os princípios têm a finalidade de impedir múltiplas respostas. Portanto, os princípios fecham a interpretação e não a abrem...” (idem, *ibidem*, p. 166).

<sup>69</sup> PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo* cit., p. 131-132.

<sup>70</sup> DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga* cit., p. 61.

Se não existe uma resposta melhor que a outra, uma resposta certa, mas apenas respostas diferentes, por que então os juízes decidem dessa ou daquela maneira (inclusive os cétricos)? É porque consideram seus argumentos melhores que os outros, e não apenas diferentes.

Dworkin, ao construir sua tese de que o direito é um conceito interpretativo, dirige importantes críticas às teorias semânticas no primeiro capítulo de *O império do direito*<sup>71</sup>. Pela simplicidade e, ao mesmo tempo, completude dos dizeres de Pinho ao tratar das teorias semânticas em sua tese de doutoramento, reportando-se à obra de Dworkin, é de grande valia trazer os apontamentos da professora paraense. Segundo Pinho, as teorias semânticas não compreendem os argumentos do direito, pois acreditam que é possível descrever o direito a partir de dados empíricos, objetivos, ou seja, por meio de critérios linguísticos, critérios objetivos que fornecem definições sobre o sentido do direito, separando o sujeito que conhece e o objeto que é conhecido. Esse é o grave problema, o fato de as teorias semânticas procurarem algo que não existe: os critérios objetivos. Tais critérios não existem porque a linguagem não os pode fornecer. A linguagem não dispõe de mecanismos para isso. Não pode dar conceitos destituídos de valor. O direito, assim, não é apenas questão de fato, como queria o positivismo. Não pode ser visto apenas do ponto de vista empírico. Discutir semanticamente o direito, tentar estabelecer uma teoria linguística para harmonizar critérios sobre o que o direito é, jamais atingirá o foco, isto é, jamais alcançará o objeto das reais divergências<sup>72</sup>.

As pessoas traduzem o que outras disseram – tanto em uma mesa de jantar quanto ao longo dos séculos – por meio de um processo de interpretação construtiva que não pretende fazer nenhuma inspeção intracraniana (como defendem os originalistas<sup>73</sup>), mas apenas conferir o melhor sentido possível ao seu discurso e a outros comportamentos que tenham dito. Trata-se de um processo normativo, e não

<sup>71</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 38-54.

<sup>72</sup> PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo* cit., p. 78-79. Todas as críticas aqui apresentadas às teorias semânticas podem ser transportadas ao segundo capítulo desta pesquisa, por se aplicarem à teoria da proporcionalidade de Alexy. Por tudo o que será aqui apresentado sobre a teoria de Dworkin, ficará claro que o substancialismo e a interpretação construtiva dworkiana são concepções mais confiáveis na luta contra a discricionariedade.

<sup>73</sup> Dworkin apresenta e critica o originalismo em várias de suas obras. Em *A justiça de toga*, por exemplo, traz um capítulo intitulado “Originalismo e fidelidade” (DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga* cit., p. 167-198).

empírico. Um processo é particularmente complexo quando o objeto de interpretação é um ato político e não se pode firmar uma tradução a menos que se atribuam princípios ou propósitos políticos a um grupo cujos membros podem ter sido politicamente divididos. Mas a essência da interpretação construtiva permanece a mesma, tanto nesse caso complexo como nos casos individuais: precisa-se encontrar uma tradução que explique – e, no caso político, que justifique – o evento discursivo com mais eficiência do que qualquer outra consiga fazê-lo<sup>74</sup>.

Dworkin, ao criticar as teorias semânticas, traz exemplos de casos em que juízes foram chamados a decidir questões controvertidas (*hard cases*). Esta tese irá apresentar apenas os escritos de Dworkin sobre o caso *Elmer*<sup>75</sup>, por ser esse ponto, inclusive, fundamental para a compreensão do que vem a ser o princípio instituidor para Dworkin.

Elmer assassinou seu avô por saber que era o maior beneficiário da herança. A legislação do estado de Nova York silenciava quanto à possibilidade ou não de uma pessoa herdar mesmo sendo o assassino do testador. Sendo assim, Elmer poderia ou não herdar? Percebe-se que as controvérsias foram teóricas, interpretativas, e não mera questão de fato. A questão não era se a lei deveria ou não ser aplicada, mas qual a interpretação dela dentro da moralidade política daquela comunidade. A divergência foge, portanto, à mera questão empírica. Venceu o entendimento de que Elmer não poderia herdar, embora a lei não o proibisse, pois se identificou um princípio segundo o qual ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza.

As divergências em torno do direito não são empíricas. São interpretativas, teóricas. Não se trata de discutir qual o sentido que deve ser dado ao termo direito, mas sim os fundamentos teóricos dele<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga* cit., p. 182.

<sup>75</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 20-25.

<sup>76</sup> PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo* cit., p. 80. Criticando as teorias semânticas, Streck salienta que, “para a hermenêutica, é comum a afirmação de que o dito sempre carrega consigo o *não dito*, sendo que a tarefa do hermeneuta é dar conta, não daquilo que já foi mostrado pelo discurso (*logos*) apofântico, mas sim daquilo que permanece retido, como possibilidade – no discurso (*logos*) hermenêutico. Portanto, para a hermenêutica, não faz sentido

O caso *Elmer* é esclarecedor para se compreender também o que vem a ser o princípio instituidor segundo Dworkin. Diante de um caso concreto, o juiz deve buscar o princípio instituidor que está por trás daquela situação, para decidir em conformidade com este. A sua decisão estará pautada em vários princípios de moralidade, eis que estes não se excluem, não entram em colisão e, por isso mesmo, não precisam ser ponderados. Os princípios se completam. E, em uma mesma decisão, podem-se encontrar vários princípios de moralidade política.

Para alcançar a resposta certa, o juiz deverá realizar uma atividade interpretativa, de modo a identificar as várias interpretações possíveis, considerando a prática jurídica e as convenções, para aquele caso. Feito isso, o juiz deverá, então, eliminar algumas dessas interpretações, elegendo a que melhor responde ao caso concreto considerando os princípios da comunidade. Nessa interpretação estará o princípio instituidor. Existe um princípio que resolve o caso concreto, um princípio que condiciona a interpretação de todas as convenções que se aplicariam ao caso, um princípio que representa a moralidade política da comunidade naquela situação, um princípio que institui a integridade, a equidade e a justiça na realidade prática. Esse é o princípio instituidor!

No caso *Elmer*, por exemplo, os juízes identificaram o seguinte princípio instituidor: ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza. Essa era a interpretação devida às convenções; esse era o princípio que resumia toda a moralidade política da comunidade naquela situação fática; essa era a solução para se decidir com equidade, justiça e integridade; esse é o princípio instituidor que traz a resposta certa ao caso concreto.

Segundo Dworkin, um ou outro princípio oferece uma melhor justificação de algum aspecto da prática jurídica. E indaga o jusfilósofo: melhor em que sentido? Melhor no sentido interpretativo, isto é, porque se ajusta melhor à prática jurídica e

---

procurarmos determinar, de maneira abstrata, o sentido das palavras e dos conceitos, como fazem as posturas analíticas de cariz semântica, mas é preciso se colocar na condição concreta daquele que compreende – o ser humano – para que o compreendido possa ser devidamente explicitado. E esse é o ponto fulcral!” (STRECK, Lenio Luiz. *Decido conforme minha consciência?* cit., p. 41).



coloca esta sob uma luz mais favorável<sup>77</sup>. Essa é a resposta certa, a que consegue identificar esse princípio que representa a melhor interpretação possível da prática jurídica de uma comunidade, e que coloca esta sob a sua melhor luz.

No último capítulo desta tese trabalhar-se-á com a ideia de princípio instituidor de Dworkin, defendendo-se que por trás de cada incriminação há um princípio instituidor. Interpretar o caso concreto e a lei, para identificar esse princípio instituidor, é a única forma de encontrar a resposta certa ao controle de constitucionalidade que afasta a pena desproporcional.

Dworkin chama a seus críticos de céticos (aqueles que não acreditam na resposta certa, não acreditam que exista uma resposta melhor que outra, mas apenas respostas diferentes). Ao criticá-los, Dworkin faz uma diferença entre o ceticismo no interior da atividade interpretativa e o ceticismo no exterior dessa atividade<sup>78</sup>.

O cético exterior não contesta nenhuma afirmação moral ou interpretativa específica, diz ser impossível haver respostas certas porque os significados das coisas não podem ser comprovados empiricamente. Se a resposta certa não pode ser comprovada como se comprova um fenômeno físico, então ela não existe. As críticas do ceticismo exterior são bastante confusas, pois se baseiam em uma teoria metafísica. O cético interior já lança argumentos morais contra uma tese baseada na moralidade política, daí, segundo Dworkin, serem críticas mais perigosas. Alega que não existem respostas exclusivamente certas nos casos difíceis. Nesses casos, diferentes grupos de princípios se adequam. Os juízes divergirão sobre qual deles é mais equitativo ou justo, o que não significa que alguém esteja realmente certo, porque qualquer opção será subjetiva, já que não existem padrões objetivos de equidade e justiça que um observador neutro pudesse utilizar. Os seguidores do ceticismo interior afirmariam que não se tem como alcançar uma resposta certa

---

<sup>77</sup> DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga* cit., p. 76.

<sup>78</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 317-322.

diante do fato de que a prática jurídica é por demais contraditória para oferecer qualquer interpretação coerente<sup>79</sup>.

Entretanto, Dworkin, na sua busca e defesa da resposta correta, afirma que essas contradições não são tão abrangentes a ponto de tornar a tarefa de um juiz, que aceita a virtude da integridade, impossível. Na verdade, é possível encontrar um conjunto de princípios razoavelmente plausíveis, para cada segmento do direito, que se ajuste suficientemente bem para poder ser uma interpretação aceitável<sup>80</sup>.

Desde que o juiz alcance uma resposta, para o caso concreto, que se adéque às instituições jurídicas e que justifique a moralidade política, esta será correta. A melhor interpretação é aquela que respeita um conjunto coerente de princípios.

A resposta certa é fruto de um exercício, de uma prática interpretativa, que leva em conta argumentos morais no direito, nada tendo a ver com a metafísica. O ceticismo exterior não compreende bem o problema, não compreende o que seria a resposta certa. Não tem condições nem de criticar a resposta certa do ponto de vista da moralidade política. Isso porque acredita que a resposta certa precisa ser demonstrada empiricamente, o que é impossível. O ceticismo exterior não enfrenta argumentos morais, mas a resposta certa envolve, necessariamente, argumentos morais, por isso, o ceticismo exterior não consegue apresentar uma crítica contundente contra a tese da *one right answer*<sup>81</sup>. Como afirma Dworkin: “Nós não dizemos (nem podemos compreender alguém que o diga) que a interpretação é como a física, ou que os valores morais estão ‘lá’, ou podem ser provados”<sup>82</sup>.

De outra banda, a resposta certa não é fruto de subjetivismos, ela é construída, argumentativamente, com base em princípios morais. O intérprete é constrangido a encontrar a resposta certa. A atribuição de sentido ao texto a ser interpretado é controlada, por isso Dworkin não compactua com a discricionariedade. A solução de um caso não pode ser arbitrária, há de ser fruto de

---

<sup>79</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 317-322.

<sup>80</sup> Idem, *ibidem*, p. 317-319.

<sup>81</sup> PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo* cit., p. 133-134.

<sup>82</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 103.

uma profunda análise de moralidade política, da melhor prática para aquela comunidade, sem esquecer a tradição jurídica<sup>83</sup>. Uma resposta é melhor que a outra. Considerando os princípios de moralidade política de uma sociedade, pode-se afirmar que determinada resposta é mais adequada e justificada que outra, e, portanto, é a resposta certa para aquele caso. Se não existem resposta certas, por que no direito se faz um exercício argumentativo tão grande para encontrar uma resposta a determinado processo? Qualquer resposta serviria, eis que não existem respostas erradas, apenas diferentes. Como bem salienta Pinho, a resposta de Dworkin ao ceticismo interior está construída ao longo de sua obra, em cada momento em que o autor explica o que é o direito como integridade, “a tese de Dworkin é uma resposta (certa!) contra o ceticismo”<sup>84</sup>. E, nas palavras de Dworkin, “se de fato acreditarmos, à maneira do ceticismo interior, que nenhum juízo moral é realmente melhor que qualquer outro, não poderíamos então acrescentar que a escravidão é injusta”<sup>85</sup>.

Jeremy Waldron é um dos críticos de Dworkin que segue esse raciocínio da inexistência da resposta certa. O pensamento de Waldron poderia ser condensado em uma palavra: a discordância, assim entendida como a impossibilidade de consenso em uma comunidade no tocante a qualquer assunto. Para Waldron, não existem valores objetivamente certos e errados. Uma decisão pode preservar dois tipos de valores: “procedimentalista”, relacionado ao procedimento, e “objetivista”, ligado ao conteúdo da decisão. Contudo, diante da impossibilidade de consenso sobre assuntos relevantes e da não comprovação da existência de valores objetivos, o valor “objetivista” não é acessível. Assim, a escolha de qualquer critério de tomada de decisão deverá estar baseada em seu valor “procedimental”. Para Waldron, diante do total dissenso, da impossibilidade de acordos de natureza moral dentro da sociedade, as decisões políticas devem ser tomadas pela maioria da população, por meio de representantes eleitos. Sendo assim, é impossível determinar um tipo de resposta como correta, sendo, inclusive, da natureza da democracia o respeito pelas posições antagônicas. Waldron defende um tipo ideal de legislação, em que é o legislativo que deve ter a última palavra nas decisões políticas de uma sociedade,

---

<sup>83</sup> PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo* cit., p. 133-134.

<sup>84</sup> Idem, *ibidem*, p. 134.

<sup>85</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 106.

sobretudo em questões polêmicas. Assim, estar-se-ia respeitando o ideal de igualdade entre os indivíduos, de igual capacidade de autogoverno, o que torna a sua tese preferível a qualquer outro modelo de tomada de decisões<sup>86</sup>.

Já Dworkin admite a possibilidade de resposta correta, pois uma técnica de decisão deve existir com a finalidade de evitar os erros. Afinal, a decisão será a certa para o caso concreto (mesmo que juízes diferentes decidam de forma diferente). Ademais, a resposta correta não é estática, mas deve ser aperfeiçoada. O fato de dois juízes poderem discordar diante de um caso não torna falha a tese dworkiana da resposta certa. Dworkin deixa bem claro que a resposta certa deve ser um esforço interpretativo e argumentativo constante em busca da resposta que melhor representa o conjunto de princípios morais de uma sociedade, por ser esta uma questão de democracia, e nada mais. Cada caso terá uma resposta distinta, e esta não será estática, podendo mudar com o tempo (interpretação construtiva). É o próprio Dworkin quem adverte que:

Minha tese sobre as respostas corretas em casos difíceis é, como afirmei, uma afirmação jurídica muito fraca e trivial. É uma afirmação feita no âmbito da prática jurídica, e não em algum nível filosófico supostamente inefável externo. [...] Contudo, os teóricos do direito têm um impulso aparentemente irresistível de insistir em que a tese de uma resposta correta deve significar alguma coisa além do que é percebido pela opinião comum [...]. Para esses teóricos, devo estar afirmando não apenas que existem respostas corretas em algum sentido comum, como diria a um jurista inconsciente, mas que *realmente* existem respostas corretas, ou respostas corretas *realmente verdadeiras*, ou respostas corretas *em algum lugar*, ou qualquer coisa do gênero na escala verborrágica. O erro deles é [...] pensar que podem introduzir acréscimos ao sentido da posição que pretendem atacar [...] Não há nenhuma perspectiva a partir da qual essas afirmações presunçosas e engalanadas possam ter um sentido diferente de seu sentido despretensioso e despojado, e esse é o sentido que elas têm na vida jurídica comum. Portanto, no que eu afirmei não há nada para eles negarem, a não ser aquilo que a maioria deles consideraria impróprio negar<sup>87</sup>.

Pinho acrescenta que Dworkin não está preocupado com quem vai dizer a resposta (certa ou errada), mas em demonstrar sua necessidade numa democracia.

---

<sup>86</sup> WALDRON, Jeremy. The Rule of law as a theater of debate. In: BURLEY, Justine. *Dworkin and his critics: with replies by Dworkin (philosophers and their critics)*. Oxford: Blackwell Publishing, 2004, p. 319-336.

<sup>87</sup> DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga* cit., p. 60-62.

Ela existe, a despeito da descrença de quem tem o poder de decidir. E adverte que a pretensão de se buscar a resposta correta não possui condições de garanti-la<sup>88</sup>. Como diz Dworkin em réplica contra as críticas de Waldron, se não há resposta certa a ser encontrada, então a tarefa judicial é delirante<sup>89</sup>.

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade, esta é a resposta certa.

Para explicar o direito como integridade, a interpretação construtiva e a resposta certa, Dworkin cria um juiz imaginário<sup>90</sup>, de capacidade e paciência sobre-humanas, o qual denomina de Hércules. Quando ao Hércules fossem dirigidos casos difíceis para julgamento, ele deveria, antes de apontar a solução jurídica para o caso, visualizar todas as respostas possíveis que o direito poderia para ele apontar e, assim, interpretar a lei ou os precedentes na busca do melhor conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal<sup>91</sup>.

Com o intuito de elucidar como Hércules, um juiz que aceita o direito como integridade, atuaria ao decidir um caso, Dworkin convida seus leitores a imaginarem que Hércules deve decidir o *Caso McLoughlin*<sup>92</sup>. Diante deste, Hércules deve

---

<sup>88</sup> PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo* cit., p. 132.

<sup>89</sup> DWORKIN, Ronald. *Ronald Dworkin Replies* cit., p. 388.

<sup>90</sup> Importante notar, como bem faz Guest, que Hércules é um juiz ideal, de forma que não faz sentido supor que ele realmente exista. Esse ponto é muito banal, mas é surpreendente o quão comum é a crítica a Dworkin por essa via (GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin* cit., p. 51).

<sup>91</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 287.

<sup>92</sup> O *Caso McLoughlin* está descrito no primeiro capítulo de *O império do direito*. O marido e os quatro filhos da Sra. McLoughlin foram feridos num acidente de carro na Inglaterra. Ela estava em casa quando um vizinho lhe trouxe a notícia do acidente e dirigiu-se imediatamente ao hospital, onde foi informada de que a filha havia morrido e o marido e os outros filhos estavam em estado grave. Teve um colapso nervoso e mais tarde processou o motorista cuja negligência provocara o acidente, exigindo uma indenização por danos morais. Seu advogado juntou vários precedentes que concediam a indenização em situações semelhantes, mas com uma diferença, em todos esses casos, porém, o pleiteante tinha estado na cena do acidente ou ali chegara logo em seguida. O juiz de primeira instância decidiu que os precedentes citados pelo advogado de McLoughlin eram discrimináveis, já que em todos eles o colapso nervoso ocorrera na cena do acidente, enquanto a Sra. McLoughlin sofrera o colapso cerca de duas horas mais tarde e em outro local. O juiz entendeu que, por não estar na cena do acidente, o dano moral da Sra. McLoughlin não era previsível no mesmo sentido daqueles sofridos pelas pessoas dos precedentes. Ela recorreu ao Tribunal de Apelação, que recusou a apelação da Sra. McLoughlin, mas não com base na argumentação usada pelo juiz. O Tribunal afirmou que era razoavelmente

encontrar alguma teoria coerente sobre os direitos legais à indenização por danos morais, tal que um dirigente político com a mesma teoria pudesse ter chegado à maioria dos resultados que os precedentes relatam.

Para tanto, Hércules seleciona seis possíveis interpretações para os casos precedentes<sup>93</sup>, as quais irá analisar, uma a uma, em uma tarefa argumentativa, até encontrar a que melhor responda ao caso concreto.

Hércules, para alcançar sua decisão, utilizaria um método que Dworkin denomina “prioridade local”<sup>94</sup>. Se Hércules considera que duas interpretações se ajustam, cada uma na área de seu interesse imediato, bem o suficiente para satisfazer as limitações interpretativas, então ampliará o alcance de seu estudo numa série de círculos concêntricos para incluir outras áreas do direito e, assim, determinar qual das duas interpretações melhor se adapta ao âmbito mais abrangente. Mas respeitará, normalmente, a prioridade da área do direito na qual desponta seu problema imediato: considerará de menor valor, rigorosamente, algum princípio se ele for estranho a esse ramo do direito, mesmo que se ajuste bem a outras áreas.

---

previsível que uma mãe corresse para o hospital e que sofresse um colapso emocional ao ver seus parentes naquelas condições. O Tribunal discriminou os precedentes, então, pelo que chamou de política judiciária. Os precedentes haviam estabelecido responsabilidades por dano moral em certas circunstâncias restritas, mas, segundo o Tribunal, o reconhecimento de uma esfera mais ampla de responsabilidade, incluindo danos a parentes que não estavam na cena do acidente, poderia ter muitas consequências adversas para a comunidade como um todo, por exemplo: abriria espaço para reivindicações fraudulentas, a saturação dos tribunais ou o aumento do preço do seguro de responsabilidade civil para os motoristas etc. A Sra. McLoughlin apelou à Câmara dos Lordes, que revogou a decisão do Tribunal de Apelação e ordenou um novo processo. Os lordes divergiam sobre aquilo que chamavam de verdadeiro direito. Vários afirmavam que as razões de política judiciária poderiam, em algumas circunstâncias, ser suficientes para discriminar uma série de precedentes, mas não acharam que essas razões de política judiciária fossem suficientemente plausíveis no caso da Sra. McLoughlin. Mas dois lordes adotaram uma concepção bem diferente. Disseram que seria errado que os tribunais negassem a indenização a um pleiteante meritório só por razões de política judiciária. Os precedentes deviam ser vistos como discrimináveis somente se os princípios morais admitidos nos casos anteriores não se aplicassem da mesma maneira ao pleiteante. E, uma vez admitido que o dano causado a uma mãe no hospital, horas depois do acidente, é razoavelmente previsível, nenhuma diferença poderia ser encontrada entre os casos. A saturação dos tribunais ou o aumento do preço do seguro de responsabilidade civil para os motoristas, por mais que representem inconvenientes para a comunidade como um todo, não podem justificar a recusa em fazer satisfazer direitos e deveres individuais que anteriormente se reconheceram e fizeram cumprir (DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 29-36).

<sup>93</sup> Idem, *ibidem*, p. 286-304.

<sup>94</sup> Idem, p. 300-304.

Em *O império do direito*, Dworkin questiona: que críticas os argumentos de Hércules podem atrair? E, assim, respondendo ao que chama de algumas objeções conhecidas, demonstra que Hércules poderia ser acusado de *fazer o jogo político*, de ser um *impostor*, de ser *arrogante* e de ser um *mito*<sup>95</sup>.

A primeira dessas críticas, de que Hércules *faz o jogo político*, é uma objeção positivista, que acusa Hércules de ignorar o verdadeiro direito dos danos morais e de substituir suas próprias concepções ao verdadeiro conteúdo do direito. A interpretação mais forte dessa objeção entende que um juiz nunca deve confiar em suas convicções pessoais sobre equidade ou justiça. A correta interpretação de uma série de decisões anteriores sempre pode ser descoberta por meios moralmente neutros, pois a correta interpretação é apenas uma questão de descobrir quais princípios os juízes que tomaram essas decisões pretendiam estabelecer, e isso não passa de uma questão de fato histórico<sup>96</sup>. Ao longo de suas obras Dworkin constrói a ideia de que a moral faz parte do direito, sendo impossível afastar a moralidade de uma decisão judicial. Isso pode ser percebido em *Levando os direitos a sério*, principalmente nos capítulos 2, 3 e 4, quando Dworkin desconstrói a ideia de que os indivíduos só possuem direitos jurídicos na medida em que estes tenham sido criados por decisões políticas ou práticas sociais do passado<sup>97</sup>; em *Uma questão de princípio*, em especial na primeira parte do livro, quando Dworkin traz a compreensão do que vêm a ser os princípios de moralidade política, mostrando que a moral não pode ser separada do direito, e que este não é apenas uma questão de historicismo, ou de buscar a intenção original dos legisladores e juízes que proferiram as decisões passadas<sup>98</sup>; em vários momentos de *A justiça de toga*, quando, ao criticar defensores do pragmatismo ou do positivismo, Dworkin demonstra que a teoria moral não pode ser eliminada e que a perspectiva moral é indispensável<sup>99</sup>, além de ressaltar que o direito não é uma questão de fidelidade ao texto do passado<sup>100</sup>; em *O império do direito*, no qual Dworkin constrói o direito como integridade, afirmando que este não é apenas uma

<sup>95</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 309-317.

<sup>96</sup> Idem, *ibidem*, p. 309-311.

<sup>97</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* cit., p. 23-203.

<sup>98</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio* cit., p. 3-173.

<sup>99</sup> DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga* cit., p. 133.

<sup>100</sup> Idem, *ibidem*, p. 167-198.

questão de convencionalismo, mas sim a melhor interpretação dos princípios de moralidade política de uma sociedade<sup>101</sup>.

O direito não é apenas o que os juízes ou legisladores do passado disseram, ou pretendiam dizer, não é apenas uma questão de fato histórico, mas um conceito interpretativo, que busca a melhor prática dos princípios morais. A interpretação construtiva não significa espiar dentro dos crânios de pessoas que morreram há séculos, mas tentar conferir o melhor sentido possível a um evento histórico – alguém falando ou escrevendo de modo particular em uma determinada ocasião<sup>102</sup>. Como afirma Dworkin, até mesmo quando um crítico diz que as interpretações devem corresponder às intenções dos juízes do passado ele está usando fundamentos morais, políticos, para afirmar isso<sup>103</sup>. As réplicas de Dworkin a essa crítica que advoga interpretações moralmente neutras podem ser percebidas em vários momentos desta tese, eis que se trabalha a ideia de moralidade política de Dworkin ao longo da pesquisa.

A segunda crítica a Hércules seria a de que ele é um *impostor*. Para essa objeção, é absurdo admitir que exista uma única interpretação correta dos casos de danos morais. Uma vez descobertas duas interpretações desses casos, nenhuma pode ser preferida à outra em bases neutras de adequação. Hércules escolhe uma por razões claramente políticas, sua escolha reflete apenas sua própria moral política. Nessas circunstâncias, sua única opção consiste em criar um direito novo em consonância com sua escolha. Não obstante, é fraudulento afirmar que descobriu, por meio de sua escolha política, qual é o conteúdo do direito. Está apenas oferecendo sua opinião do que este deveria ser. Ou seja, a crítica insiste apenas que não pode haver nenhuma interpretação melhor quando mais de uma suporta o teste da adequação<sup>104</sup>. Entretanto, Dworkin ressalta que a integridade não é apenas uma questão de adequação, mas de justificação também, ou seja, a escolha de Hércules é a melhor do ponto de vista da moral política como um todo. A integridade exige, além da adequação, a justiça e a equidade nas decisões. Mesmo

---

<sup>101</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit.

<sup>102</sup> DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga* cit., p. 172.

<sup>103</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 310.

<sup>104</sup> Idem, *ibidem*, p. 311.



que duas respostas sejam adequadas, uma será melhor que a outra no teste da justificação, uma será mais justa e equânime, uma representará melhor os princípios morais daquela sociedade, uma será melhor para o futuro da comunidade, e quando Hércules faz essa análise, ele não está decidindo com base em suas convicções pessoais. Como afirma Dworkin:

Aceitamos a integridade como um ideal político porque queremos tratar nossa comunidade política como uma comunidade de princípios, e os cidadãos de uma comunidade de princípios não têm por único objetivo princípios comuns, como se a uniformidade fosse tudo que desejassem, mas os melhores princípios comuns que a política seja capaz de encontrar. A integridade é diferente da justiça e da equidade, mas está ligada a elas da seguinte maneira: a integridade só faz sentido entre pessoas que querem também justiça e equidade. Assim, a escolha final de Hércules da interpretação que ele considera mais bem fundada em sua totalidade – mais equitativa e mais justa na correta relação – decorre de seu compromisso inicial com a integridade. Ele faz essa opção no momento e da maneira que a integridade tanto o permite quanto o exige, e portanto, é totalmente enganoso dizer que ele abandonou o modelo da integridade exatamente nesse ponto<sup>105</sup>.

A terceira crítica é a de que Hércules é *arrogante*, ou seja, de que existem várias respostas e Hércules não pode dizer que a sua é a certa. Haja ou não respostas certas às perguntas interpretativas das quais os juízos de Hércules dependem, não é justo que a resposta de um juiz (ou de uma maioria de juízes) seja aceita como definitiva quando não se tem como provar, contra aqueles que discordam, que sua opinião é melhor que a deles<sup>106</sup>. Pinho refuta muito bem essa crítica ao questionar se dizer que existe uma única resposta correta é um ato de arrogância.

Mas não é isto o que os juízes fazem, diariamente, quando decidem dessa, e não daquela maneira? Fazem isso porque consideram sua decisão melhor do que outras, e não simplesmente diferentes, pois não? A divergência é teórica, sobre quais os fundamentos que devem embasar a decisão, sobre a própria finalidade do Direito. Portanto, os juízes podem divergir sobre qual a melhor resposta, mas não sobre se ela existe<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 314.

<sup>106</sup> Idem, *ibidem*, p. 314-315.

<sup>107</sup> PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo* cit., p. 137.

Como afirma Dworkin, a crítica da arrogância poderia ser dirigida ao convencionalismo ou ao pragmatismo, eis que estes admitem atos de arbitrariedade, mas não à integridade, que exige que as decisões estejam sempre fundamentadas em princípios<sup>108</sup>.

Por fim, a crítica de que Hércules é um *mito*. Nenhum juiz de verdade tem seus poderes, e é absurdo apresentá-lo aos outros como um modelo a ser seguido. Os verdadeiros juízes decidem os casos difíceis muito mais intuitivamente. Não elaboram e testam diversas interpretações opostas contra uma complexa matriz de princípios políticos e morais que se entrecruzam. Seu ofício os ensina a perceber, de imediato, a estrutura dos fatos e das doutrinas; eis o que significa, de fato, pensar como advogado. Se decidissem imitar Hércules, tentando, em cada caso, defender uma teoria geral do direito, se veriam paralisados enquanto sua pauta de causas pendentes ficaria sobrecarregada. Entretanto, Dworkin afirma que esses críticos entendem mal a presença de Hércules em sua teoria. Desde o início Hércules foi apresentado como um juiz imaginário, e não como um juiz real. Dworkin sabe, e diz, que Hércules tem um tempo para decidir muito maior do que o de um juiz, e, por isso, é mais metódico, mas isso não faz com que Hércules não possa ser um modelo. Ele nos é útil exatamente porque é mais reflexivo e autoconsciente do que qualquer juiz verdadeiro precisa ser, mostrando, assim, a estrutura oculta de suas sentenças, e deixando-as abertas ao estudo e à crítica. Hércules existe para trazer um caminho a ser refletido. Ele não tem acesso a mistérios transcendentais que são obscuros para os juízes verdadeiros. Seus juízos sobre adequação e moral política são feitos da mesma matéria e têm a mesma natureza que os deles. Ele faz o que eles fariam se tivessem toda uma carreira a dedicar a uma única decisão, precisam não de uma concepção do direito diferente da dele, mas de algo que ele nunca precisou cultivar: eficiência e capacidade de administrar com prudência<sup>109</sup>. Feitas essas devidas adaptações, Hércules torna-se um modelo que pode e deve ser seguido.

---

<sup>108</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 314.

<sup>109</sup> Idem, *ibidem*, p. 315-316.

### 2.3 A legitimidade da revisão judicial

Dworkin também se preocupa com a questão da legitimidade da revisão judicial. Segundo o ex-professor de Teoria do Direito na *New York University*, John Marshall, ao estabelecer o *judicial review*, afirmando que o Poder Judiciário era quem deveria interpretar a Constituição e que tal poder era derivado de declaração contida na própria Constituição, agiu de forma irrepreensível. O direito como integridade apoia o argumento de que a guarda da Constituição deve ser confiada ao Judiciário, pois uma sociedade não seria mais justa do que teria sido se esta tivesse sido confiada à consciência das instituições majoritárias<sup>110</sup>.

Entretanto, ressalta que essa discussão acerca da legitimidade da justiça constitucional já está superada, o que hoje se questiona são os limites do poder da Suprema Corte<sup>111</sup>, quais as questões que podem ser submetidas ao Tribunal e como os seus juízes devem decidi-las.

Ao comparar os juízes do Supremo Tribunal<sup>112</sup> a Hércules, Dworkin afirma que tais juízes devem ser guiados por um senso de integridade constitucional. Devem acreditar que a Constituição consiste na melhor interpretação possível da prática e do texto constitucional como um todo, e seu julgamento sobre qual é a melhor interpretação é sensível à grande complexidade das virtudes políticas subjacentes a essa questão. Os argumentos desses juízes devem abranger a

---

<sup>110</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 425-428.

<sup>111</sup> Idem, *ibidem*, p. 427.

<sup>112</sup> Interessante os dizeres de Pinho ao enfrentar a questão de que o direito não é o que os juízes, ou a Suprema Corte, dizem ser, é muito mais que isso. “*We cannot assume, in other words, that the Constitution is always what the Supreme Court says it is*”, alerta Dworkin. Isto é, embora a Suprema Corte (e, guardadas as devidas proporções – pois não temos um *judicial review* puro no Brasil – também o Supremo Tribunal Federal) tenha a incumbência de interpretar a Constituição, nem sempre dará as respostas certas aos casos controvertidos. O Direito é bem mais do que alguns poucos juízes pensam sobre o que ele seja. É sempre bom destacar que propostas como a de Dworkin – ainda tendo em vista aqueles que de sua teoria possam discordar – são indispensáveis em países como o Brasil, em que o projeto de uma democracia constitucional ainda não se solidificou e a real proteção dos direitos fundamentais é, por enquanto, um desejo. A resposta certa (ou, pelo menos, o esforço constante em sua direção) – e é bom sempre repetir isso – é, acima de tudo, uma questão de democracia” (PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo* cit., p. 125).

convicção popular, a tradição nacional, bem como as convicções de justiça e equidade e a correta relação entre elas<sup>113</sup>.

Tais juízes rejeitam a ideia de que devem se subordinar às autoridades eleitas, independentemente da parte do sistema constitucional em questão. Consideram que o objetivo de algumas disposições é, ou inclui, a proteção à democracia, e que irão interpretar tais disposições nesse espírito, em vez de se subordinar às convicções daqueles cuja legitimidade poderiam desafiar. O objetivo de outras disposições é a proteção de indivíduos e de minorias contra a vontade da maioria, e, ao decidirem sobre as exigências de tais disposições, não irão ceder àquilo que os representantes da maioria consideram correto.

Recusam-se, por outro lado, a substituir o julgamento do legislador quando acreditarem que a questão em jogo é fundamentalmente política, e não de princípio, quando o argumento for sobre as melhores estratégias para satisfazer inteiramente o interesse coletivo por meio de metas, tais como a prosperidade, a erradicação da pobreza ou o correto equilíbrio entre economia e preservação.

Caso os juízes da Suprema Corte cumpram todas essas condições, eles estarão respeitando o direito como integridade, e as suas decisões não violarão os valores democráticos, pois não representarão uma substituição da decisão da maioria por decisões de juízes não eleitos, mas sim decisões pautadas na moralidade política, num conjunto coerente de princípios, e, por isso, serão decisões legítimas.

Um juiz que respeite a integridade não será um usurpador que tenta enganar o povo, privando-o de seu poder democrático. Quando intervém no processo de governo para declarar inconstitucional alguma lei, o faz a serviço de seu julgamento mais consciencioso sobre o que é, de fato, a democracia e sobre o que a Constituição realmente quer dizer<sup>114</sup>.

---

<sup>113</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 474.

<sup>114</sup> Idem, *ibidem*, p. 476.

A corte constitucional deve tomar decisões de princípios, decisões justas e corretas com base na moralidade política, decisões sobre que direitos as pessoas têm em determinado sistema constitucional, compreendendo que a tradição deve ser respeitada até o ponto em que não comprometa a felicidade daquela comunidade. Os princípios de moralidade política devem orientar as decisões jurídicas de tal modo que estas cumpram a integridade, isto é, sejam coerentes e respeitem a justiça e a equidade<sup>115</sup>.

Enfim, o direito como integridade fornece todas as respostas à questão da legitimidade da justiça constitucional. Representa o limite das decisões judiciais. Demonstra que o fato de os juízes tomarem decisões políticas não viola o caráter democrático do Tribunal Superior, pois tais decisões são pautadas em princípios, e, assim, representam a melhor defesa para a própria democracia.

Ao tratar da Constituição, da necessidade de se compreender o papel dos juízes do Tribunal Superior, Dworkin ressalta a importância de esses juízes adotarem a integridade como direito, fugindo do historicismo, passivismo e ativismo judicial<sup>116</sup>.

O historicista limita as interpretações aceitáveis da Constituição aos princípios que exprimem as intenções históricas dos fundadores. Entretanto, o jusfilósofo esclarece que nunca se encontrará a vontade do legislador, pois é o intérprete quem estabelece qual foi a vontade do legislador<sup>117</sup>.

Não se pode imaginar que declarações feitas em momentos políticos diversos e por (e para) uma forma de vida política totalmente diferente pudessem

---

<sup>115</sup> PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo* cit., p. 90.

<sup>116</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 430-453.

<sup>117</sup> Idem, ibidem, p. 430-435. Guest coloca que o argumento de Dworkin contra a teoria da intenção original é, fundamentalmente, que não é necessário, para que um juiz dê a devida consideração às exigências democráticas da separação de poderes, que ele dependa exclusivamente de intenções legislativas explicitamente declaradas. Entretanto, uma maneira muito rápida de perceber o que há de errado com a teoria é a seguinte: nenhum historiador duvidaria que cada um dos fundadores queria que a Constituição fosse interpretada de acordo com a justiça e a equidade. Essa intenção permitira muitas interpretações que excederiam as palavras claras e explícitas da Constituição e, é claro, permitiria novas decisões dentro do âmbito das exigências de neutralidade da doutrina (GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin* cit., p. 173).

ainda vigorar. Seria perverso: negaria à comunidade o poder de mudar, de rever seus valores, seu senso público, de se aperfeiçoar.

Dworkin demonstra que existe um forte argumento a favor do historicismo: a estabilidade. O direito serve melhor sua comunidade quanto mais preciso e estável, e isso se aplica, particularmente, ao direito constitucional. A estabilidade estaria nas intenções concretas dos autores históricos. Nenhuma lei ou decisão será anulada se se puder demonstrar, em bases históricas, que os autores da Constituição esperavam que isso não acontecesse. Todavia, o jusfilósofo afirma que o historicismo baseado na estabilidade não corresponde à prática constitucional norte-americana, pois a Suprema Corte reconheceu direitos constitucionais que os fundadores não contemplaram<sup>118</sup>.

Para Dworkin, a estabilidade crucial é a da integridade: na medida do possível, o sistema de direitos deve ser interpretado como a expressão de uma concepção coerente de justiça. Isso não pode ser obtido por meio da forma frágil do historicismo, que liga os juízes às opiniões concretas dos governantes históricos que criaram cada direito. Essa é uma forma infalível para produzir incoerência no esquema constitucional, porque os fundadores, em diferentes épocas, tinham opiniões distintas sobre as exigências da justiça<sup>119</sup>.

O historicismo equivale a negar que a Constituição expressa princípios, pois não se pode considerar que estes parem ali onde também param o tempo, a imaginação e os interesses de algum governante histórico.

Quanto ao passivismo e ativismo, é necessário fazer uma distinção entre juízes passivos e ativos. Os primeiros mostram grande deferência para com as decisões de outros poderes do Estado, já os segundos declaram tais decisões inconstitucionais sempre que as desaprovam<sup>120</sup>.

---

<sup>118</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 437-441.

<sup>119</sup> Idem, *ibidem*, p. 440.

<sup>120</sup> Idem, p. 442.

O argumento principal dos passivistas está na regra de maioria<sup>121</sup>. Assim, o Estado e o Legislativo nacionais teriam a última palavra sobre tais questões, e não o Poder Judiciário.

Dworkin demonstra que a interpretação passivista também não se amolda à prática constitucional norte-americana. Muitas decisões tomadas pela Suprema Corte no passado não poderiam ser justificadas por meio de uma análise passivista e, portanto, teriam de ser vistas como erros caso o passivismo fosse adotado<sup>122</sup>.

O passivismo pode parecer, à primeira vista, uma teoria atraente, mas quando se toma o cuidado de desemaranhar os diferentes problemas que mistura, seus fundamentos intelectuais tornam-se invariavelmente mais frágeis. O passivismo, apenas precariamente, se ajusta à prática constitucional, e só a mostra em sua melhor perspectiva se se admitir que, como questão de justiça, os indivíduos não têm direitos contra as maiorias políticas – o que é estranho à atual cultura constitucional – ou que a equidade, definida de um modo especial que zomba da própria ideia de direitos constitucionais, é a virtude mais importante<sup>123</sup>.

O ativismo, por sua vez, é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Ele negaria todas as tradições jurídicas, ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação e as decisões anteriores da Suprema Corte. O juiz julgaria conforme seu senso pessoal de justiça<sup>124</sup>.

O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Os juízes devem aplicar a Constituição por meio da interpretação, o que quer dizer que suas decisões devem ajustar-se às práticas constitucionais, e não ignorá-la. Um julgamento interpretativo envolve a moral política, e põe em prática uma série de virtudes políticas, como a

---

<sup>121</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 442-451.

<sup>122</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>123</sup> Idem.

<sup>124</sup> Idem, p. 451-453.

justiça, a equidade etc. O direito como integridade é sensível às tradições e à cultura política de uma nação<sup>125</sup>.

Por tudo o que fora exposto, entende-se que a teoria do direito como integridade de Dworkin é a que melhor afasta o decisionismo judicial. Ao explicar a integridade, a resposta certa, a adequação e justificação, ao refutar o convencionalismo e pragmatismo, ao oferecer o juiz Hércules como modelo, ao definir a sociedade como uma comunidade de princípios, Dworkin apresenta uma teoria que traz elementos suficientes para se combater a discricionariedade. Por esse motivo, adota-se tal teoria como referencial desta pesquisa, eis que não se pretende apenas defender que o juiz deve realizar o devido controle de constitucionalidade da pena, mas também apresentar critérios que amarrem essa decisão de forma a torná-la legítima, e não fruto de um ativismo desenfreado.

---

<sup>125</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 451-453.



### 3 O NECESSÁRIO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA PENA À LUZ DA PROPORCIONALIDADE

Um dos maiores problemas que o Direito Penal enfrenta é exatamente o de encontrar a pena proporcional. A previsão de ilícitos e sanções deve se estabelecer segundo uma relação de gravidade, refletindo o nível de ofensa e a relevância do valor sob tutela. Daí a inevitável conclusão de que o delito mais grave clama pena mais rigorosa. Se assim não for, contradição lógica haverá, bem como incoerência no sistema. Note-se que essa carga valorativa dos bens jurídicos deve ser retirada da própria Constituição<sup>126</sup>. Quando o legislador ordinário apresenta uma “ordem de bens jurídicos penais que inverta a ordem de valores constitucionais”<sup>127</sup>, está desrespeitando a integridade que se espera do direito.

O legislador ordinário, quando da criação do tipo penal, deverá, primeiramente, averiguar a existência do bem jurídico penal. A constatação da irrelevância ou relevância do bem à tutela penal perpassa por uma análise dos valores constitucionais, respeitando-se a integridade do ordenamento jurídico como um todo e as necessidades humanas e sociais. Dessa forma, o legislador poderá, por exemplo, diante da Constituição, do ordenamento jurídico pátrio, dos princípios de moralidade política da comunidade, perceber que a vida é valor de grande importância, que merece ser protegido penalmente. Em raciocínio seguinte, o legislador buscará encontrar a pena útil, necessária e proporcional, portanto, uma pena que respeite a integridade do direito. Na busca da pena proporcional, o legislador deverá ainda proceder a um estudo comparativo entre as figuras típicas, para que seja respeitada a coerência do sistema, ou seja, agora ele fará uma comparação entre os diversos tipos que protegem bens jurídicos diferentes, para que a pena mais grave seja direcionada ao crime de maior gravidade, e vice-versa.

---

<sup>126</sup> Além de indicar os bens passíveis de proteção penal, a Constituição apresenta uma ordem de valores constitucionais que denota uma hierarquização dos bens jurídicos a serem protegidos pelo Direito Penal. Segundo Feldens, “Embora não estabeleça, de ‘A’ a ‘Z’, uma escala microscopicamente ordenada de valores, transmite claramente ao intérprete, a partir de uma análise objetiva, que ‘A’ (v.g., a vida) é superior (axiológica e normativamente considerando) a ‘Z’ (v.g., o patrimônio)” (FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 121). Essa hierarquização deve ser respeitada pelo legislador no momento da cominação da pena em abstrato.

<sup>127</sup> Idem, *ibidem*.

Essa análise comparativa também é uma exigência da integridade, por ser necessária para se respaldar a coerência do direito e a igualdade de tratamento.

Entretanto, na legislação penal brasileira encontram-se inúmeras disposições em que resta evidente o descomprometimento com qualquer critério no estabelecimento das infrações penais e as respectivas respostas sancionatórias. Não são raros os exemplos de normas penais em que há violação aos ideais de intervenção mínima e de proporcionalidade, ora em virtude da cominação de pena a condutas que não violam bem jurídico penal, ora em razão da desproporcionalidade entre o *quantum* da pena e a gravidade da lesão<sup>128</sup>.

Se de um lado existe a legislação que inadequadamente deixa de considerar os pressupostos da proporcionalidade na cominação das penas, de outro há o Judiciário que reproduz essa crise paradigmática.

Como bem observa Streck, a “baixa constitucionalidade do legislativo e dos operadores do direito faz com que a sua almejada integridade seja apenas uma quimera”<sup>129</sup>.

A Constituição abriga os valores morais que devem nortear o Direito Penal na sociedade brasileira, contemplando os princípios limitadores do *ius puniendi*. Via de consequência, o controle judicial a ser exercido nesse âmbito há de levar em consideração não apenas o espectro formal da lei incriminadora, senão que deve

---

<sup>128</sup> No primeiro caso, da desnecessidade da pena, pode-se citar a maioria dos dispositivos da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei nº 3.688/1941), como a vadiagem, o jogo do bicho, jogo de azar, embriaguez etc.; o consumo de substâncias entorpecentes (art. 28 da Lei nº 11.343/2006); o porte/posse ilegal de arma de fogo (arts. 12, 14 e 16 da Lei nº 10.826/2003), entre tantos outros; no segundo caso, *quantum* desproporcional da pena, pode-se citar o art. 273 do CP; a importância desmedida que se confere ao patrimônio privado em detrimento da pessoa: a pena máxima do furto simples (art. 155 do CP – pena: 1 a 4 anos de reclusão) ou da apropriação indébita (art. 168 do CP – pena: 1 a 4 anos de reclusão) é superior à pena máxima do homicídio culposo (art. 121, § 3º, do CP – pena: 1 a 3 anos de detenção); a pena mínima do homicídio qualificado (art. 121, § 2º, do CP – pena: 12 a 30 anos de reclusão) é bem menor do que a do latrocínio (art. 157, § 3º, do CP – pena: 20 a 30 anos de reclusão) etc.; o fato de a pena da lesão corporal culposa na direção de veículo automotor ser superior à pena da lesão corporal dolosa do CP; entre outros casos.

<sup>129</sup> STRECK, Lenio Luiz. Crime e estamento: notas sobre a política criminal e o direito penal em *terrae brasilis*. In: PINHO, Ana Cláudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan de Melo (organizadores). *Direito penal e Democracia*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010. p. 282.

aquilatar também a sua conformidade com os princípios abraçados pela Constituição<sup>130</sup>.

O cotejo das normas penais com uma ordem normativa superior integrada por princípios deixa clara a possibilidade de existência de leis inconciliáveis com esses princípios. Assim, uma vez diagnosticadas as incoerências do sistema, alternativa não há senão a inaplicabilidade daquilo que o desarmoniza. Em outras palavras, caso haja um descompasso entre a orientação constitucional e o ordenamento jurídico infraconstitucional, cabe ao Poder Judiciário, como legítimo intérprete constitucional e guardião da Lei Maior, fazer o controle ou filtragem dessa incompatibilidade<sup>131</sup>.

O princípio da proporcionalidade apresenta-se hoje como um dos instrumentos de maior importância no controle de constitucionalidade das normas que interferem em direitos fundamentais. Sem dúvida, o Direito Penal é a arma mais incisiva de controle, interferindo profundamente nos direitos fundamentais, gerando inclusive a relativização do direito à liberdade, o que levaria à indispensável conclusão de que esse ramo do direito deve ser submetido constantemente ao controle de constitucionalidade do ato legislativo. Mas essa não é a realidade do Judiciário brasileiro, que ainda é temente em realizar o necessário controle de constitucionalidade da pena a partir da proporcionalidade.

Como afirma Streck, não há qualquer blindagem que proteja a norma do controle de constitucionalidade. Nenhum campo do direito está imune a essa vinculação constitucional. Consequentemente, na medida em que a Constituição figura como o *alfa* e o *ômega* do sistema jurídico, ocorre uma sensível alteração no

---

<sup>130</sup> CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Porto Alegre: Fabris, 2009. p. 125.

<sup>131</sup> Idem, ibidem, p.126. Nesse mesmo sentido, Pedra informa que: “É bem verdade que por ser uma competência excepcional que se exerce em domínio delicado, deve o Poder Judiciário agir com cautela e parcimônia, nunca olvidando que num Estado Democrático de Direito a definição das políticas públicas deve recair sobre os órgãos que têm representação popular, o que não é o caso do Poder Judiciário. Mas, caso essa vontade popular, manifestada pela onipotência do poder constituinte originário, venha a ser ofendida por um ato legislativo, não deve o Poder Judiciário hesitar em preservar esta vontade popular contra os excessos de maiorias legislativas eventuais. Aqui, o controle de constitucionalidade se presta, precisamente, para assegurar a preservação dos valores permanentes (fundamentais) sobre os ímpetus circunstanciais” (PEDRA, Anderson Sant’Ana. *O controle da proporcionalidade dos atos legislativos: a hermenêutica constitucional como instrumento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 255).

campo de conformação legislativa. Nesse contexto, a teoria do bem jurídico, que sustenta a ideia de tipos penais no Direito Penal, igualmente passa a depender dos valores abraçados pela Constituição. Não pode restar qualquer dúvida no sentido de que o bem jurídico tem estrita relação com a materialidade constitucional, representada pelos preceitos e princípios que encerram a noção de Estado Democrático e Social de Direito<sup>132</sup>.

Embora se denote a importância e necessidade desse controle de constitucionalidade das leis infraconstitucionais, principalmente das normas incriminadoras, o que se vê é uma inércia quase total do Poder Judiciário. Tanto que Bitencourt afirma que o desprezo pelo controle de constitucionalidade – direto ou difuso – na seara criminal, no sistema brasileiro, beira as raias da imoralidade, na medida em que tem sido sistematicamente omitido, quando não sonogado desarrazoadamente pelo Judiciário, de primeiro e de segundo grau, postura inadmissível em um Estado Democrático de Direito. No controle direto, quem tem legitimidade para a propositura das ADIns parece não ter interesse em fazê-lo, e, no controle difuso, o clamor da doutrina não fez eco nos tribunais, que, nesse particular, fazem ouvidos moucos. O Judiciário brasileiro tem ignorado que deve aplicar a norma somente quando estiver conforme o texto constitucional, pois, lamentavelmente, examinando a literatura jurídica brasileira, é possível constatar a existência de um certo fascínio em torno do direito infraconstitucional, a ponto de se adaptar a Constituição às leis ordinárias, e não o contrário. Enfim, continua-se a olhar o novo com os olhos do velho. A Constituição – e tudo o que representa o constitucionalismo contemporâneo – ainda não atingiu o seu devido lugar no campo jurídico brasileiro<sup>133</sup>.

A atividade judicial consistente em detectar tipos penais que afrontem o cânone da proporcionalidade pode operar-se concreta ou difusamente. Entretanto, pretende-se concentrar a pesquisa no estudo do controle difuso de constitucionalidade, demonstrando que este não vem sendo devidamente realizado

---

<sup>132</sup> STRECK, Lenio Luiz. Crime e estamento: notas sobre a política criminal e o direito penal em *terrae brasilis* cit., p. 299-300.

<sup>133</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3, p. 55.

pelo Judiciário brasileiro<sup>134</sup> e apontando como o julgador irá resolver o caso concreto diante da constatação da inconstitucionalidade da pena por violação ao princípio da proporcionalidade.

### 3.1 Uma releitura do princípio da proporcionalidade

Antes de iniciar a releitura da proporcionalidade que aqui se está a propor, é importante ressaltar com que ideia de princípio esta pesquisa trabalha. Ora, já se deixou claro que esta tese adota a teoria de Dworkin como referencial teórico. Pois bem, adota-se então a compreensão de Dworkin sobre princípios, fazendo-se as adaptações necessárias à realidade brasileira e sua Constituição.

Dworkin não trabalha com uma noção semântica de princípios. Não se trata de buscar princípios *a priori* construídos para, dentre eles, eleger um que se aplique ao caso concreto, afastando-se os demais. Os princípios surgem do caso concreto, e separados deste não possuem significância. Os princípios não podem ser construídos com base em critérios lógicos aprioristicamente estabelecidos, eles acontecem argumentativamente, a partir do caso concreto e do que se extrai dos valores morais que regem a comunidade<sup>135</sup>.

Entretanto, como bem ressalta Streck, os argumentos principiológicos que Dworkin, por ter como berço o *common law*, informa serem encontrados fora da ordem jurídica positiva, em Constituições como a brasileira, podem ser retirados do próprio texto constitucional. Deve-se adequar a teoria de Dworkin à realidade constitucional brasileira. Enquanto Dworkin sustenta que a indeterminação de regras jurídicas obriga a recorrer a direitos ou a argumentos principiológicos que se encontram fora da ordem jurídica positiva, em sistemas jurídicos como o brasileiro,

---

<sup>134</sup> A opção por concentrar o estudo na análise do controle difuso não significa que vem sendo praticado no Brasil o controle concentrado da norma incriminadora à luz da proporcionalidade. Pelo contrário, se o controle difuso em hipótese já é escasso, o controle concentrado é praticamente inexistente. Pretende-se concentrar o estudo no controle difuso diante do objetivo que se traçou, qual seja, alcançar uma resposta à indagação de como o juiz deve julgar o caso concreto diante da constatação da inconstitucionalidade da lei incriminadora. Ademais, a resposta que será apresentada nesta tese para tal pergunta só é aplicável por meio do caso concreto, como se verá mais adiante.

<sup>135</sup> Essa construção principiológica de Dworkin pode ser percebida no decorrer de várias de suas obras, mas cita-se em especial *O império do direito* (DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit.).

essa questão assume outra dimensão, isto é, a Constituição abarca em seu texto um conjunto principiológico que contém a cooriginalidade entre direito e moral, ou seja, aquilo que Dworkin parece buscar “fora” do sistema, já está contemplado em Constituições fortemente compromissórias e sociais como a brasileira. Portanto, na situação constitucional do Brasil, o discurso moral-principiológico não vem de fora, Os sistemas jurídicos que incorporam princípios substantivos ou materiais como normas básicas valorativamente decisivas elevam ao patamar de obrigação jurídica a realização aproximativa de um ideal moral<sup>136</sup>.

No Brasil, prevalece o sistema romano-civilista, com uma Constituição extensa e rica em princípios de moralidade política. Não se pode, na realidade brasileira, afastar a possibilidade da existência de princípios previamente identificados na Constituição Federal. O importante é a forma como se irá ler esses princípios: não como uma regra posta epistemologicamente, um objeto ao qual o interprete dará a compreensão que melhor lhe convém; mas como um sujeito, rico de significância, que não abre, mas fecha sentido, e que coage o intérprete a descobri-lo.

Como bem indaga Oliveira: o que faz de um princípio um princípio? É a sua arbitrária determinação em textos de leis ou Constituições? Ou sua manifestação histórico-cultural em determinado contexto de uma experiência jurídica comum? É possível dizer que aquilo que determina, originariamente, algo como um princípio, são experiências concretas que possibilitam a abertura de um contexto significativo que apresenta possibilidades de sentido em que os princípios acontecem. Dito de outro modo, um princípio nunca é imposto autoritariamente por determinada legislação, mas sua autoridade se manifesta a partir de um reconhecimento<sup>137</sup>.

É com essa ideia que se irá trabalhar. A proporcionalidade é um princípio não porque a Constituição assim o definiu, mas porque experiências concretas possibilitaram que assim acontecesse. Os princípios não podem ser pensados como estruturas ou enunciados previamente dados e interpretados pelos diversos setores

---

<sup>136</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* cit., p. 311-312.

<sup>137</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 30.

do campo jurídico, mas sim como significados conceituais que simplesmente acontecem num dado período da história.

A proporcionalidade é um princípio, portanto, porque experiências concretas possibilitaram a existência de uma significância na qual ela acontece. O sentido da proporcionalidade não foi imposto epistemologicamente, mas é fruto de uma construção histórico-cultural do direito na modernidade. Diante da sua importância, a proporcionalidade passou a ser reconhecida pela Constituição brasileira. Não é um princípio porque está previsto na Constituição, mas foi previsto na Constituição porque esta reconheceu ali um princípio. E o simples fato de estar previsto na Constituição não o impossibilita de ser um princípio.

Dito isso, deve-se compreender que não se pode impor o princípio ao caso sob julgamento, como um elemento alienígena que irá solucionar o problema. O princípio surge da situação, impõe-se ao intérprete, renasce no caso concreto, mesmo que já esteja previamente amparado em uma Constituição rica de valores.

Streck ensina que os princípios, nessa perspectiva, são vivenciados por aqueles que participam da comunidade política e que determinam a formação comum de uma sociedade. É exatamente por esse motivo que tais princípios são elevados ao *status* da constitucionalidade<sup>138</sup>.

Importante ressaltar que é possível dar um contorno ou um perfil semântico ao padrão a ser consolidado como princípio. Não representa problema, por exemplo, querer-se “conceituar” a necessidade de que cada pena seja individualizada com o nome de “princípio da individualização da pena”. O direito como integridade, adaptado ao sistema constitucional brasileiro, não proíbe que se dê um contorno semântico aos princípios. Entretanto, e é importante que isso fique claro, dar esse nome ao “princípio da individualização da pena” não dará a esse padrão uma autonomia semântico-significativa, pela singela razão de que ele somente se

---

<sup>138</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* cit., p. 495.

realizará a partir de uma regra que estiver sendo aplicada em algum julgamento em que o acusado seja condenado a determinada pena<sup>139</sup>.

É exatamente com essa compreensão, apresentada por Streck, que se trabalhará a proporcionalidade. Reconhece-se um certo contorno semântico ao padrão que fora consolidado como princípio constitucional. É possível retirar uma ideia, construir uma noção da proporcionalidade a partir da tradição jurídica nacional e estrangeira. Todavia, a expressão “princípio da proporcionalidade” não possui uma autonomia semântico-significativa. Embora se tenha uma noção prévia do que vem a ser a proporcionalidade como princípio jurídico, noção esta que foi construída de forma vivenciada e não ontológica, a proporcionalidade só se realizará a partir de uma regra que estiver sendo aplicada a algum julgamento no qual se puder aferir se a pena prevista, considerando aquele caso concreto, é ou não proporcional.

Não se pode estudar um princípio sem compreender a dimensão histórica e as questões cotidianas na qual ele está envolvido. É dessa compreensão histórica, da análise das situações cotidianas nas quais ele se apresentou, que surge a sua significância, e não de forma semântica.

Enfim, para Dworkin, os princípios não são padrões de condutas reconhecidos por terem sido expedidos por decisões das autoridades instituídas tomadas no passado, mas fazem parte do contexto moral e político que atravessa determinada comunidade. Como dito, a justificação das decisões só terá lugar caso respeite a integridade, entendida como um compromisso das autoridades públicas de tratar os particulares de maneira consistente com princípios de moralidade política plasmados em instituições da comunidade, como o são a Constituição, as leis e os precedentes<sup>140</sup>. A proporcionalidade faz parte do contexto moral e político da comunidade brasileira, sendo, portanto, um princípio de moralidade política previsto na Constituição.

Importante frisar aqui que Streck, em *Verdade e consenso*, apresenta grande crítica ao princípio da proporcionalidade, por entender que este vem sendo

---

<sup>139</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* cit., p. 523.

<sup>140</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio* cit., p. 179.



utilizado como uma panaceia para resolver qualquer problema. Acrescenta que a invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um topoi, com caráter retórico, e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula “à luz do princípio da proporcionalidade” ou razoabilidade, e assim o ato deve ser considerado inconstitucional<sup>141</sup>. Streck, ao criticar o panprincipiologismo em *terrae brasilis* – e, diga-se, com razão –, apresenta ainda como problemáticos os “assim denominados princípios da razoabilidade e da proporcionalidade”<sup>142</sup>. Para o autor, a proporcionalidade não pode ser alçada à plenipotencialidade principiológica, como se fosse uma metarregra para resolver problemas não resolvidos pelos demais princípios. A proporcionalidade deve estar presente em toda *applicatio*, ou seja, qualquer decisão deve obedecer a uma equanimidade<sup>143</sup>, devendo haver uma justa proporção entre as sanções do Direito Penal. Isolado, o enunciado da proporcionalidade carece de significado. Não há um *locus* privilegiado para a sua aplicação. Necessariamente ela estará relacionada à igualdade na proteção de direitos. Quando invocados, na verdade, estar-se-á a tratar da devida equanimidade que deve ter cada interpretação/decisão judicial. Só desse modo a proporcionalidade (sobre)vive, mesmo que seja feita uma emenda constitucional transformando esse *standard* em preceito constitucional (e mesmo que, nessa emenda, fosse-lhe dado o nome de princípio da proporcionalidade)<sup>144</sup>.

Concorda-se que a proporcionalidade não é um metaprincípio, um mandado de otimização, algo que paira acima dos demais princípios e que se proponha exatamente a resolver os conflitos entre estes. A proporcionalidade é “apenas” um dos princípios que emanam da autoridade moral da Constituição. Embora, em alguns aspectos, se assemelhe à igualdade, é um princípio independente deste. Na verdade, os princípios constitucionais, em vários momentos, se tocam.

É bem verdade que a proporcionalidade só está presente na *applicatio*, como todo e qualquer princípio. A proporcionalidade só (sobre)vive diante da

---

<sup>141</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* cit., p. 186, nota 34.

<sup>142</sup> Idem, ibidem, p. 490.

<sup>143</sup> Termo utilizado por Streck para trazer a ideia de justa proporção.

<sup>144</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* cit., p. 490-536.

realidade, ela emana do caso concreto, surge da realidade fática, e é exatamente por isso que é um princípio.

Comunga-se da ideia de que se deve negar o princípio da proporcionalidade como vem sendo, na maioria das vezes, utilizado no Brasil, de forma epistemológica, ontológica, como uma metarregra, ou um mandado de otimização. Concorde-se também que o Brasil vive uma panprincipiologia, sendo tudo – e nada – alçado à categoria de princípio.

Entretanto, acredita-se que Streck proponha-se a afastar a leitura da proporcionalidade que se desenvolveu no Brasil, aceitando uma leitura principiológica da mesma, desde que utilizada para denunciar exatamente a desproporcionalidade existente entre crimes e penas. Nos dizeres do próprio professor gaúcho, “a proporcionalidade tem relação com igualdade de tratamento, mas não pode ser ela inserida autonomamente, a resposta ao problema deverá exsurgir da análise integrativa do direito”<sup>145</sup>.

---

<sup>145</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* cit., p. 128, nota 16. Em *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, Streck deixa claro que o que pretende afastar é a leitura da proporcionalidade que se vem desenvolvendo no Brasil, e não a proporcionalidade como uma questão de garantia de equanimidade, de coerência, de integridade: “não é difícil perceber o modo pelo qual a ponderação foi sendo transformada – aqui em *terrae brasiliis* – em um enunciado performativo. [...] Daí que expressões como ‘ponderação de valores’, ‘mandados de otimização’, ‘proporcionalidade’, ‘razoabilidade’, ‘justa medida’, ‘decido conforme minha consciência’, no momento em que são utilizadas ou pronunciadas, têm um forte poder de violência simbólica (Bourdieu) que produz o ‘sentido próprio’ e o ‘próprio sentido’. Produzem-se, assim, sentidos coagulados, que atravessam a gramática do direito rumo a uma espécie de univocidade ‘extraída a fórceps’ no plano das relações simbólicas de poder.

[...]

Como se sabe, em nome do ‘sopesamento entre fins e meios’ (a assim denominada ‘ponderação’), é possível chegar às mais diversas respostas, ou seja, casos idênticos acabam recebendo decisões diferentes, tudo sob o manto da ‘ponderação’ e suas decorrências.

[...]

Ao fim e ao cabo, *na teoria da argumentação tudo acaba em subsunção*. Aliás, quando no Brasil se usa a ponderação na realidade, se faz a partir da aplicação direta da proporcionalidade. Quando isso acontece – e não é difícil perceber isso – a proporcionalidade, que deveria ser um princípio, acaba sendo aplicada como se fosse uma regra. Ou seja, aplica-se a proporcionalidade diretamente. E por subsunção. Trata-se, assim, de um eterno retorno ao que se quer combater...!

É por isso que venho sustentando – inclusive alterando posição professada há alguns anos atrás – que a proporcionalidade somente tem sentido se entendida como ‘garantia de equanimidade’. Ou seja, proporcionalidade – admitindo-se-á *ad argumetandum tantum* – não é (e não pode ser) sinônimo de equidade. Fora disso, o ‘princípio’ da proporcionalidade se torna um irmão siamês do livre convencimento, ambos *frutos do casamento do positivismo jurídico com a filosofia da consciência...*” (STRECK, Lenio Luiz. *Decido conforme minha consciência?* cit., p. 51-54).

Ou seja, quando se diz que a proporcionalidade é um princípio, não se está a fazer panprincipiologia. A proporcionalidade está presente em toda *applicatio*, eis que qualquer decisão deve ter coerência, integridade, proporcionalidade. Inegável, portanto, o seu caráter principiológico, desde que a sua leitura seja a autorizada pela construção dworkiana de princípio.

Como dito, a compreensão de um princípio não pode ser semântica, mas sim pautada na sua dimensão histórica e nas questões cotidianas nas quais ele está envolvido. Assim, se buscará agora apresentar uma noção da proporcionalidade<sup>146</sup>. A intenção aqui não é criar um conceito fechado, a partir do qual se trabalhará a proporcionalidade, mas tão somente alcançar uma noção do que vem a ser o princípio da proporcionalidade dentro de uma tradição jurídica nacional e estrangeira, alcançar a sua significância que fora extraída dos casos nos quais o mesmo aconteceu, para que assim se possa trabalhar com a proporcionalidade sempre que esta exsurgir do caso concreto.

A proporcionalidade é uma noção geral, utilizada desde épocas remotas na matemática e em outras diversas áreas do conhecimento<sup>147</sup>. A relação entre meio e fim, que constitui a base da proporcionalidade, já se encontrava inclusive no pensamento filosófico da Grécia clássica<sup>148</sup> – principalmente a partir dos

---

<sup>146</sup> Alguns outros termos são comumente utilizados com a finalidade de indicar o princípio sob comento, como o princípio da razoabilidade, de uso comum entre os autores norte-americanos, e o da proibição ou vedação de excesso, comum entre os autores alemães. O Supremo Tribunal Federal utiliza tanto o termo proporcionalidade quanto razoabilidade, não se podendo, entretanto, extrair da jurisprudência da Corte brasileira uma posição única do seu significado. Esta pesquisa trabalhará somente com a nomenclatura “proporcionalidade”, por entender ser esta a mais apropriada para designar a significância que se apresentará no decorrer do estudo.

<sup>147</sup> Ferrajoli leciona que uma das primeiras tentativas de se encontrar um critério justo para a aplicação da pena proporcional pode ser identificada na Lei de Talião, segundo a qual a pena deveria se igualar ao delito e consistir, assim, num mal da mesma natureza e intensidade. Percebe-se que essa ideia se encontra ligada à concepção retributiva da pena na qual esta é uma resposta pelo mal causado, e a sua justa medida consiste na devolução do mal, na mesma moeda. Desse modo, a Lei de Talião, que tem em “olho por olho, dente por dente” a sua mais conhecida expressão, foi a primeira resposta encontrada para se estabelecer a quantidade da pena a ser imposta, tendo estado presente em todos os ordenamentos arcaicos desde o Código de Hamurabi, a Bíblia e a Lei das XII Tábuas (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 356-358).

<sup>148</sup> Continuando com os ensinamentos de Ferrajoli, afirma este que “a exigência de que a pena seja proporcional à gravidade do delito já tinha sido expressada por Platão, *Le leggi*, cit., IX, 857b, p. 362-363: ‘Não temos que distinguir entre o ladrão que rouba muito ou pouco, ou que rouba de lugares sagrados ou profanos, nem atendermos a tantas outras circunstâncias inteiramente dessemelhantes entre si, como se dão nos roubos que, sendo variados, exigem que o legislador

ensinamentos da ética aristotélica, que trazia a noção de proporcionalidade como integrante do próprio conceito de Justiça –, repercutindo mais tarde na cultura jurídica romana, na qual tal princípio alcançou uma importância capital em vastos âmbitos do Direito privado<sup>149</sup>. No entanto, a proporcionalidade como um princípio jurídico, com índole constitucional, apto a nortear a atividade legislativa e jurídica em matéria penal, foi se desenvolvendo a partir dos impulsos propiciados principalmente pelas obras iluministas do século XVIII<sup>150</sup>.

A eclosão dos movimentos liberais na Europa e nos Estados Unidos e a difusão dos ideais revolucionários da França vieram acompanhadas do pensamento de filósofos e juristas que, com o intuito de tornar o Estado menos absoluto e interventor, sufragaram a ideia da proporcionalidade, logo estendida à esfera penal<sup>151</sup>. Nesse contexto histórico, merece destaque a obra *Dei delitti e delle pene* de Beccaria, a qual representa um marco em termos de proporcionalidade penal, eis que as ideias nela contidas buscavam no valor da igualdade e da proporcionalidade a realização da justiça<sup>152</sup>.

Essa concepção – que, note-se, surgiu dentro das necessidades impostas pelos casos que se vivenciava – de que a pena não poderia se submeter a um juízo de discricionariedade, devendo respeitar um juízo de proporcionalidade, foi acolhida

---

se atenha a elas impondo castigos totalmente diferentes?’. O princípio foi contemplado na Magna Carta de 1215, que nos itens 20 e 21 fala de ‘proporção’ entre pena e transgressão. E foi reformulado na época intermédia por Andrea D’Isernia, *Commentaria*, cit., p. 291: ‘poena debet proportionari delicto’” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão* cit., p. 414). Ainda no período da Grécia clássica, Branco afirma que “a ideia de proporcionalidade remonta a disciplina que o direito devia constituir alguma utilidade para a comunidade. Aristóteles fazia referência ao ‘meio-termo’ e a ‘justa medida’ que se ligava à justiça substancial, correspondendo ao que hoje denominamos princípio da proporcionalidade. Para Aristóteles, ‘meio-termo’ significava aquilo que era equidistante em relação a cada um dos extremos, e que era único e o mesmo em relação a todos os homens. Tinha ‘meio-termo’ como aquilo que não era nem demais nem muito pouco, e isso não era único nem o mesmo para todos” (BRANCO, Luiz Carlos. *Equidade, proporcionalidade e razoabilidade: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: RCS Ed., 2006. p. 137).

<sup>149</sup> FERRAZ, Leonardo de Araújo. *Da teoria à crítica*. Princípio da proporcionalidade. Uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Ed. Dictum, 2009. p. 75.

<sup>150</sup> FELDENS, Luciano. *A constituição penal* cit., p. 157.

<sup>151</sup> MELO GOMES, Marcus Alan de. *Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 146.

<sup>152</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

pelas primeiras cartas constitucionais do final do século XVIII e início do século XIX, bem como por outros textos legais<sup>153</sup>.

Embora se esteja apresentando um breve estudo do princípio da proporcionalidade, para uma melhor compreensão do que é a necessidade de proporcionalidade que emerge do caso concreto e que se encontra amparada nos valores constitucionais, é imprescindível notar que não se pode, hoje, ler os princípios (compreender o que seja um princípio) com os olhos da tradição dos novecentos. Mais uma vez, esclarecedores os ensinamentos de Streck quando afirma que não se pode olhar os princípios (constitucionais) que emergiram da tradição (neo)constitucionalista do segundo pós-guerra com os olhos da tradição (privativista) dos princípios gerais do direito dos novecentos. Nesse ponto, não há espaço para uma continuidade conceitual. Há uma evidente ruptura que altera substancialmente o significado conceitual do termo *princípio* no Direito. Nesse processo ruptural, a teoria de Dworkin produz um espaço onde os princípios, longe de serem vistos como cláusulas de abertura ou como solução para o fechamento das “lacunas” do sistema, como queria o primeiro positivismo dos princípios gerais do direito, são operados de forma a restringir a atividade interpretativa, fechando o sentido. Desta forma, não vinculam nem autorizam o intérprete desde fora, mas justificam a decisão no interior da prática interpretativa que define e constitui o direito<sup>154</sup>.

Continua o professor gaúcho lecionando que os princípios aparecem como os indícios formais que mostram o caminho legítimo para a formação do direito. Um homem que constrói sua vida conduzindo suas ações por meio de princípios, legitima sua obra de modo que poderá dizer que tem uma vida boa. Também uma comunidade política que estrutura seu direito num todo coerente de princípios, legitima a força do poder político do Estado. Esta é a grande transformação operada pelo constitucionalismo: na forma estatal medieval, obedecia-se porque o que havia era um pertencimento ao senhor feudal ou ao príncipe (sua vontade era soberana e

---

<sup>153</sup> MELO GOMES, Marcus Alan de. *Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena* cit., p. 147. Como exemplo, cita-se o art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “A lei não deve estabelecer mais do que penas estrita e evidentemente necessárias”.

<sup>154</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* cit., p. 496, nota 89.

por isso deveria ser cumprida); no Estado Constitucional, obedece-se ao direito porque há um princípio que justifica tal obediência<sup>155</sup>.

### 3.1.1 *Uma noção da proporcionalidade a partir do direito como integridade*

Quando a Constituição Federal proclamou que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*), trazendo como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), quando afirmou que todos são iguais perante lei, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida e à liberdade (art. 5º, *caput*), quando informou que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (art. 5º, XXXIX), quando definiu que a lei não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (art. 5º, XL), quando assegurou aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX) etc., estabeleceu que a vida, a liberdade e a dignidade são a regra, e a pena privativa de liberdade a exceção. Ou seja, o Direito Penal, num Estado Democrático de Direito, só poderá ser a exceção, o último recurso, um direito de intervenção mínima.

A Constituição brasileira, nos dispositivos supramencionados e em vários outros, brindou essa ideia. Embora ainda existam leis e decisões judiciais que afrontem tal preceito, é inegável a necessidade de se caminhar nesse sentido, reconhecendo-se que é preciso limitar a intervenção punitiva estatal. O Direito Penal é a arma mais incisiva do Estado, por esse motivo, deve ser o último recurso à sua disposição.

Na sociedade brasileira, a intervenção do Direito Penal deve ser mínima, estando presente só quando estritamente necessária, preservando-se, sempre que possível, o direito à liberdade do indivíduo. Esse é o princípio do qual deve partir toda e qualquer incriminação. Só assim essa incriminação respeitará a Constituição Federal e os princípios de moralidade política da sociedade brasileira. Como bem diz Dworkin, “é certo que o direito penal visa prevenir crimes, mas ao perseguir esse

---

<sup>155</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso cit.*, p. 500.

propósito, ele deve submeter-se a princípios que podem limitar sua eficiência”<sup>156</sup> para alcançar o seu verdadeiro objetivo.

Sendo assim, a intervenção mínima não é só um dos princípios penais que a Constituição abraça, mas o princípio instituidor do Direito Penal. Este deve ser, portanto, o último recurso (a *ultima ratio*) da política social do Estado para a proteção dos bens jurídicos mais importantes, diante dos ataques mais graves que podem sofrer<sup>157</sup>. Como informa Molina:

O princípio da intervenção mínima expressa graficamente um limite político-criminal ao *ius puniendi*. Um limite coerente com a lógica do Estado contemporâneo, que busca o maior bem-estar com o menor custo social. O Direito Penal deve se fazer presente nos conflitos sociais somente quando seja estritamente necessário e imprescindível, nada mais. Não se trata de proteger todos os bens jurídicos de qualquer classe de perigo que os ameace, nem de fazê-lo utilizando-se dos recursos mais poderosos e invasivos do Estado, senão de programar um controle razoável da criminalidade, selecionando os objetos, meios e instrumentos para tanto. O Direito Penal é a *ultima ratio*, não a solução à problemática da criminalidade; como se sucede com qualquer regra de intervenção traumática, de efeitos irreversíveis, só cabe acudir à mesma em casos de estrita necessidade, para defender os bens jurídicos fundamentais dos ataques mais graves, e só quando não ofereçam garantia de êxito as outras estratégias de natureza não penal<sup>158</sup>.

O princípio da intervenção mínima representa, portanto, a minimização da resposta jurídica violenta diante do delito<sup>159</sup>. Estabelece que o Direito Penal só deve

<sup>156</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* cit., p. 14.

<sup>157</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de derecho penal*. Parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993. p. 236.

<sup>158</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal: introducción*. Madrid: Servicio Publicaciones Facultad Derecho (Universidad Complutense Madrid), 2000, p. 378-379. “El principio de intervención mínima expresa gráficamente un ulterior límite político-criminal del *ius puniendi*. Un límite coerente con la lógica del Estado contemporáneo, que busca el mayor bienestar con el menor coste social, de acuerdo con un postulado utilitarista. El Derecho Penal debe hacer presencia en los conflictos sociales sólo cuando sea estrictamente necesario e imprescindible, nada más. Porque no se trata de proteger todos los bienes jurídicos de cualquier clase de peligro que les amenace, ni de hacerlo utilizando los resortes más poderosos y devastadores del Estado, sino de programar un control razonable de la criminalidad, seleccionando los objetos, medios e instrumentos. El Derecho penal es la *ultima ratio*, no la solución al problema del crimen; como sucede con cualquier técnica de intervención traumática, de efectos irreversibles, sólo cabe acudir a la misma en casos de estricta necesidad, para defender los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves, y sólo cuando no ofrezcan garantías de éxito las restantes estrategias de naturaleza no penal” (tradução livre).

<sup>159</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de derecho penal* cit., p. 236. Queiroz acrescenta que “Dizer, como *Montesquieu*, que toda pena que não deriva da necessidade é tirânica, ou como *Beccaria*, que proibir uma enorme quantidade de condutas indiferentes não é

atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de outra forma.

Quando se afirma que o Direito Penal é de intervenção mínima, quer-se dizer que este só deve intervir diante daqueles comportamentos que atentem contra as regras mínimas da convivência social (os bens ou valores jurídicos fundamentais da pessoa e da sociedade), e somente quando ditos comportamentos ocorrerem de forma especialmente grave<sup>160</sup>. O Direito Penal não protege todos os bens jurídicos, senão os fundamentais, e nem mesmo protege estes diante de qualquer classe de atentado, mas tão somente em face dos ataques intoleráveis. A intervenção mínima impõe que o Direito Penal continue a ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente, sendo um limite necessário a um totalitarismo de tutela, de modo pernicioso para a liberdade<sup>161</sup>.

Ademais, o Direito Penal só deve intervir quando fracassarem as demais barreiras protetoras do bem jurídico<sup>162</sup>. A intervenção penal (prevenção do delito por meio da pena) só é lícita naqueles casos em que o Estado, previamente, esgotou todas as possibilidades não penais para a prevenção do delito (culturais, educacionais, assistenciais, de política geral etc.)<sup>163</sup>. Nota-se que o Direito Penal não é o único setor do ordenamento que tutela bens jurídicos, tampouco o único

---

prevenir os crimes que delas possam resultar, mas criar outros novos, ou, ainda, como a Constituição Francesa de 1791 (art. 8º), que a lei não deve estabelecer penas que não sejam estritamente e evidentemente necessárias, outra coisa não é senão reconhecer, ao menos politicamente, o caráter subsidiário da intervenção penal, como a mais violenta das formas de intervenção do Estado na vida dos cidadãos. É reconhecer que não se deve apelar a esse castigo extremo senão quando não se puder, de fato, conjurar a lesão de que se trate por instrumentos menos dramáticos. É reconhecer-lhe, enfim, o caráter de extrema ou *ultima ratio* da política social” (QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 24).

<sup>160</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de derecho penal* cit., p. 236.

<sup>161</sup> PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 69-70.

<sup>162</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Montevideo/Buenos Aires: B de F., 2003. p. 108.

<sup>163</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de derecho penal* cit., p. 237.



dotado de recursos coativos<sup>164</sup>, entretanto é o que conta com os instrumentos mais graves.

Tal raciocínio faz-se imprescindível em uma visão minimalista<sup>165</sup>, porquanto, se outros ramos do ordenamento jurídico demonstrarem que são fortes o suficiente na proteção de determinados bens, é preferível que tal proteção seja por eles levada a efeito, no lugar da violenta intervenção do Direito Penal, com todas as suas consequências maléficas, a exemplo do efeito estigmatizante da pena e dos reflexos que uma condenação traz sobre a família do condenado<sup>166</sup>.

Batista defende que não se justifica aplicar um recurso mais grave quando se obtém o mesmo resultado por meio de um mais suave. Tão absurdo quanto cominar ao homicídio somente o pagamento das despesas funerárias, seria criminalizar infrações contratuais civis<sup>167</sup>. Caso se comece a empregar o Direito Penal de forma desnecessária, por motivos mínimos, só se conseguirá o desprestígio da lei. Inutiliza-se a pena que perde a sua capacidade intimidadora, tornando-se mero risco social para uma comunidade insensibilizada. O delinquente

---

<sup>164</sup> Queiroz, ao discorrer sobre o caráter subsidiário do Direito Penal, adverte que “A intervenção penal só se justifica quando a superação do conflito não se possa confiar, exclusiva ou alternativamente, às próprias pessoas diretamente envolvidas, à família, ou à comunidade, exigindo assim uma interferência exterior e extremada. Só deve haver tal intervenção quando esse mesmo conflito, por sua transcendência, não possa ser suficientemente reprimido pela força da censura das convenções sociais, da opinião pública, da moral, da religião ou, conforme o caso, pelas normas disciplinadoras do esporte, do trabalho, da escola, dos grêmios, dos condomínios, etc., ou que melhor possam ser prevenidos pela ciência, pela informação, pela assistência social ou, nos casos mais graves, pela execução de sanções extrapenais, do direito civil, do direito comercial, do direito trabalhista, do direito tributário, do direito administrativo, etc.” (QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal* cit., p. 65-66).

<sup>165</sup> Segundo Ferrajoli, a expressão direito penal mínimo diz respeito a um direito “condicionado e limitado ao máximo, que corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza”. Esse modelo pode ser identificado “como o modelo do Estado de direito, entendendo-se por esta expressão um tipo de ordenamento no qual o Poder Público, e especificamente o poder penal, estejam rigidamente limitados e vinculados à lei no plano substancial (ou dos conteúdos penalmente relevantes) e submetidos a um plano processual (ou das formas processualmente vinculantes)” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão* cit., p. 101-102).

<sup>166</sup> GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2006. p. 80.

<sup>167</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 87.

chegará então a converter-se em vítima da loteria da pena, formando-se, sem necessidade, um lamentável batalhão de cidadãos com antecedentes penais<sup>168</sup>.

É exatamente desta ideia, de intervenção mínima, que parte a compreensão do princípio da proporcionalidade. Dizer que a pena é proporcional significa que ela é adequada (é o único meio capaz de solucionar o conflito em questão e apresenta-se apta para isso), necessária (a ofensa é extremamente grave e precisa ser controlada pelo Direito Penal, pois este é o único capaz de resolver o conflito social) e coerente (a relação entre o crime e a pena se apresenta de forma íntegra, sendo o *quantum* da pena proporcional ao crime que tutela e coerente com as demais penas previstas no ordenamento).

A ideia da idoneidade da pena, ou da utilidade da intervenção punitiva, liga-se à ideia de aptidão das normas criminais para alcançar determinadas finalidades que inspiram a sua elaboração. Em outras palavras, o meio eleito pelo legislador deve estar em consonância com os fins demarcados pelo sistema penal, à luz dos valores constitucionais que o informam, devendo ser o primeiro passo para se avaliar se a ingerência por meio da pena se mostra cabível. Caso a medida adotada pelo legislador penal não guarde relação de pertinência e não se revista de capacidade para atingir os objetivos eleitos pelo Direito Penal, sua atuação torna-se carente de legitimidade e, portanto, inadequada<sup>169</sup>.

Desse modo, uma relação de adequação entre meio e fim se verifica quando, por intermédio daquele, torna-se possível atingir o objetivo desejado. A idoneidade encontra-se relacionada com a capacidade de proteção do bem jurídico pela norma.

Na esfera penal é pressuposto indispensável, para que a intervenção estatal seja idônea para a proteção de determinado bem jurídico, que a finalidade da norma possa ser por ela alcançada. Assim, ao se tutelar criminalmente determinado bem jurídico, o que deve ser considerado, em termos de idoneidade penal, é a medida

---

<sup>168</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal: introducción cit.*, p. 384.

<sup>169</sup> CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade cit.*, p. 93-94.

em que a incriminação cumprirá, efetivamente, a tarefa constitucional à qual o Direito Penal se propõe<sup>170</sup>.

Toda intervenção nos direitos fundamentais deve ser adequada para contribuir para a obtenção de um fim constitucionalmente legítimo. Uma medida adotada por uma intervenção legislativa em um direito fundamental não é idônea quando não contribui de nenhum modo para a obtenção de seu fim.

A intervenção penal se justifica apenas e tão somente quando não houver outros instrumentos – formais ou informais – que possam satisfatoriamente proteger o bem jurídico. Nesse sentido, para que o legislador esteja autorizado a sancionar determinado comportamento, a pena deve ser não um, mas o único mecanismo apto para a tutela do bem jurídico. Havendo outro que seja igualmente idôneo para atingir tal fim, deve prevalecer. Se o legislador optar pela intervenção penal, é porque – ou deve ser porque – não há outra forma de se evitar a lesão por meio de outros recursos. Daí se poder concluir que a pena, para ser empregada, deverá ser sempre o único meio disponível para a tutela de determinado bem jurídico, sendo também, via de consequência, o único suficientemente eficaz. E para ser suficientemente eficaz, terá que mostrar aptidão para atingir todos os fins eventualmente perseguidos com sua aplicação. Realizá-los apenas parcialmente não basta<sup>171</sup>.

Imagine-se, por exemplo, que a pena se revele instrumento apto para alcançar os fins de prevenção geral – positiva e negativa –, mas converta-se, todavia, em mecanismo dessocializador do delinquente. Essa hipótese é mais comum do que se pensa, e ocorre, sobretudo, quando determinado comportamento que agride ou ameaça agredir bem jurídico que ocupa posição menos privilegiada na escala valorativa dos bens jurídico-penais é punido pelo legislador com pena excessiva, seja qualitativa ou quantitativamente. É provável que a ameaça penal funcione como fator de intimidação e motivação da coletividade, mas se mostrará, desde logo, instrumento tendente à dessocialização do delinquente. De nada adianta, assim, que a pena seja meio apenas parcialmente idôneo para alcançar os

---

<sup>170</sup> FELDENS, Luciano. *A constituição penal* cit., p. 163.

<sup>171</sup> MELO GOMES, Marcus Alan de. *Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena* cit., p. 162.

fins que a ela consigna a ordem jurídica. E pena inadequada, por não ter aptidão para realizar a prevenção geral e a prevenção especial, tutelando o bem jurídico e evitando a prática de condutas que o ponham em perigo ou o lesionem, é pena injusta<sup>172</sup>.

Diante da realidade do sistema penitenciário brasileiro, seria possível afirmar que a pena não passa pelo crivo da adequação, eis que os fins preventivos não vêm sendo, em sua totalidade, alcançados. Por esse motivo, entende-se ser necessário repensar os reais fins da pena, caso contrário, ter-se-á que começar a defender a abolição do Direito Penal. Entretanto, não há espaço neste trabalho para se aprofundar na discussão dos fins da pena, ficando tão somente a crítica pontual.

No que diz respeito ao processo de seleção de condutas e cominação de penas, o legislador, submetido à noção de proporcionalidade, deve avaliar, além da adequação da resposta penal como instrumento de controle social, também a sua necessidade. Isso significa formular um juízo em torno da relevância do bem jurídico que se pretende proteger, bem como sobre a eventual disponibilidade de outros mecanismos de natureza não penal, menos invasivos, porém suficientes para promover a tutela buscada. A intervenção penal só se justifica quando efetivamente necessária para impedir lesões que de outra forma não podem ser evitadas, e a bens jurídicos que ocupem posição de destaque na escala valorativa da sociedade.

O critério da necessidade informa que toda medida de intervenção nos direitos fundamentais deve ser a mais benigna entre todas aquelas que possuem, pelo menos, a mesma idoneidade para alcançar o objetivo proposto<sup>173</sup>.

Na seara jurídico-penal, deve-se indagar se a utilização da norma penal é necessária para alcançar a finalidade de proteção do bem jurídico. A intervenção penal será necessária se tal finalidade protetiva não puder ser conquistada *com a mesma eficácia* recorrendo-se a uma medida alternativa menos restritiva (sanção civil ou administrativa, por exemplo). Essa análise se projeta mediante uma prévia

---

<sup>172</sup> MELO GOMES, Marcus Alan de. *Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena* cit., p. 162-163.

<sup>173</sup> FELDENS, Luciano. *A constituição penal* cit., p. 163.

consideração acerca do grau de eficácia das medidas *a priori* sujeitas à implementação, completando-se a partir de uma constatação empírica sobre a ineficácia de uma ou mais medidas que, conquanto em primeiro plano adequadas à realização do fim proposto, não o realizam satisfatoriamente, razão pela qual cedem espaço àquela que, nada obstante mais lesiva, atinge eficazmente o interesse público perseguido<sup>174</sup>.

Melo Gomes, ao discorrer sobre o assunto, dispõe que a ideia da necessidade traz que a pena só deve ser aplicada quando indispensável para conservar determinado bem jurídico, indispensabilidade esta que significa não existir outro recurso que possa, com igual ou maior eficácia, realizar a tutela, produzindo efeitos menos gravosos ao indivíduo. Em outros termos, a legitimidade da intervenção penal dependerá do preenchimento de dois requisitos: primeiro, ser a pena o meio mais eficaz dentre os disponíveis; segundo, ser ela o meio que cause a menor restrição aos direitos fundamentais do indivíduo. Nesse sentido, a proporcionalidade cria verdadeiro direito para o cidadão, que passa a poder exigir do legislador que opte pela menor desvantagem possível quando do processo de seleção dos mecanismos formais de controle social<sup>175</sup>.

O Direito Penal não deve atuar quando houver um meio extrapenal igualmente eficaz para a proteção do bem jurídico, e, se houver a necessidade de intervenção penal, ela deve ser a mais suave possível. Isso porque a tutela penal, como medida extrema, não deve incidir em toda e qualquer lesão de bem jurídico. O Direito Penal tutela bens jurídicos que requerem uma proteção especial por se revelarem insuficientes às garantias extrapenais oferecidas pelo ordenamento jurídico, mas não se deve supor que toda forma de agressão a bem jurídico possa suscitar a intervenção penal. A vida em comunidade pressupõe riscos, e não é missão do Direito Penal afastar todos os riscos e todas as possibilidades de violação do direito – missão que, por si só, resultaria impossível<sup>176</sup>.

---

<sup>174</sup> FELDENS, Luciano. *A constituição penal* cit., p. 163.

<sup>175</sup> MELO GOMES, Marcus Alan de. *Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena* cit., p. 170.

<sup>176</sup> CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade* cit., p. 108.

Qualquer pretensão de criminalização deve primeiramente respeitar as balizas traçadas pela Constituição, só estando o legislador autorizado a recorrer à pena quando não houver outro meio de salvaguardar o direito a ser protegido, por haverem fracassado todas as outras formas de controle social acessíveis ao Estado. Se outro meio mais suave e igualmente idôneo a atingir a finalidade pretendida puder ser manejado em lugar do arsenal jurídico-penal, a incriminação transbordará os limites impostos pela necessidade, tornando-se arbitrária e, portanto, contrária à proporcionalidade. Ainda que apta a fomentar os objetivos visados pelo Direito Penal e que se imponha como necessária, em razão da inexistência de outro meio menos aflitivo capaz de atingir os mesmos fins com a mesma eficiência, a pena, para ser proporcional, precisará ainda ser estabelecida num *quantum* que se apresente compatível com a relevância do interesse protegido pela norma, ou seja, deve haver proporção entre o delito e a pena a este cominada. Há de haver, portanto, uma concordância entre a ação delituosa e a reação desencadeada pelo Estado, isto é, entre o crime e a sua consequência jurídico-penal. Se o castigo corporificado na pena expressa reprovação, é lógico e intuitivo que o seu *quantum* deve guardar uma relação razoável com o grau de reprovabilidade da conduta criminosa<sup>177</sup>.

A essência que informa a proporcionalidade pode ser detectada já no pensamento de Beccaria, tanto que, em sua obra *Dos delitos e das penas*, o autor inicia o capítulo intitulado “Que as penas devem ser proporcionais aos delitos” afirmando que “os meios de que se utiliza a legislação para impedir os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais freqüente. Deve, portanto, haver uma proporção entre os crimes e as penas”<sup>178</sup>.

Pode-se dizer que, uma vez incriminada a conduta afrontosa ao bem jurídico digno de proteção penal, tem lugar a ulterior questão acerca da identificação da medida da resposta sancionatória. Nota-se que a pena legalmente cominada indica a importância que a ordem jurídica atribui ao preceito e ao bem jurídico tutelado. Formula-se a pena com fundamento na gravidade da infração, de maneira

---

<sup>177</sup> CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade* cit., p. 110.

<sup>178</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas* cit., p. 68.

que aquela cumpra a função social-jurídica do Direito Penal. Na análise da parte especial do Código Penal, a quantidade de pena cominada assume, portanto, grande relevância, por indicar e fundamentar a hierarquia material dos valores penalmente protegidos. Se a liberdade pessoal tem um valor proeminente na Constituição, cada restrição sua, principalmente aquelas acompanhadas de sanções penais, pode ocorrer apenas para balancear a lesão de um valor constitucionalmente significativo, o que resulta que a restrição da liberdade pessoal poderá ser adotada em medida crescente, segundo a importância do bem constitucionalmente agredido<sup>179</sup>.

Como acrescenta Correa, mesmo que se afirme ser impossível medir a gravidade do injusto individualmente considerado, é possível afirmar, atendendo à proporcionalidade, que, se dois delitos são castigados com a mesma pena, é que o legislador os considera de gravidade equivalente; tanto que, se a pena prevista para um delito é mais severa que a prevista para outro, o primeiro delito é considerado pelo legislador mais grave que o segundo. Assim, se dois delitos não são considerados da mesma gravidade, e se ambos são sancionados com a mesma pena, ou se sanciona com pena menor o que se considera mais grave, estar-se-ia vulnerando o princípio da proporcionalidade<sup>180</sup>.

Obviamente que a proporcionalidade não exige apenas a valoração da gravidade do comportamento e do bem jurídico para a fixação da pena, o legislador deverá, num segundo momento, buscar a coerência sistemática<sup>181</sup>, isto é, comparar a figura típica e a pena a ela cominada com os demais tipos e correspondentes sanções do ordenamento jurídico para, em vista das particularidades de cada um, não permitir que condutas de igual gravidade sejam punidas com penas diversas, e

---

<sup>179</sup> MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama de. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 155-157.

<sup>180</sup> CORREA, Teresa Aguado. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madri: Edersa, 1999. p. 279-280.

<sup>181</sup> Novamente, a esclarecedora manifestação de Streck: “[...] a reconstrução do direito e a integridade entendida como uma comunidade de princípios (Dworkin) apontam para uma análise acerca das garantias penais do cidadão, isto é, o exame de como o Direito Penal trata dos demais tipos. Não esqueçamos que, para Dworkin, a integridade está umbilicalmente ligada à democracia, exigindo que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito. Trata-se de uma garantia contra arbitrariedades interpretativas. A integridade limita a ação dos juízes; mais do que isso, coloca efetivos freios através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* cit., p. 262).

que condutas de gravidades distintas sejam punidas com a mesma pena. Isso também é uma exigência da integridade.

Faz-se indispensável racionalizar o juízo por meio do uso do *tertium comparationis*<sup>182</sup>, pelo qual se verifica se a relação delito-pena é proporcional, não só em si mesma, mas em confronto com outra relação delito-pena. Isso significa que a tarefa do legislador consiste em comparar as diversas condutas incriminadas e apreender, a partir da importância dos bens jurídicos analisados e das diferentes agressões por estes sofridas, uma possível diferença entre a gravidade dos comportamentos proibidos, de modo que a quantidade de pena cominada para cada infração há de se diferenciar de acordo com os diversos graus de agressões aos vários bens jurídicos constitucionais. Pode-se dizer, portanto, que é a partir das sanções, e sobretudo da comparação entre elas, que se obtêm os atributos do sistema penal como um todo<sup>183</sup>.

Enfim, objetivou-se apresentar uma noção do princípio da proporcionalidade, não com o intuito de criar um conceito para se trabalhar semanticamente com o mesmo, mas para se identificar a proporcionalidade sempre que esta exsurgir do caso concreto. Assim, a partir da tradição jurídica nacional e estrangeira, da Constituição Federal e do direito como integridade, pode-se dizer que o princípio da proporcionalidade requer que a pena seja adequada, necessária e coerente, sendo esta uma compreensão pautada num Direito Penal de intervenção mínima.

### 3.1.2 Crítica à ponderação alexyana

No Brasil, o princípio da proporcionalidade é utilizado, em vários momentos, em conformidade com a teoria de Alexy, segundo a qual a proporcionalidade teria três vertentes: a idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, sendo esta última uma questão de ponderação.

---

<sup>182</sup> O termo é utilizado por Mariângela Gomes, em sua obra *O princípio da proporcionalidade no direito penal* cit., p. 186.

<sup>183</sup> Idem, ibidem, p.187.



Alexy apresenta a lei da ponderação como uma solução para a colisão de princípios. O conflito entre dois possíveis princípios deve ser resolvido por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes, sendo que o objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses tem maior peso<sup>184</sup>. Quando um princípio restringir as possibilidades jurídicas de realização do outro, esse conflito – ou colisão – não será resolvido com a declaração de invalidade de um dos princípios e com sua consequente eliminação do ordenamento jurídico, tampouco por meio da introdução de uma exceção, como ocorre no conflito entre regras, mas sim por meio do estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto<sup>185</sup>.

A colisão entre princípios resolve-se, portanto, por meio da lei de sopesamento, que, para Alexy, tem a seguinte redação: “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”<sup>186</sup>. Assim, segundo a lei de sopesamento, a medida permitida de não satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro.

Alexy informa que a lei de sopesamento diz o que é importante: de um lado, o grau ou a intensidade da não satisfação ou da afetação de um princípio, e, de outro lado, o grau de importância da satisfação do outro<sup>187</sup>. O autor exemplifica a lei de colisão e a lei de sopesamento por meio de alguns casos concretos, como o caso Lebach. Neste, estava em questão a seguinte situação: a emissora de televisão ZDF planejava exibir um documentário chamado “O assassinato de soldados em Lebach”. Esse programa pretendia contar a história de um crime no qual quatro soldados da guarda de sentinela de um depósito de munições do Exército Alemão, perto da cidade de Lebach, foram mortos enquanto dormiam e armas foram roubadas com o intuito de cometer outros crimes. Um dos condenados como cúmplice nesse crime, que, na época prevista para a exibição do documentário, estava perto de ser libertado da prisão, entendia que a exibição do programa, no

---

<sup>184</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 95.

<sup>185</sup> Idem, *ibidem*, p. 96.

<sup>186</sup> Idem, p. 167.

<sup>187</sup> Idem, p. 171.

qual ele era nominalmente citado e apresentado por meio de fotos, violaria seu direito fundamental garantido constitucionalmente, sobretudo porque sua ressocialização estaria ameaçada. O Tribunal Estadual rejeitou seu pedido de medida cautelar para proibir a exibição, e o Tribunal Superior Estadual negou provimento ao recurso contra essa decisão<sup>188</sup>.

O Tribunal Constitucional Federal, por sua vez, desenvolveu argumentação que se dividia em três partes: na primeira constatou-se uma situação de tensão entre a proteção da personalidade (que Alexy traz como o primeiro princípio – P1) e a liberdade de informar por meio de radiodifusão (segundo princípio – P2). Isoladamente considerados, P1 levaria à proibição, e P2 à permissão da exibição do programa. Esse conflito – que para Alexy é uma colisão de princípios – não poderia ser solucionado por meio da declaração de invalidade de uma das normas, mas mediante “sopesamento”, no qual nenhum dos princípios possui uma precedência geral, devendo-se decidir qual interesse deve ceder, levando-se em consideração a configuração típica do caso e suas circunstâncias especiais. Depois da constatação dessa colisão, o Tribunal Constitucional Federal, em um segundo passo, sustentou uma precedência geral da liberdade de informar, mas tão somente no caso de uma informação atual sobre atos criminosos. Assim, a decisão ocorreu na terceira etapa. Nesta, o Tribunal constatou que, no caso da repetição do noticiário sobre um grave crime, não mais revestido de um interesse atual pela informação, este colocaria em risco a ressocialização do autor. A proteção da personalidade (P1) tem precedência sobre a liberdade de informar (P2), o que, no caso em questão, significava a proibição da veiculação da notícia, ou seja, uma notícia repetida, não revestida de interesse atual pela informação, sobre um grave crime, e que põe em risco a ressocialização do autor, é proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais<sup>189</sup>.

Alexy acrescenta que o sopesamento não é um procedimento por meio do qual um interesse é realizado à custa de outro de forma precipitada. Seu resultado é um enunciado de preferências condicionadas, ao qual, de acordo com a lei de colisão, corresponde uma regra de decisão diferenciada. Opõe-se a objeção de que não haveria um parâmetro com base no qual o sopesamento pudesse ser decidido e

---

<sup>188</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 99-100.

<sup>189</sup> Idem, *ibidem*, p. 99-103.

que, por isso, a máxima do sopesamento de interesses seria uma fórmula vazia, afirmando que o sopesamento em si não estabelece um parâmetro com o auxílio do qual os casos possam ser decididos de forma definitiva, mas o modelo do sopesamento como um todo oferece um critério, ao associar a lei de colisão à teoria da argumentação jurídica racional<sup>190</sup>.

Ou seja, para Alexy, sempre que houver uma colisão entre princípios, deve haver uma ponderação entre eles, para analisar, em cada caso, qual deve ter precedência.

Entretanto, como já fora mencionado anteriormente, esta pesquisa não segue os estudos de Alexy. Entende-se que a teoria alexyana não resolve a questão da discricionariedade. Entender que os princípios colidem e que devem ser ponderados, sopesados, pode levar à arbitrariedade. Para resolver o caso concreto, o juiz deve buscar a resposta certa, a qual se apresentará diante de uma argumentação pautada no direito como integridade. Rejeita-se a ideia de colisão de princípios, existe um princípio instituidor que deve ser alcançado. Se, no momento da cominação da pena, o legislador se pautar nos princípios de moralidade política da sociedade, desenvolvendo um verdadeiro exercício interpretativo, então ele encontrará um *quantum* proporcional à ofensa.

Entretanto, por que se afirma que Alexy não resolve o problema da discricionariedade?

Para Alexy, as regras são projetadas na base do tudo ou nada, ou seja, um problema jurídico encontra (ou não) no texto a regra pronta e acabada. Isso demonstra que às regras aplica-se o método subsuntivo, carecendo de qualquer atividade interpretativa: é só aplicação. Por isso, para Alexy, as regras se aplicam aos “casos fáceis”. Por sua vez, os conflitos de regras se resolvem no plano da validade, isto é, solvendo-se mediante as técnicas clássicas de antinomia, tais como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*. Entretanto, o próprio Alexy reconhece que, em alguns momentos, o conflito entre as regras será

---

<sup>190</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 173-174.

resolvido de acordo com a importância das regras em conflito<sup>191</sup>, o que, como bem afirma Ferreira, já é um grande relativismo<sup>192</sup>. Já no caso dos princípios, não se encontra uma regra adequada para o caso concreto, a justificação externa surgirá como uma possibilidade corretiva da insuficiência/deficiências do Direito, para então se eleger quais eventuais princípios estão “abstratamente” em jogo. Aqui, não se questiona a validade dos princípios, mas seu peso, com a finalidade de definir as razões suficientes para que um prevaleça em relação ao outro no caso concreto. A ponderação se aplicaria, então, aos “casos difíceis”<sup>193</sup>.

O grande problema é que, por meio da ponderação, se criará uma regra derivada dos procedimentos da proporcionalidade, que será subsumida ao caso concreto<sup>194</sup>, afastando, assim, a atividade interpretativa-argumentativa judicial. Ao final de todo o processo de ponderação, chega-se a uma regra que será aplicada subsuntivamente para o caso em tela e tantos quantos forem com ela análogos. Ao fim e ao cabo, a subsunção continua sendo o método primaz para dizer o direito, seja de modo direto para os casos fáceis, ou como resultado de um balanceamento para os casos difíceis<sup>195</sup>.

Entende-se que, ao se afastar a necessidade argumentativa da decisão, acaba-se aproximando-a da discricionariedade. Como já se afirmou anteriormente, é a verdadeira atividade argumentativa que afasta a decisão judicial de um exercício discricionário. Afirma Ferreira que “para Alexy a aplicação de regras e princípios resultam de pura semântica e subsunções não interpretativas. Por consequência, quando não se interpreta, tudo é discricionariedade”<sup>196</sup>.

---

<sup>191</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 93.

<sup>192</sup> FERREIRA, Rafael Fonseca. (A)Crítica recepção das teses alexyanas: o *locus* da discricionariedade judicial em *terrae brasiliis*. *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 7, n. 25, p. 87-114, out.-dez. 2013, p. 105.

<sup>193</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 166-168.

<sup>194</sup> FERREIRA, Rafael Fonseca. (A)Crítica recepção das teses alexyanas: o *locus* da discricionariedade judicial em *terrae brasiliis* cit., p. 105.

<sup>195</sup> STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. *Revista Direito e Práxis*, vol. 4, n. 7, p. 343-367, 2013b, p. 357.

<sup>196</sup> FERREIRA, Rafael Fonseca. (A)Crítica recepção das teses alexyanas: o *locus* da discricionariedade judicial em *terrae brasiliis* cit., p. 111.

Todo e qualquer caso, “fácil ou difícil”, não pode prescindir de uma boa análise interpretativa e argumentativa, pautada nos princípios de moralidade política de uma sociedade.

A teoria argumentativa de Alexy trabalha com cisões, a exemplo de regras x princípios, casos fáceis x casos difíceis, subsunção x ponderação etc., o que não a faz superar definitivamente o positivismo e sua perniciosa discricionariedade.

Como afirma Streck, o que as teorias procedurais-argumentativas não levam em conta é a relevante circunstância de que, antes de qualquer explicação causal que resolveria *easy cases*, existe algo mais originário, que é a pré-compreensão, forjada no mundo prático. Antes de argumentar, o intérprete já compreendeu. O uso da linguagem não é arbitrário, ou seja, ela não depende de quem a usa. A compreensão antecede a argumentação<sup>197</sup>.

A solução da “colisão” entre princípios consiste em, tendo em conta as circunstâncias do caso, estabelecer entre os princípios uma relação de precedência condicionada<sup>198</sup>. A determinação dessa relação de precedência condicionada resulta da indicação das condições segundo as quais um princípio deve prevalecer sobre o outro, tomando em conta o caso. O grande problema é que essas condições que se verificam no caso concreto e de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas em jogo, serão sempre “avaliadas” pelo intérprete. Na verdade, na teoria alexyana, inexistente uma hierarquia formal e abstrata entre os princípios; a prevalência de um sobre o outro dependerá das circunstâncias jurídicas e fáticas do caso concreto, por isso é que só pode existir relação condicionada. A grande discussão que fica é a de quem define e como definir as determinantes de prevalência, por meio do sopesamento entre os princípios, sem incorrer em discricionariedade<sup>199</sup>?

---

<sup>197</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* cit., p. 177.

<sup>198</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 96.

<sup>199</sup> FERREIRA, Rafael Fonseca. (A)Crítica recepção das teses alexyanas: o *locus* da discricionariedade judicial em *terrae brasilis* cit., p. 106.

Como questiona Streck: quem escolhe<sup>200</sup> os princípios que estarão em situação de colisão? Quem decide sobre a tensão existente na otimização principiológica que descreve a máxima: todo princípio deve ser cumprido em suas máximas possibilidades? A resposta para Alexy só pode ser uma: o juiz, o *subjectum* da interpretação jurídica. A ponderação é um procedimento e, como tal, pretende ser uma técnica de legitimação da decisão que será proferida no caso concreto. Só que a única possibilidade de controle se dá no âmbito do próprio procedimento, e não no conteúdo vinculado por ele. Quem decide, quem valora, ao fim e ao cabo, é o sujeito, que, note-se, não é o sujeito da intersubjetividade (quando se reconhece no texto um sujeito), mas o sujeito do esquema sujeito-objeto, que não consegue se livrar das amarras solipsistas, na medida em que toda reflexão está assentada em um modelo matemático de pensamento<sup>201</sup>.

---

<sup>200</sup> Ferreira observa que “Uma ‘decisão’ não pode se dar a partir de ‘escolhas’ ou da predileção do intérprete, mas a partir do comprometimento com algo que se antecipa. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como Direito (ressalta-se, por relevante, que essa construção não é a soma de diversas partes, mas, sim, um toque que se apresenta como a melhor interpretação – mais adequada do direito). Não se pode abstrair o fato de que uma ‘escolha’ é sempre parcial, discricionária e arbitrária e o direito não é preferência, isto é, não é juízo particular, mas razão – decisão – suspensão de (pré)juízos, tradição, coerência e integridade. Por isso é que a reflexão sobre as teses de Robert Alexy levam à conclusão de que, embora as mesmas tenham pretendido combater o irracionalismo das decisões, não conseguem fazê-lo sem incorrer em discricionariedade. Trata-se, portanto, de um procedimentalismo supostamente controlado por métodos de cunho lógico-argumentativos que se descuida do efetivo resultado da decisão. Aliás, é importante que se diga que esse relativismo consubstanciado na ausência de um controle dos resultados da decisão sempre permaneceu em segundo plano no positivismo, como por exemplo, Kelsen em seu fatídico capítulo VIII, para quem a interpretação é uma operação mental/via cognoscitiva de fixação de sentido do objeto dentro das várias possibilidades nos limites de uma dita moldura. Portanto, em Kelsen, a moldura seria o limite da conformidade com o Direito, para quaisquer das possibilidades de aplicação que nela se enquadrarem, de modo que a aferição da resposta correta entre as possíveis, ‘não é um problema de teoria do direito, mas um problema de política do Direito. Com efeito, o que se quer desvelar é que toda a interpretação que se dê no âmbito das teorias procedimentais-analíticas são resultado de atos de vontade, donde os principais pilares das teses alexyanas (moral corretiva do Direito, distinção entre regras e princípios, proporcionalidade e ponderação), por apostar em juízos discricionários, são incompatíveis com uma hermenêutica comprometida com o constitucionalismo democrático e com verdades conteudísticas” (FERREIRA, Rafael Fonseca. (A)Crítica recepção das teses alexyanas: o *locus* da discricionariedade judicial em *terrae brasilis* cit., p. 90-91).

<sup>201</sup> STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy cit., p. 348-349. Acrescenta Streck: “Ora, se, ao fim e ao cabo, cabe ao intérprete hierarquizar (e escolher) o princípio aplicável, a pergunta inexorável é: qual é a diferença entre o ‘intérprete ponderador’ e o ‘intérprete do positivismo’, que, discricionariamente escolhe qual a ‘melhor’ interpretação? Claro que a Teoria da Argumentação Jurídica – mormente a de Alexy, que é a mais sofisticada e complexa – responderá que há um conjunto de critérios que deverão sempre balizar a escolha. Mas, pergunto, qual é a diferença desses critérios (ou fórmulas) dos velhos métodos de interpretação, cujo calcanhar de Aquiles – na feliz expressão de Eros Grau e Friedrich Müller – é(ra) exatamente não ter um critério para difundir qual o melhor critério, que venho denominando de ‘ausência/impossibilidade’ de um *Grundmethode*?” (idem, *ibidem*, p. 354).

É bem verdade que, em se tratando de uma teoria procedimental e argumentativa, Alexy busca, por meio de um ritual lógico-matemático, evitar o subjetivismo do intérprete, mas, como todas as teorias que operam no paradigma do esquema sujeito-objeto, qualquer método é insuficiente. Ao racionalizar o processo de aplicação do direito a partir da ponderação dos princípios, Alexy acaba por alargar ainda mais o coeficiente de incertezas do resultado da decisão judicial. O compreender não ocorre por dedução (ou subsunção). Consequentemente, o método (ou procedimento) sempre chega tarde, porque pressupõe saberes teóricos separados da realidade<sup>202</sup>.

Como informa Streck, a grande diferença entre a hermenêutica e a teoria da argumentação é que, enquanto a teoria da argumentação compreende os princípios como mandados de otimização, portanto, entendendo-os como abertura interpretativa, o que chama à colação, necessariamente, a subjetividade do intérprete, a hermenêutica parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no direito, fechando a interpretação, isto é, diminuindo – ao invés de aumentar – o espaço da discricionariedade do intérprete<sup>203</sup>.

Nota-se que, para Alexy, as regras são teorizadas como se fossem textos fechados, completos, com pouca ou nenhuma elasticidade, e, por isso mesmo, o Direito necessitaria dos princípios, sob pena de manter em alguns casos decisões extremamente injustas. Os princípios são elásticos, abertos, trazendo em si um processo corretivo. Porém, continuar defendendo um fechamento das regras, exaltando uma abertura dos princípios, representa sérios problemas, tais como: a manutenção da discricionariedade e a possibilidade de múltiplas respostas. Os princípios não abrem a interpretação, e sim fecham. Os princípios (re)inserem a faticidade ao direito, e espelham determinada tradição jurídica que permitirá um diálogo constante entre a decisão e o ordenamento. Desse modo, proporcionam que a atividade jurisdicional, por intermédio da fundamentação, publicize o sentido que

---

<sup>202</sup> STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy cit., p. 346.

<sup>203</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* cit., p. 181.

será intersubjetivamente controlado, e que tenderá a manter a coerência e a integridade do direito<sup>204</sup>.

Para Dworkin, os princípios existem em decorrência do fato de que uma sociedade é formada por pessoas que, além de obedecerem às regras criadas pelo acordo político, reconhecem também princípios comuns como norteadores de suas práticas (Comunidade de Princípios). Esses princípios vedam um juízo discricionário. Ainda que existisse um caso em que nenhuma regra fosse aplicada, existiriam princípios que indicariam o direito para um dos demandantes. Nesse contexto deve ser compreendida a tese da resposta correta. Assim, a questão não é a existência de uma única solução jurídica, e sim que, mesmo havendo mais de uma possibilidade juridicamente defensável, o direito sempre teria (uma) resposta. Dito de outro modo: o direito, enquanto um sistema de regras e princípios, não abriria a possibilidade para um juízo discricionário, já que teria sempre uma história institucional a ser reconstruída e que indicaria a melhor decisão a ser tomada. Para Dworkin, há uma interpretação da história que deve ser coerentemente reconstruída e adequadamente continuada. Não é somente o ontem, também não é só o hoje. A jurisdição deve representar a história jurídico-institucional do passado construída coletivamente com as exigências do hoje. O juiz, ao decidir, deve interpretar as decisões anteriores, e, como resultado, proceder de forma que encontre maior adequação e que torne determinada prática legal a melhor possível<sup>205</sup>.

Ademais, a teoria da norma de Alexy é semântica. Portanto, ao dizer que a norma se divide em regras e princípios, ele aplica a estes uma leitura semântica. A distinção entre regras e princípios se revela na Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy como de extrema importância, pois constitui a base da sua teoria e ponto elementar para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Noutras palavras, se pode dizer que, nessa concepção semântica, o filósofo alemão deixa de problematizar de forma objetiva a questão da interpretação, porque, na realidade, aposta que as decisões podem invariavelmente se satisfazer mediante remissão direta ao texto, prescindindo de qualquer raciocínio interpretativo,

---

<sup>204</sup> STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy cit., p. 358.

<sup>205</sup> Idem, ibidem, p. 359-361.



como é típico do positivismo clássico. E quando tal “procedimento” se revelar ineficiente, se delegaria ao juiz o poder de suplantar as insuficiências do direito, como é peculiar na discricionariedade positivista<sup>206</sup>.

Como adverte Oliveira, o semanticismo é fatalista, pois delega àquele sujeito da modernidade, signo de uma subjetividade solipsista, o poder discricionário de resolver a demanda justamente porque aprisionam o mundo prático na razão teórica<sup>207</sup>.

Aplica-se, portanto, à teoria alexyana toda a crítica desenvolvida no item 2.2 deste trabalho referente às teorias semânticas. Os princípios não possuem sentido no contexto meramente semântico, pois é o mundo prático que lhes dá significatividade, fora disso, o princípio nada mais é do que um objeto à disposição de um sujeito, apto a colmatar qualquer suposta falha do discurso jurídico, e nisso é que reside o fundamento da cisão estrutural alexyana, como uma válvula para o velho problema da discricionariedade a pretexto de corrigir o Direito<sup>208</sup>.

Percebe-se, portanto, que, no fundo, a ponderação acaba servindo para decisões pragmatistas. O fato de a teoria alexyana não conseguir superar o esquema sujeito-objeto a deixa amarrada às entranhas do positivismo, que confere ao sujeito o poder discricionário de decidir.

---

<sup>206</sup> FERREIRA, Rafael Fonseca. (A)Crítica recepção das teses alexyanas: o *locus* da discricionariedade judicial em *terrae brasilis* cit., p. 99.

<sup>207</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio* cit., p. 221.

<sup>208</sup> FERREIRA, Rafael Fonseca. (A)Crítica recepção das teses alexyanas: o *locus* da discricionariedade judicial em *terrae brasilis* cit., p. 104. Acrescenta ainda Ferreira: “Observe que a semanticidade das normas, na teoria alexyana, se deve justamente a permissão para uma maior margem (discricionariedade) de atuação do intérprete, especialmente nos princípios enquanto instrumentos de interpretação extensiva. Aliás, como também podemos observar em Bulos, o qual observa nos princípios – como mandamentos de otimização – uma ‘técnica que permite ao intérprete tornar ótimo o conteúdo dos princípios, ampliando, reduzindo, harmonizando e compatibilizando os interesses em disputa, como melhor saída para descortinar o sentido mais profundo das Constituições’. No sentido hermenêutico, regras e princípios são diferentes, mas não separados. Sempre onde houver uma regra haverá um princípio e vice-versa, pois os princípios atuam como legitimadores ontológicos das decisões, pois determinam a razão da regra, de modo que num único caso simultaneamente poderá haver, inclusive, a atuação de vários princípios. A diferença é que operar no nível hermenêutico – da pré-compreensão antecipadora – é superar os dedutivismos-objetivistas de que o princípio por si resolve, quando na realidade os princípios são condição de possibilidade legitimadora da decisão, de modo que quando eu não me pergunto pelo princípio é que ele foi efetivamente cumprido. Por exemplo, quando não se questiona pelo princípio da igualdade, é porque ele foi cumprido. Agora, quando se questiona, é preciso trazê-lo a lume para contrastar a decisão com a história institucional do Direito, visando recuperar o mundo prático” (Idem, *ibidem*, p. 103).

Enquanto Alexy compreende os princípios como mandados de otimização que pressupõem em sua *applicatio* a manutenção do juízo discricional, Dworkin os concebe como normas socialmente reconhecidas e que denotam a comum unidade de uma tradição jurídica. O ordenamento é formado por regras e princípios, de forma que o direito sempre terá uma resposta certa, não havendo espaço para o juiz decidir discricionariamente<sup>209</sup>.

A concepção como mandamento de otimização dá a abertura necessária para que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades existentes. Nessa concepção aberta de otimização é que a coexistência de princípios poderá resultar em colisão, daí requerendo solução, pelo criticado juízo subjetivo e valorativo do intérprete, pretensamente regado e limitado racionalmente pela ponderação<sup>210</sup>.

Inclusive, como cita Streck, Dworkin, em debate com Hart, foi de encontro à tese por este sustentada acerca do poder discricionário concedido aos juízes para solver os casos difíceis. Por isso, e diante de sua obra, percebe-se que o jusfilósofo norte-americano se propôs a construir uma teoria jurídica antidiscionária. Em sentido diverso, Alexy parece reconhecer que a discricionariedade é inexorável, desenvolvendo um procedimento que, em tese, traria maior controle e certeza às decisões judiciais, mas que, todavia, acaba gerando a necessidade do juízo discricional<sup>211</sup>. Esse fato é reconhecido, inclusive, pelo próprio Alexy:

Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que inclua impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento –, de forma a torná-los praticamente sem importância. Neste caso, então, existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade tanto do legislativo quanto do judiciário<sup>212</sup>.

---

<sup>209</sup> STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy cit., p. 364.

<sup>210</sup> FERREIRA, Rafael Fonseca. (A)Crítica recepção das teses alexyanas: o *locus* da discricionariedade judicial em *terrae brasiliis* cit., p. 97.

<sup>211</sup> STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy cit., p. 346.

<sup>212</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 611.

Entender que a discricionariedade é algo inerente ao direito é, no fundo, apostar no pragmatismo judicial. E o pragmatismo não se relaciona bem com a democracia.

Por isso se afirmou que a tese alexyana não supera a discricionariedade, sendo adotada neste trabalho uma leitura da proporcionalidade a partir do direito como integridade. Nota-se que não se teve aqui o intuito de analisar profundamente a teoria da argumentação alexyana e nem mesmo de se aprofundar nos seus fundamentos críticos, mas tão somente de apontar os motivos que fazem que esta seja incompatível com os ditames desta pesquisa, que adota a teoria de Dworkin como referencial teórico.

Assim, proporcionalidade significa que deve haver uma proporção, uma equivalência entre a gravidade do delito e a intensidade da pena, porque isso é uma exigência da integridade que se espera do direito<sup>213</sup>. Uma pena proporcional é uma pena coerente, que respeita o direito como um todo harmônico e não como crimes fracionados. “O sentido do que seja ‘proporcional’ ou ‘desproporcional’ deve ser dado pela reconstrução da história institucional do direito, nos estritos caminhos da integridade e da coerência”<sup>214</sup>.

Este trabalho apresenta a proporcionalidade, portanto, como uma questão de integridade, e não de ponderação. A resposta certa não decorre de juízos de ponderação do juiz, mas sim da reconstrução principiológica do caso. É uma decisão sustentada em argumentos de princípio. Dizer que da noção da proporcionalidade retira-se que deve haver uma proporção entre a ofensa e a pena nada mais é do que buscar a coerência do direito.

---

<sup>213</sup> Para Guest, a integridade significa, em resumo, que o direito deve ser sempre criado, ou interpretado, de maneira a formar um todo integral; quanto à coerência, afirma que a exigência de coerência no direito é mais do que apenas consistência pura (usando o termo de Dworkin), esta equivale meramente à ausência de contradição lógica entre duas formulações de direito, enquanto que a coerência deve ser consistência em princípio, isto é, deve expressar uma visão única e abrangente da justiça (GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin* cit., p. 44-46).

<sup>214</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* cit., p. 127, nota 13.

### 3.1.3 O princípio da proporcionalidade como um valor constitucional

Pelo simples fato de derivar do princípio instituidor do Direito Penal (a intervenção mínima), o caráter constitucional da proporcionalidade já seria inquestionável. Entretanto, faz-se interessante trazer que alguns autores entendem que esse princípio pode ser extraído também de outros postulados constitucionais.

O princípio da proporcionalidade apresenta-se no ordenamento pátrio de forma implícita, isto é, encontra-se de forma esparsa no sistema. Em decorrência desse fato, torna-se interessante apontar as disposições do texto constitucional nas quais se pode identificar tal princípio.

Bianchini leciona que o princípio da proporcionalidade, embora não mereça, na Constituição brasileira, uma atenção específica, pode, perfeitamente, ser extraído dos objetivos fundamentais do Estado, dentre os quais se inclui a construção de uma sociedade livre e justa (art. 3º, I). Além disso, ele oferece conteúdo material ao Estado de direito. A liberdade e a justiça, objetivos do Estado brasileiro, são as vigas mestras para o desenvolvimento do princípio de proporcionalidade: a liberdade, porque, quando cotejada com outros valores, deve ser preponderante; a justiça, porque não coaduna com a hipótese de se permitir qualquer excesso quando da restrição da liberdade que a intervenção punitiva representa. Para que o Estado de direito se realize plenamente, há necessidade de que o legislador permaneça vinculado aos princípios jurídicos fundamentais. O princípio da proporcionalidade deriva da força normativa dos direitos fundamentais, e, portanto, o legislador deve observá-lo na regulação das medidas limitativas de ditos direitos, restringindo-os unicamente quando as ingerências forem idôneas, necessárias e proporcionais em relação à persecução de fins constitucionalmente legítimos. Ele pode, ademais, ser invocado a partir da previsão encontrada no § 2º do art. 5º da Constituição, cujo enunciado estabelece que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados<sup>215</sup>.

---

<sup>215</sup> BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 84-85.

Ao discorrer sobre a consagração constitucional do princípio da proporcionalidade, é forçoso ressaltar que a riqueza de conteúdo do ordenamento jurídico pátrio permite a constatação de que não cabe falar em apenas um fundamento constitucional para o princípio em estudo, nem mesmo se pode concluir que a aceitação de um fundamento implica a exclusão de outro. A diversidade de posições ao apontar tais fundamentos, em vez de significar eventual desencontro e possível vulnerabilidade de tal princípio, serve para reafirmar sua origem constitucional.

No que concerne aos diversos valores e dispositivos constitucionais que podem ser apresentados como fundamentos do princípio da proporcionalidade, Magalhães Gomes ressalta a consagração do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF), o significado constitucional de “pena”, os valores de justiça, liberdade e dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade (art. 5º da CF), a proibição de penas cruéis e desumanas (art. 5º, III, da CF), a proporcionalidade do direito de resposta (art. 5º, V, da CF), o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF) e a proibição de arbitrariedade dos poderes públicos<sup>216</sup>. De forma semelhante, Correa afirma que a maioria da doutrina penalista espanhola está de acordo em reconhecer a origem constitucional do princípio da proporcionalidade, mas não existe consenso acerca de qual preceito constitucional o consagra. Assim, a autora aponta como fundamentos apresentados pela doutrina espanhola a proibição de penas desumanas e degradantes, a interdição da arbitrariedade dos poderes públicos, a proclamação do Estado de Direito, o conceito de pena, os valores constitucionais de liberdade, dignidade da pessoa humana, justiça e igualdade<sup>217</sup>.

Ressalta-se aqui a indiscutível importância do modelo de Estado adotado pelo legislador constitucional como fundamento do princípio da proporcionalidade. Ao eleger o Estado Democrático de Direito, o constituinte converteu a proporcionalidade em um cânone implícito da Carta Maior, afinal de contas, como seria possível construir uma sociedade pautada no pleno respeito aos direitos e garantias fundamentais, no livre exercício das liberdades públicas, sem um critério

---

<sup>216</sup> MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama de. *O princípio da proporcionalidade no direito penal* cit., p. 63-72.

<sup>217</sup> CORREA, Teresa Aguado. *El principio de proporcionalidad en derecho penal* cit., p. 120-125.

de equilíbrio entre esse exercício e o poder estatal de restringi-lo? A proporcionalidade é uma exigência inerente a essa dinâmica, sob pena de se permitir que um dos lados se sobreponha ao interesse do outro. Ademais, do reconhecimento dos direitos fundamentais decorrentes da consagração do Estado Democrático de Direito, é possível deduzir que aqueles podem ser limitados pelo Poder Público apenas na medida em que se demonstrar essa indispensabilidade à tutela dos interesses públicos<sup>218</sup>.

Vê-se, portanto, que tanto o fato de emergir do princípio instituidor da intervenção mínima, quanto todos os fundamentos acima enumerados confirmam a inquestionável consagração constitucional do princípio da proporcionalidade.

### *3.1.4 O princípio instituidor da intervenção mínima e o Estado Democrático de Direito*

A Constituição da República de 1988 é fruto de processo histórico de ruptura, em grau bastante significativo, com as bases autoritárias que sempre dominaram o Brasil e que, no campo do Direito, representavam, antes da Constituição, os fundamentos para a formação dos profissionais da área jurídica<sup>219</sup>. É bem verdade que a transformação de uma legislação autoritária em uma democrática é um processo lento, que requer uma transformação na forma de pensar o próprio direito. E, por esse motivo, mesmo após a promulgação da CF/1988, ainda é possível encontrar leis (promulgadas antes ou até mesmo depois da Carta Constitucional) que reproduzem essa cultura autoritária.

Entretanto, embora se possam encontrar na sociedade brasileira leis e decisões de inspiração autoritária, a Constituição de 1988 trouxe uma exigência: a que se efetive a democracia, respeitando os direitos fundamentais de cada cidadão desta sociedade. E essa é uma exigência que precisa ser efetivada.

---

<sup>218</sup> MELO GOMES, Marcus Alan de. *Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena* cit., p. 152.

<sup>219</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 37.

Como bem define Melo Gomes, em prefácio na obra de Sales, a mudança no plano constitucional implicou, é óbvio, um arranjo da ordem jurídica infraconstitucional. Essa acomodação normativa, que pressupõe uma ampla análise da compatibilização de leis em vigor com o texto constitucional inaugurado, não se dá com rapidez, nem com simplicidade. Consome tempo, reflexão, debate, para que se possa, pela via da reforma legislativa, ou pelo funil apertado do controle judicial de constitucionalidade das normas, definir aquilo que deve ser excluído do sistema jurídico e aquilo que pode nele permanecer. De certo modo, uma nova Constituição sempre reinventa o que está abaixo dela, assim como a chuva, não importa de que altitude despenque, sempre molhará o que se encontra na superfície<sup>220</sup>.

O processo é realmente lento, ainda se vive essa transformação. Entretanto, isso não significa que se devem aceitar leis e decisões que fogem à realidade democrática consagrada pela Constituição de 1988. Note-se que a Carta Maior simplesmente efetivou os princípios pelos quais a comunidade brasileira rogava, princípios que já estavam ali, sendo reclamados, sendo exigidos, pelos quais a sociedade lutava, e, com a Constituição, tais princípios foram proclamados legalmente, uma cultura que já vinha sendo construída na comunidade e que, com a Constituição, ganhou força normativa.

Por isso, é necessário que se afastem, a cada dia, da cultura jurídica brasileira, leis, decisões, concepções teóricas que não estejam em conformidade com essa estrutura democrática. O Judiciário tem um papel fundamental nessa necessidade de compatibilização das leis com o texto constitucional, e é o Judiciário que tem o poder de fazer com que essa adaptação caminhe a passos mais largos.

Dentro dessa nova realidade constitucional, o Direito Penal ganhou uma nova feição. É ilógico pensar um Direito Penal autoritário, de intervenção, repressor, máximo, dentro de um Estado Democrático de Direito. Quando a Constituição proclamou a democracia e o respeito aos direitos humanos, ela consagrou um novo Direito Penal, de intervenção mínima, que privilegia a liberdade do homem, só a restringindo quando estritamente necessário.

---

<sup>220</sup> SALES, José Edvaldo Pereira. *A proteção do bem jurídico e a (des)criminalização no direito eleitoral* cit., p. I.

Utilizando o Direito Penal de mecanismos de restrição da liberdade do homem para a tutela de bens jurídicos, não se concebe que, em Estados alçados, por suas Constituições, à condição de Democráticos de Direito, a sua atuação se dê de forma livre, sem a imposição de quaisquer mecanismos de controle, ou seja, o primeiro argumento a justificar a eleição constitucional por um Direito Penal de intervenção mínima é a consagração do Estado Democrático de Direito.

Segundo Correia, a filosofia de demarcação de limites ao poder estatal remonta à fase histórica de predomínio dos ideais do liberalismo burguês. A despeito da peculiar evolução histórica de cada país, os perfis do Direito Penal que caracterizam as monarquias absolutas mantinham a mesma essência, o que explica o fato de as ideias penais liberais terem triunfado em realidades tão diferentes. Assim, em oposição ao regime absolutista, os adeptos do liberalismo pregavam a rígida separação dos poderes do Estado, acreditando na máxima concebida por Montesquieu, de que todo homem que tem poder é levado a abusar dele. Vigorava, desta forma, a certeza de que um poder sem controle tenderia a corromper-se, a tornar-se tirânico e abusivo<sup>221</sup>.

Tal assertiva pode ser visualizada na esfera do Direito Penal, cuja evolução não pode ser dissociada do surgimento e incorporação gradativa, aos textos constitucionais, de garantias dirigidas a evitar o retorno do arbítrio e da crueldade que marcaram a aplicação das penalidades durante o Antigo Regime. Nessa época, as sanções penais, além de não guardarem qualquer proporcionalidade com a gravidade dos delitos praticados, eram extremamente rigorosas, prescindindo também de qualquer fundamentação judicial. É precisamente dentro do ambiente de garantias outorgadas aos cidadãos contra os excessos ou abusos provenientes dos regimes autoritários (e o Direito Penal que os representava) que passa a se situar o imperativo de tipificações necessárias e adequadas, que não configurem ataque inútil às prerrogativas da liberdade individual. É contra essa realidade de abuso de poder que surgem as Constituições democráticas<sup>222</sup>.

---

<sup>221</sup> CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade* cit., p. 75.

<sup>222</sup> Idem, *ibidem*, p. 75-76.



No Direito Penal, a demanda por intervenção mínima, por proporcionalidade, por legalidade etc., advém da necessidade, imposta pelo postulado do Estado Democrático de Direito, de submeter a violência estatal corporificada na pena a limites que sejam condizentes com os ditames da humanidade, sem a imposição de sacrifício demasiado aos direitos fundamentais dos indivíduos. Assim, o princípio da intervenção mínima, com a missão de dirigir e orientar as atividades de criminalização de condutas e cominação abstrata da pena, passa a figurar como a essência de todo o Direito Penal.

O Estado Brasileiro foi erigido como Democrático de Direito de forma explícita no art. 1º da Lei Maior. A condição de Estado de Direito significa a exigência de que o exercício dos poderes públicos respeite determinadas garantias reconhecidas aos cidadãos, retratando, por isso, as ideias de defesa da sociedade contra o próprio Estado. O Estado de Direito não se concretiza simplesmente por meio da exigência de uma lei ou de um conjunto de leis, com indiferença em relação ao conteúdo. Para além do espectro meramente formal, exige-se a concretização de um Estado de Direito material, ou seja, fundado na preservação de valores acolhidos pela ordem jurídica e que não podem ser lesionados por meio de leis desproporcionais. Assim, sob a perspectiva do Direito Penal, o postulado do Estado de Direito se justifica pela existência de paradigmas de controle formais e materiais em relação à atuação do *jus puniendi*, o qual, por sua vez, tem o condão de atingir direitos fundamentais, como a liberdade e o patrimônio. Isso significa dizer que, desde a elaboração das normas penais até a efetiva aplicação das sanções nelas cominadas, o Estado estará obrigado à observância de certas garantias outorgadas aos indivíduos, bem assim a determinados princípios informadores de toda a ordem jurídico-penal<sup>223</sup>.

Para Ferrajoli, Estado de Direito é um tipo de ordenamento no qual o poder público e, especificamente, o poder penal estejam rigidamente delimitados e

---

<sup>223</sup> CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade* cit., p. 31.

vinculados à lei no plano substancial (ou dos conteúdos penalmente relevantes), e submetidos a um plano processual (ou das formas processualmente vinculantes)<sup>224</sup>.

Já o Estado Democrático simboliza a síntese entre ser um Estado Social e um Estado de Direito, isto é, que os poderes públicos devem tomar efetivo partido na vida social a serviço de todos os cidadãos, e não apenas de alguns grupos, bem assim que esses próprios cidadãos devem possuir mecanismos de participação e controle na vida política do Estado. A superação do Estado Liberal, de cunho eminentemente individualista, e o advento do Estado (Social) Democrático de Direito, com todos os seus conseqüências lógicas, passam a ser responsáveis não apenas pela delimitação do raio dentro do qual podem atuar os poderes públicos, mas também pelos novos valores e postulados que a ordem jurídica passa a almejar. Sob a ótica desse novo modelo de Estado, o Direito Penal não pode prescindir da correta identificação dos requisitos necessários à criminalização de condutas, bem como da correlata graduação racional das sanções penais de acordo com a gravidade dos delitos<sup>225</sup>.

Busato e Huapaya afirmam que o Estado de Direito, como estrutura jurídica condicionante do despotismo, impõe a submissão à lei por meio do princípio de legalidade. Por sua vez, o Estado Social há de ser entendido como Estado provedor do *Welfare State*, ou seja, um Estado atento aos clamores públicos, mas também essencialmente liberal; capaz de cobrir as necessidades básicas dos cidadãos, sempre com o mínimo de intervenção sobre sua liberdade. Em suma, um Estado que tem deveres a cumprir na proteção dos cidadãos, porém, atuando com o mínimo de custo social. Esse perfil, em termos de controle social penal, corresponde ao princípio de intervenção mínima. Finalmente, o Estado Democrático é aquele que respeita a capacidade de os próprios cidadãos estabelecerem e decidirem o próprio destino, ou seja, trata-se do Estado que não esquece a razão fundamental de sua existência: os cidadãos nele representados<sup>226</sup>.

---

<sup>224</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão* cit., p. 83.

<sup>225</sup> CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade* cit., p. 32.

<sup>226</sup> BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal*. Fundamentos para um sistema penal democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 119.

Além da consagração do Estado Democrático de Direito, o caráter minimalista do Direito Penal também pode ser retirado de alguns ideais que se encontram expressos no texto constitucional, como a legalidade (art. 5º, XXXIX), a retroatividade da lei mais benéfica ao réu (art. 5º, XL), a pessoalidade (art. 5º, XLV), a individualização (art. 5º, XLVI) e humanidade das penas (art. 5º, XLVII), a presunção de inocência (art. 5º, LVII) e a necessidade do devido processo legal (art. 5º, LIV). Esses ideais, que servem para nortear a aplicação da lei penal, possuem, inquestionavelmente, um conteúdo de intervenção mínima. A partir da Constituição de 1988, passou a ser compreendido que a lei deve ser anterior ao fato, como forma de proteger o cidadão contra a arbitrariedade estatal; entretanto, a lei pode retroagir, desde que seja para beneficiar o réu; ademais, a pena não deve passar da pessoa do condenado, e deve ser individualizada, não podendo existir penas de morte (salvo em casos de guerra declarada), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis; fora isso, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o que deve ocorrer por meio do devido processo legal, ou seja, nas bases do contraditório e da ampla defesa. É notório que os direitos, principalmente os de âmbito penal, consagrados no art. 5º da Constituição, visam proteger o cidadão contra as arbitrariedades do Estado. Surgem como mecanismo de salvaguardar o indivíduo e seus direitos fundamentais, estabelecendo mecanismos de controle a serem obedecidos pela potestade punitiva do Estado.

A origem finalística desses ideais remonta à premente necessidade que passaram a ter os cidadãos de um leque mínimo de garantias contra os abusos ou excessos que poderiam ser deflagrados pelo Estado quando da imposição de suas sanções criminais. Em seu nascedouro, portanto, esses ideais desempenharam uma função eminentemente defensiva, fundada nas matrizes ideológicas do Estado Liberal. Como dito, essa postura significou uma reação natural imposta à crueldade das instituições penais vigorantes durante o regime absolutista, época em que o poder ilimitado e arbitrário do rei não conhecia limites à sua atuação e a repressão penal do Estado refletia uma constante violação às liberdades individuais<sup>227</sup>.

---

<sup>227</sup> CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade* cit., p. 34.

A Constituição de 1988 criou uma nova forma de ver o Direito Penal, em que o indivíduo e sua liberdade passam a ser amparados constitucionalmente, não podendo o Estado intervir nessa liberdade a não ser em casos extremos, quando for estritamente necessário. Tanto que a liberdade passou a ser vista como um direito fundamental do homem (art. 5º, *caput*, CF). O Direito Penal deve ser apto a proteger os valores mais importante à vida humana e à convivência em sociedade, mas sem se fazer violento, cuidando de atingir o mínimo possível a liberdade individual da qual é garante.

Para Pinho, o caráter minimalista da intervenção penal pode ser retirado da consagração do Estado Democrático de Direito, mas também da elevação da dignidade da pessoa humana à categoria de fundamento da República. Diz a autora que, além da característica fundamental dos Estados Democráticos de Direito (limitação e equilíbrio no exercício do poder), que, por si só, aponta para a necessidade de restringir a incidência do sistema punitivo de repressão, a Constituição brasileira ainda eleva, à categoria de fundamento da República, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), e enumera, no extenso rol do art. 5º, inúmeras garantias penais e processuais penais de índole liberal que deixam absolutamente clara a tendência humanista do constituinte originário. A dignidade humana funciona, assim, como o principal vetor na formulação, interpretação e aplicação das normas penais, constitucionais e infraconstitucionais. É um valor maior, ao qual o intérprete há de estar vinculado do início ao fim<sup>228</sup>.

Acrescenta a autora que, voltando os olhos para a Carta Política, percebe-se que a dignidade humana orienta todo o elenco dos direitos fundamentais, os de cunho liberal, político ou social. No aspecto das relações internacionais, o Brasil obriga-se a respeitar a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II), e, no que concerne à eficácia e extensão desses direitos, o constituinte asseverou que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º) e, ainda, reconheceu que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela

---

<sup>228</sup> PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Direito penal e Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 50-51.

adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, § 2º)<sup>229</sup>.

Assim, o labor interpretativo das normas penais deverá ser, sempre, orientado pela análise do sistema de valores latente no texto fundamental, que é um reflexo direto da dignidade humana. O homem é o centro de toda concepção de direitos e garantias. A dignidade da pessoa humana traduz um ideal garantista de utilização limitada, subsidiária e controlada da intervenção penal. Isso porque o Direito Penal é o ramo mais aflitivo do controle social juridicamente institucionalizado, por afetar a liberdade humana e, em razão disso, somente se justifica dentro dos mais criteriosos padrões de racionalidade. Se não fosse assim, poderia o poder público, a toda hora, acionar o sistema penal. A liberdade do ser humano seria banalmente ameaçada, comprometendo todo o arcabouço valorativo que o constituinte originário quis preservar<sup>230</sup>.

Melo Gomes, no mesmo sentido, afirma que, além de a Constituição Federal assegurar em seu art. 5º, *caput*, a inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, eleva à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito o valor *dignidade da pessoa humana*, o que faz deduzir que a restrição ou privação desses direitos invioláveis somente se legitima se estritamente necessária a sanção penal para a tutela de bens fundamentais do homem. Embora não explícito no texto constitucional, o princípio da intervenção mínima se deduz de normas expressas da Constituição, tratando-se, portanto, de um postulado nela inequivocamente implícito<sup>231</sup>.

---

<sup>229</sup> PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Direito penal e Estado Democrático de Direito* cit., p. 53.

<sup>230</sup> Idem, *ibidem*, p. 54-55.

<sup>231</sup> MELO GOMES, Marcus Alan de. *Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena* cit., p. 173. No mesmo sentido: “Em relação ao Direito Penal especialmente, é a lei infraconstitucional que – a partir da perspectiva valorativa constitucional, sobretudo da necessidade e do bem jurídico – define o que é proibido, a forma da proibição e a sanção prevista. Com efeito, para se identificar o conteúdo material da norma, isto é, sua finalidade, seu alcance e o valor que se pretende resguardar, exige-se que seu intérprete identifique, primeiramente, o modelo de Estado sob o qual a interpretação é posta. A seguir, verifique quais os valores que estão a merecer tutela em face da sua Lei Maior. No caso brasileiro, especialmente em face do valor supremo da dignidade da pessoa humana, a interpretação, aplicação e execução da norma infraconstitucional devem guardar perfeita sintonia com este princípio estruturante” (ROBALDO, José Carlos de Oliveira. *Controle difuso de constitucionalidade da norma penal: reflexões valorativas*. São Paulo: Premier Máxima, 2008. p. 91).

Com tudo isso, após a CF/1988, formou-se uma nova cultura, na democracia e para a democracia. São profissionais que ingressaram na Faculdade de Direito após 1988, ou que simplesmente se permitiram, transformando seu conhecimento ao reconhecer a beleza e a força normativa da Constituição. Isso ocasionou um intenso giro teórico diante das novas reflexões. As ciências penais no Brasil têm se beneficiado de rica produção teórica derivada dos profissionais do Direito, em especial as advindas da pesquisa, realizadas nos programas de pós-graduação ou da própria graduação<sup>232</sup>. São estudos que visam ajustar as normas penais aos ditames da Constituição.

Grande parte desses estudos constata que a Constituição de 1988 inaugurou um novo Direito Penal, de intervenção mínima.

Batista, por exemplo, embora entenda os princípios de forma distinta da apresentada neste trabalho<sup>233</sup>, afirma que são cinco os princípios básicos de Direito Penal, estando entre eles o princípio da intervenção mínima<sup>234</sup>. Acrescenta que esse princípio foi produzido por ocasião do grande movimento social de ascensão da burguesia, reagindo contra o sistema penal do absolutismo, que mantivera o espírito minuciosamente abrangente das legislações medievais. Nota que Montesquieu tomava um episódio da história do direito romano para assentar que, quando um povo é virtuoso, bastam poucas penas; Beccaria advertia que proibir uma enorme quantidade de ações indiferentes não é prevenir os crimes que delas possam resultar, mas criar outros novos; e a Declaração do Homem e do Cidadão prescreve que a lei não estabelece senão penas estrita e evidentemente necessárias<sup>235</sup>.

---

<sup>232</sup> Infelizmente, como bem ressalta Rosa, “há um fosso entre os trabalhos acadêmicos e a implementação no campo das decisões judiciais” (ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material: aportes hermenêuticos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 101), o que precisa urgentemente ser alterado.

<sup>233</sup> Os autores que serão aqui citados para demonstrar a consagração constitucional de um Direito Penal de intervenção mínima não seguem, necessariamente, a compreensão de princípio apresentada nesta tese, e que tem por referencial as obras de Dworkin, ou seja, em vários momentos será citado o termo “princípio”, ao se trazer os apontamentos de tais autores, sem que estes sigam precisamente a compreensão de “princípio” aqui defendida. Nota-se que o intuito, nesse momento do trabalho, é apenas demonstrar a aceitação e consagração da intervenção mínima, daí a necessidade de citar algumas obras que trazem esse posicionamento, mesmo que não sejam seguidores dos apontamentos de Dworkin.

<sup>234</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro* cit., p. 61-64.

<sup>235</sup> Idem, *ibidem*, p. 84.

Ademais, acrescenta Batista, sobre o conteúdo da intervenção mínima, que a utilização do Direito Penal, onde bastem outros procedimentos mais suaves para preservar ou reinstaurar a ordem jurídica, não dispõe da legitimação da necessidade social e afeta a harmonia interna do direito, produzindo efeitos que afinal contrariam os seus objetivos<sup>236</sup>.

Greco, por sua vez, salienta que o equilíbrio do Direito Penal pressupõe uma visão minimalista. Adverte o autor que, em um enfoque característico do princípio da intervenção mínima, a finalidade do Direito Penal é proteger os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade. Somente os bens de maior relevo é que merecerão a atenção do legislador penal que, a fim de protegê-los, deverá criar os tipos penais incriminadores, proibindo ou determinando a prática de comportamentos sob a ameaça de uma sanção. Ademais, o princípio da intervenção mínima também deixa antever seu caráter subsidiário, tendo em vista a drasticidade de sua intervenção, e, ancorado na dignidade da pessoa humana, se outros ramos do ordenamento jurídico demonstrarem que são suficientes para a proteção de determinados bens, é preferível que tal proteção seja por eles levada a efeito, no lugar da drástica intervenção do Direito Penal, com todas as suas consequências malélicas, a exemplo do efeito estigmatizante da pena, dos reflexos que uma condenação traz sobre a família do condenado etc.<sup>237</sup>.

No mesmo sentido, Correia informa que a intervenção mínima exprime o mandamento segundo o qual o Direito Penal deve se ocupar tão somente dos ataques mais graves desferidos aos valores mais relevantes da sociedade, o que não deve ser confundido, todavia, com Direito Penal fraco ou insuficiente, correspondendo, isto sim, a um Direito Penal concentrador de forças em áreas que demandam a sua atuação como saída realmente imprescindível. Porque a pena é a sanção mais violenta que o Estado pode impor, ela deve ser a menos aplicada. Só haverá pena, destarte, quando houver a violação de bens jurídicos que o Estado considere dignos de uma proteção mais enérgica. Tal concepção advém da pena

---

<sup>236</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro* cit., p. 86.

<sup>237</sup> GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio* cit., p. 68 e 80.

como a *ultima ratio*, devendo representar um máximo de eficácia aliada a um mínimo de dano<sup>238</sup>.

Pinho adverte que a Constituição de 1988 inaugurou uma nova era na história do Brasil e, por conseguinte, no pensamento jurídico. Após um longo período de regime autoritário, inicia-se um processo de redemocratização, no qual o constituinte originário, desde o primeiro artigo do texto fundamental, deixa clara a opção irrenunciável por um modelo de Estado Democrático de Direito, calcado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa e no pluralismo político. A referência expressa na Carta Magna ao Estado Democrático de Direito foi uma escolha política, cujo alcance transcende a literalidade do art. 1º, permeando todo o texto e estabelecendo uma mudança estrutural de paradigma na relação Estado x sociedade. Assim, afirma que o único caminho viável para compatibilizar o Direito Penal positivo com o arcabouço constitucional é a intervenção mínima, racional e controlada do poder punitivo. Os valores constitucionais, fincados na teoria dos direitos fundamentais, não comportam, em absoluto, a utilização desmedida e irracional do Direito Penal, sob pena de estar comprometendo todo o edifício axiológico construído pelo constituinte originário e que tem, na dignidade humana, um de seus principais esteios<sup>239</sup>.

Afirma ainda a professora paraense que se, por um lado, é historicamente compreensível que as regras do Código Penal de 1940 – fabricado em meio ao Estado Novo varguista e, por isso, de raiz autoritária – estejam em franca desarmonia com o texto constitucional de 1988, por outro é, no mínimo, questionável a insistência da manutenção de um discurso oficial (vindo do Legislativo, do Executivo e do Judiciário) que, não raro, ignora os ideais traduzidos nos direitos fundamentais e vende a imagem de um Direito Penal extremamente punitivo e vingativo, como remédio para os males advindos da violência<sup>240</sup>.

Continua a autora afirmando que num Estado (Social e) Democrático de Direito, no qual precisam ser eficazes as técnicas de controle do poder, somente

---

<sup>238</sup> CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade* cit., p. 105.

<sup>239</sup> PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Direito penal e Estado Democrático de Direito* cit., p. xxi-xxiii.

<sup>240</sup> Idem, *ibidem*, p. xxii.



deve sobreviver um Direito Penal limitado e de intervenção mínima. O poder punitivo tem que ser controlado e despretensioso. Por um lado, impõe-se um comportamento intervencionista do Estado na área social, como promovedor do bem-estar coletivo e realizador dos direitos fundamentais sociais e, por outro, restringe-se, sobremaneira, a intervenção desse mesmo Estado na área penal/punitiva, a fim de que sejam respeitados, ao máximo, os direitos fundamentais de índole individual-liberal. E assim conclui que a Constituição de 1988, apesar de não afirmar nada disso de forma explícita, traz um sistema normativo de tal ordem harmônico que permite sustentar, com certeza, um modelo de Direito Penal de intervenção mínima<sup>241</sup>.

Melo Gomes, ao discorrer sobre a proporcionalidade, afirma que do significado do princípio da necessidade para a função legislativa em matéria penal é possível retirar a ideia de intervenção mínima. Aduz que o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, ou seja, o último recurso a ser empregado pelo Estado para a tutela daqueles bens jurídicos mais relevantes, de maneira a protegê-los dos ataques mais graves. Havendo a possibilidade de a lesão ao bem jurídico ser evitada de outra forma, deve-se renunciar à opção legislativa penal, de modo a não banalizar a punição, que se revelaria ineficaz ao ser ignorada pelos destinatários da norma ou simplesmente, ao não ser aplicada pelos órgãos jurisdicionais. Adverte, dessa forma, que a vulgarização da intervenção penal conduz ao seu descrédito<sup>242</sup>.

Sales compartilha a ideia de que a intervenção mínima é o princípio instituidor do Direito Penal. Afirma que a intervenção mínima espraia-se por toda a construção principiológica moderna do Direito Penal a partir de Constituições (compromissórias) e do Estado Democrático de Direito, que procura tutelar o máximo possível os direitos fundamentais e intervir penalmente de forma mínima na vida do cidadão. O que, então, rotineiramente se chama de princípio, como ofensividade, ou lesividade e materialidade do fato, nada mais são do que

---

<sup>241</sup> PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Direito penal e Estado Democrático de Direito* cit., p. 48-50.

<sup>242</sup> MELO GOMES, Marcus Alan de. *Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena* cit., p. 172.

desdobramentos, manifestações, aspectos, feições ou componentes de garantia do princípio instituidor da intervenção mínima<sup>243</sup>.

Rosa e Silveira Filho, ao reclamarem por um processo penal democrático, afirmam que o estabelecimento e a concretização de princípios e regras que possuem como função a contenção e a redução do Direito Penal são componentes dialéticos indispensáveis à subsistência e ao progresso do Estado de Direito<sup>244</sup>.

Prado, acompanhando essa produção teórica que visa efetivar a Constituição de 1988, defende que o pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade –, norteadas pelos princípios fundamentais da dignidade humana; da personalidade e individualização da pena; da humanidade; da culpabilidade; da intervenção penal legalizada; da intervenção mínima e da fragmentariedade. E, embora todos esses princípios apresentem um conteúdo de intervenção mínima da lei penal, sobre o princípio da intervenção mínima em especial, o autor acrescenta que este estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens, e que não podem ser eficazmente protegidos de outra forma. Aparece ele como uma orientação de política criminal restritiva do *jus puniendi* e deriva da própria natureza do Direito Penal e da concepção material de Estado de Direito. Na seleção dos recursos próprios do Estado, o Direito Penal deve representar a *ultima ratio legis*, colocar-se em último lugar e só entrar em ação quando for indispensável para a manutenção da ordem jurídica<sup>245</sup>.

Das citações aqui apresentadas com o intuito de demonstrar a consagração do princípio da intervenção mínima na sociedade brasileira, é possível constatar também que este conteúdo apresenta-se como o princípio instituidor do Direito

---

<sup>243</sup> SALES, José Edvaldo Pereira. *A proteção do bem jurídico e a (des)criminalização no direito eleitoral* cit., p. 74.

<sup>244</sup> ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 56.

<sup>245</sup> PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição* cit., p. 65-68.

Penal, eis que, como visto, o ideal da intervenção mínima deve acompanhar toda e qualquer atividade dentro do âmbito criminal.

Bitencourt consagra a intervenção mínima, não só como uma realidade constitucional que precisa ser respeitada, mas como o princípio instituidor do Direito Penal, eis que o autor coloca que as ideias de igualdade e de liberdade, apanágios do *Iluminismo*, deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que aquele que predominou durante o Estado Absolutista, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais. Muitos desses princípios limitadores à intervenção estatal passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos e receberam assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão. Acrescenta que todos esses princípios, hoje insertos, explícita ou implicitamente na Constituição, têm a função de orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um “*Direito Penal mínimo e garantista*”<sup>246</sup>.

### 3.1.5 A Constituição autoriza a interpretação de que a proporcionalidade pode ser vista, também, como “proibição de proteção deficiente”?

Uma vez delineado que o Direito Penal brasileiro deve ser um direito de intervenção mínima, faz-se necessário enfrentar a questão da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente. A pergunta é: a Constituição permite a interpretação de que existem em seu corpo indicações implícitas e determinações expressas de criminalização, as quais obrigam o legislador a criminalizar determinadas condutas sob pena de ferir a proporcionalidade por proteção deficiente?

Streck, ao falar de uma proibição à proteção deficiente (asseverando que o Direito Penal deve ser examinado não só pelo prisma de um garantismo negativo, mas também a partir de um garantismo positivo, isto é, do dever de proteção de determinados bens fundamentais por meio do Direito Penal), afirma que a teoria do

---

<sup>246</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* I. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 40.

bem jurídico depende da materialidade da Constituição, residindo nesse espaço uma obrigação implícita de criminalização, ao lado dos deveres explícitos de criminalizar constantes no texto constitucional<sup>247</sup>.

Seguindo a construção alemã, Streck entende que a proporcionalidade possui dupla face: a de proteção positiva e a de omissões estatais. A inconstitucionalidade pode decorrer de excesso do Estado ou de proteção insuficiente de um direito fundamental. De acordo com a perspectiva da “proibição de proteção deficiente”, o Estado é obrigado a proteger de forma eficiente os direitos fundamentais, os quais são vistos como direitos de defesa e imperativos de tutela contra terceiros. Quando do não cumprimento de tal dever, realizar-se-ia um controle de constitucionalidade, o qual afirmaria o descumprimento ao imperativo de tutela sempre que detectado um déficit constitucionalmente ilegítimo de proteção de um dos direitos fundamentais na relação jurídica em causa. O Estado deve realizar de forma eficiente a proteção dos direitos fundamentais contra terceiros, sendo os mandamentos constitucionais implícitos de criminalização uma forma de alcançar tal tutela. Havendo um déficit na proteção almejada, o legislador ordinário estaria obrigado a criminalizar a conduta, buscando, assim, por meio do Direito Penal, a proteção eficiente do direito fundamental protegido. Ou seja, a estrutura do princípio da proporcionalidade não aponta apenas para a perspectiva de um garantismo negativo (proteção contra os excessos do Estado – *Übermaßverbot*), e, sim, também para uma espécie de garantismo positivo, momento em que a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental, caso em que se estará em face da proibição de proteção deficiente (*Untermaßverbot*)<sup>248</sup>.

Como dito, segundo essa perspectiva, a noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente a um

---

<sup>247</sup> STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (ÜBERMAßVERBOT) à proibição de proteção deficiente (UNTERMAßVERBOT) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 80, 2004, p. 307-311. Seguindo as ideias de Streck, encontram-se os trabalhos de Feldens (FELDENS, Luciano. *A constituição penal* cit.) e Maria Luiza Streck (STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009).

<sup>248</sup> STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição cit., p. 314-316.

dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da proibição de insuficiência no campo jurídico-penal<sup>249</sup>.

Com o mesmo posicionamento, Feldens assevera que os mandados constitucionais de penalização são verdadeiras limitações à liberdade de configuração do legislador. Informa que a Constituição exige um estatuto penal, na medida em que prevê a formatação de um regime sancionatório penal, criando regras de competência e impondo a penalização de algumas condutas, mas esse Estatuto não tem por único conteúdo os mandados expressos de criminalização. Segundo o autor, uma análise contextual da Constituição indubitavelmente levará a afirmar a existência de normas implícitas de penalização, que configuram zonas de obrigatória intervenção do legislador penal. Já que a Constituição chegou ao ponto de determinar aquilo que para alguns significa uma “antecipação do Direito Penal” – assim considerada a utilização do Direito Penal para a proteção de bens jurídico-penais coletivos –, é razoável admitir que a Constituição igualmente está a exigir a proteção não de todos, mas de determinados bens jurídicos que se revelam inequivocamente primários no âmbito de uma sociedade democrática submetida a um programa constitucional básico assentado na defesa da vida, da liberdade e da dignidade humana. E acrescenta o autor que, ao prescrever determinadas matérias sujeitas à necessidade de tutela penal, a Constituição teve em mente a magnitude desses bens, mas isso não significa que tais bens ocupem uma posição de primazia valorativa. O provável, aliás, é o contrário. Exatamente por não serem os mais valiosos, o constituinte desconfia do juízo de conveniência inerente ao legislador penal, impondo a Constituição a criminalização de condutas atentatórias a tais bens<sup>250</sup>.

Como assevera Sales, exige-se muita cautela para que não se construa, mesmo partindo de princípios – o que é ainda mais perigoso –, uma formulação teórica que deságue em exasperação penal, evidentemente desfavorável ao cidadão, como é o caso da utilização do princípio da proporcionalidade para dizer

---

<sup>249</sup> STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição cit., p. 315.

<sup>250</sup> FELDENS, Luciano. *A Constituição penal* cit., p. 94.

que a norma penal protegeu de forma deficiente determinado bem. Proteger não significa, necessariamente, criminalizar. O Direito Penal como *ultima ratio* já deixa transparecer essa ideia<sup>251</sup>.

Diante de um Direito Penal de intervenção mínima, não se deve reconhecer a existência de indicações implícitas, e nem mesmo de mandamentos expressos de criminalização.

Posições como essas devem ser afastadas, por ser inconcebível compreender que qualquer indicação ou determinação constitucional gere uma obrigação de criminalizar. Tal compreensão violaria a essência do Direito Penal enquanto *ultima ratio*, transformando-o em mero aparelho sancionador.

As disposições constitucionais que impõem ao Estado que proteja um determinado bem ou que reprima um determinado comportamento, apenas orientam o legislador, mas não prescrevem o modo como deverá realizar-se a tutela ou a repressão. Não existem obrigações constitucionais de incriminação. Determinar que um certo bem merece ser protegido não significa que tenha ele necessidade de receber uma tutela do tipo penal, obrigatoriamente. A norma constitucional serve apenas como parâmetro, indicando ao legislador ordinário que existe um bem merecedor da tutela penal. Entretanto, cabe a este, diante da realidade social, e tendo por base os valores constitucionais como um todo, avaliar a necessidade de tutela penal, respeitando sempre o princípio instituidor do Direito Penal: a intervenção mínima.

Como salienta Magalhães Gomes, é função do ordenamento constitucional garantir o livre processo político por meio de uma filtragem crítica da norma coercitiva. Se se transformassem as funções ou necessidades positivas de tutela em obrigações *a priori*, o sistema da tutela necessária tornar-se-ia ambíguo nas suas bases, uma vez que entre a discussão e a fundamentação racional das “necessidades históricas” de tutela e a obrigação constitucional de penalização, a congruência não seria logicamente assegurada. Ademais, não se podem deduzir

---

<sup>251</sup> SALES, José Edvaldo Pereira. *A proteção do bem jurídico e a (des)criminalização no direito eleitoral* cit., p. 122-123.

obrigações de penalização derivadas de um entendimento constitucional do conceito de bem jurídico. Ao contrário, o legislador penal pode optar por impor sanções penais a bens de nível constitucional, embora não esteja obrigado a fazê-lo, ou pode escolher proteger determinado bem por meio de sanções não penais<sup>252</sup>.

Tavares, em oposição a toda forma de autoritarismo legalista e diante dos movimentos em favor de uma acentuada repressão penal sob o manto da proteção de bem jurídico, afirma que não há obrigatoriedade constitucional explícita de incriminação para a salvaguarda de qualquer bem jurídico. A importância do bem jurídico, por maior que seja, em face do princípio da subsidiariedade, não pode implicar a criminalização da conduta que o lese ou o ponha em perigo, porque a Constituição, na verdade, apenas deve encarregar-se de delimitar o âmbito da incidência penal, mas não de impor criminalizações<sup>253</sup>.

Pelarin, por sua vez, informa que, em que pese a identidade entre a ordem material do Direito Penal e a Constituição, no sentido de que todo bem jurídico penalmente relevante tem que encontrar uma referência, expressa ou implícita, na Constituição, e ainda a determinativa constitucional da proteção de valores essenciais pelo Estado, não se pode concluir por uma obrigação constitucional de criminalizar, por ser incompatível com o princípio da proteção da dignidade humana a vigência de norma criminalizante explícita<sup>254</sup>.

Ao defender a inexistência de obrigações constitucionais de criminalização, Paschoal apresenta um trabalho minucioso. Utiliza como argumento o fato de que a Constituição, enquanto limite do Direito Penal – e afasta nesse sentido o entendimento de que ela possa figurar como fundamento deste<sup>255</sup> –, permite que,

---

<sup>252</sup> MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama de. *O princípio da proporcionalidade no direito penal* cit., p. 109-111.

<sup>253</sup> TAVARES, Juarez E. X. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 200.

<sup>254</sup> PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização*. São Paulo: IBCCRIM, 2002. p. 163.

<sup>255</sup> Acrescenta a autora que, “tomando-se a Constituição Federal unicamente como um limitador do direito penal, estar-se-á permitindo que, antes de recorrer à proteção penal, o legislador lance mão de outros meios de tutela, buscando o direito penal apenas quando todos os outros recursos hajam falhado (princípio da subsidiariedade). Ao contrário, quando se parte da Constituição como fundamento do direito penal, como norma que traz as indicações das condutas a serem criminalizadas, permite-se seja cobrado do legislador um movimento no sentido de efetivar a tutela

mesmo ante as determinações expressas de criminalização, não exista obrigatoriedade de tipificar, e, sim, a possibilidade de fazê-lo, diante da efetiva necessidade e utilidade da tutela, que serão verificadas pelo legislador ordinário. Essa não obrigatoriedade decorre do fato de o constituinte trazer o quadro máximo, dentro do qual o legislador infraconstitucional, observando os princípios básicos informadores do Direito Penal, pode se movimentar; e da constatação de que as determinações expressas estão relacionadas não à necessidade de tutela penal, mas a fatores históricos e/ou reclamos sociais predominantes quando da elaboração da Carta, os quais não são suficientes para justificar uma criminalização em momento posterior ao do advento da Constituição<sup>256</sup>.

Como bem salienta Paschoal, parece preocupante o fato de doutrinadores, alguns reconhecidamente democráticos, e que defendem um Direito Penal de intervenção mínima, proporem que a Constituição determina (e até obriga) a criminalização de condutas, ou seja, o cerceamento da liberdade. Quando por meio de um discurso democrático, de rechaço a um Direito Penal máximo, interventor, de perigo abstrato, começa-se a defender a obrigatoriedade de criminalizar, penalizar ou, em outros termos, restringir a liberdade por força da própria Constituição, efetivamente, parece haver algo a temer. A presunção de tutela penal, por si só, já atenta contra os ditames do Direito Penal de intervenção mínima<sup>257</sup>. Quando a doutrina, a princípio partidária de um Direito Penal mínimo, passa a enxergar na Constituição não só um limite, mas um fundamento ao *jus puniendi* estatal, está na verdade contribuindo para seu alargamento. O princípio da *ultima ratio* do Direito Penal é simplesmente ignorado, para dar lugar a um Direito Penal visto como *sola ratio* ou *prima ratio* na solução social de conflitos: a resposta penal surge para as

---

criminal, muitas vezes menos útil e eficaz que a proteção representada por outros ramos do Direito. Se se pretende ser fiel ao objetivo de realizar o ideal de um direito penal mínimo, somente se pode vislumbrar na Constituição Federal um limite positivo ao poder punitivo estatal, afastando a tese de que a Carta Magna constituiria seu fundamento e que, por isso, obrigaria, perante a primeira necessidade, a criminalização” (PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 72).

<sup>256</sup> Idem, ibidem, p. 69-114.

<sup>257</sup> Idem, p. 19.



peças responsáveis pela criminalização legal de condutas como a primeira e única alternativa para administrar os problemas sociais<sup>258</sup>.

Ao se tomar a Constituição como fundamento do Direito Penal, segue-se para sua maximização e não para sua minimização, pois toda aparente necessidade de proteção penal levará à uma necessária criminalização, quando, na verdade, o texto constitucional traz apenas uma possibilidade de criminalização, uma indicação que pode ou não ser seguida. Se se pretende ser fiel ao objetivo de realizar o ideal de um Direito Penal mínimo, somente se pode vislumbrar na Constituição um limite positivo ao poder punitivo estatal, afastando a tese de que a Carta Magna constituiria seu fundamento e que, por isso, obrigaria a criminalização. Deve-se, sempre, dentro das possibilidades de tipificação dadas pela Constituição, deixar ao legislador a análise da real necessidade e utilidade de efetivar aquela proteção penal, considerando o contexto histórico e social da atualidade. A busca de um Direito Penal mínimo não pode conviver com uma Constituição que traz, em seu bojo, necessidades automáticas (e não concretas) de criminalização<sup>259</sup>.

A concepção da Constituição enquanto limite do Direito Penal permite que se faça uma reflexão integrada com a sociedade, quando da promulgação da norma constitucional (que deve refletir os valores que lhe são caros, em um dado momento), possibilitando, igualmente, que essa mesma reflexão integrada com a necessidade social seja realizada quando da eventual elaboração da norma penal. Assumir que o constituinte já avalia o merecimento e a necessidade da tutela penal, estando, portanto, o legislador obrigado a criminalizar, significa voltar as costas ao necessário caráter material da lei e da própria Constituição<sup>260</sup>, além de desconsiderar o princípio instituidor do Direito Penal de intervenção mínima, que pauta-se na necessidade efetiva e não meramente formal da tutela penal. Lembra-se que o passado não pode aprisionar, a sociedade é dinâmica e as suas necessidades mudam.

---

<sup>258</sup> PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo* cit., p. 71-73.

<sup>259</sup> Idem, *ibidem* p. 75-78.

<sup>260</sup> Idem, p. 84.

O direito com integridade exige coerência, precisando-se ter um posicionamento firme quanto ao papel da Constituição. Não se pode pregar ora que o Direito Penal deve ser o último recurso do qual o Estado lançará mão, ora que deve ser a *prima ratio*, ainda que no momento da criação legislativa ele não represente a melhor forma de tutela, ou mesmo não seja necessário. Se a intervenção mínima é o princípio instituidor do Direito Penal, ela deve ser avaliada a todo momento, sendo aplicada a todas as normas que lhe digam respeito.

Se se pretende efetivar um Direito Penal mínimo, devem-se tomar as indicações e determinações constitucionais como possíveis, podendo o legislador ordinário questionar acerca de sua necessidade e utilidade no cenário social e dentro dos princípios morais que regem a sociedade naquele momento.

O que se precisa compreender é que mesmo as determinações expressas de criminalização devem ser lidas dentro do quadro principiológico da Constituição, que proíbe a interpretação de que estas sejam obrigatórias. O que dizer então das indicações implícitas de criminalização? Defender que existe uma proibição de proteção deficiente, e que a Constituição traz mandamentos implícitos e expressos de criminalização que obrigam o legislador sob pena de ferir a proporcionalidade, é negar por completo que essa mesma Constituição defende um Direito Penal de intervenção mínima.

Em que medida um Direito Penal que se pretende mínimo pode compactuar com uma obrigação formal de criminalizar condutas, ou de mantê-las proibidas, ainda que haja uma modificação social que aponte para a desnecessidade da tutela penal? Como afirma Paschoal, a Constituição não pode ser um empecilho à democratização da intervenção penal<sup>261</sup>.

Diante de uma análise comparativa com as Constituições brasileiras anteriores<sup>262</sup>, seria um absurdo entender que a mais democrática seria exatamente

---

<sup>261</sup> PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo* cit., p. 96.

<sup>262</sup> Paschoal faz um apanhado sobre as Constituições anteriores para demonstrar que a Constituição Imperial trazia em seu art. 179, XVII, a determinação de que fossem organizados um Código Civil e um Criminal, dando liberdade ao legislador para eleger as condutas a tipificar. A Constituição de 1891 não expôs expressamente qualquer dever de criminalização. A Constituição de 1934 foi a primeira a tratar da ordem econômica e social, trazendo em seu bojo algumas poucas indicações

aquela que trouxe um maior número de indicações e determinações de criminalização. Ademais, como entender que o constituinte trouxe apenas uma indicação de criminalização das ofensas à vida, e determinação expressa para o racismo, por exemplo? Isso significa que o racismo é uma ofensa mais grave que o homicídio? Que a vida não é o bem maior? Mais protegido constitucionalmente?

Paschoal aduz ainda em sua obra que essa suposta obrigatoriedade de criminalização poderia advir do caráter social do Estado Democrático de Direito. Entretanto, afirma a autora, ao se entender que o caráter social do Estado impõe o dever de criminalizar como forma de efetivar os direitos fundamentais, se estará defendendo que o Direito Penal deve ser visto como *prima ratio*, assim como o investimento na saúde, na educação, no esporte, no saneamento básico, a diminuição dos impostos, o controle da inflação, o aumento de oportunidades de emprego etc., e não como subsidiário a todos esses mecanismos de controle social. Atribuir a responsabilidade pela concretização dos direitos fundamentais e diminuição dos problemas sociais, entre eles a criminalidade, ao legislador penal, é fugir a essa obrigação, fazendo que o Direito Penal tenha uma função meramente simbólica. A implementação dos direitos sociais passa por políticas públicas e não por criminalização, a qual, muitas vezes, é utilizada como resposta ilusória, em função da falta de vontade de dar uma solução efetiva aos problemas sociais<sup>263</sup>.

Em outras palavras, é incoerente com o caráter democrático do Estado, e com o caráter minimalista da Constituição, que se defenda a existência de indicações ou determinações expressas de criminalização, sendo extremamente perigoso alegar que o princípio da proporcionalidade, diante da Constituição

---

de punição, como a da usura e a da transgressão aos preceitos concernentes à celebração do casamento, cumprindo salientar que eram apenas indicações e que o termo punição poderia estar relacionado com outros ramos do Direito. A Constituição de 1937, decretada por Getúlio Vargas, admitia a pena de morte para condutas subversivas, previa pena de prisão para os diretores de órgãos de imprensa e estatuiu que a lei deveria punir os crimes contrários à economia popular. A Constituição de 1946 determinava a punição do abuso do poder econômico e continuava punindo a usura. A Constituição de 1967 foi a primeira a prever a punição do preconceito de raça, mas sem especificar se essa punição deveria ser penal. A EC/1969 não trouxe nenhuma previsão expressa de criminalização (PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo* cit., p. 102-105).

<sup>263</sup> Idem, *ibidem*, p. 115-146.

brasileira que consagra a intervenção mínima, possui um viés garantista positivo, existindo uma proibição de proteção deficiente.

Os princípios morais que emanam da realidade constitucional inaugurada em 1988 são superiores a algumas indicações ou determinações que se encontram isoladas em alguns artigos. E a ordem que emana desses princípios é de intervenção penal mínima, e não o contrário.

### 3.2 O controle de constitucionalidade da pena

Atualmente parece não haver dúvida de que, apesar de o Código Penal preceder, em geral, a Constituição, toda interpretação (doutrinária ou jurisprudencial) deve partir da Constituição Federal, que deve ser vista como a base de todo o ordenamento jurídico, motivo pelo qual o Direito Penal é apenas um dos pontos abarcados pela Carta Magna, tal como demonstra o art. 5º, que consagra os seus princípios e regras fundamentais.

O debate sobre a legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade é vivido intensamente em países democráticos como o Brasil<sup>264</sup>.

---

<sup>264</sup> Correia faz interessante apanhado histórico para demonstrar que a resistência ao controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário nos países adeptos da *Civil Law* é diferente da que se apresenta nos países adeptos do *Common Law*. A autora demonstra que a revolução americana eclodiu principalmente por causa da opressão do Parlamento às colônias inglesas. Em razão disso, os Estados Unidos, cientes de que o Legislativo também poderia ser fonte de tirania e arbítrio, construíram um direito superior e ao qual todos deviam respeito: A Constituição. Os norte-americanos sempre suspeitaram dos legisladores nacionais, presumindo que mais cedo ou mais tarde eles seriam corrompidos pelo poder. Justamente em razão dessa desconfiança é que aos juízes americanos foi atribuído o dever de serem fiéis guardiães da Constituição. Já no Direito Europeu, a Revolução Francesa nasceu não da opressão do Parlamento, mas sim da tirania e do despotismo do monarca absoluto e de juízes que não faziam oposição ao regime absolutista, mas antes com ele pactuavam. Os juízes eram vistos como verdadeiros colaboradores na atividade do regime absolutista monárquico, que era marcado pela existência de regalias e privilégios outorgados tão somente a determinadas classes sociais, dentre as quais se encontrava a própria “nobreza de toga”. Daí se difundirem as ideias de primazia da vontade popular, corporificada no Poder Legislativo, o que gerou uma justiça constitucional mais retraída. Entretanto, diz a autora, a evolução histórica do direito europeu, forçada pelos efeitos desastrosos de duas guerras, desaguou na concepção de que o Estado, de forma frequente e aproveitando-se da deficiência dos mecanismos de controle de legitimidade de seus atos, vulnerava direitos fundamentais, o que ensejou a necessidade de limitar o Poder Legislativo, por meio da inserção, no bojo das Constituições, de uma disciplina eminentemente normativa relativa aos direitos fundamentais. A partir daí, as diferenças existentes entre *Common Law* e *Civil Law* vêm sendo relativamente superadas, com o inevitável crescimento da função judiciária nas duas famílias jurídicas

Aqui, o controle de constitucionalidade das leis vem sendo exercido por um Judiciário que, em alguns momentos, interfere em atos legislativos em nome da Constituição<sup>265</sup>. Mas quando o assunto é o Direito Penal, em muitas ocasiões o Judiciário silencia, quando deveria fazer o controle devido.

Não existe explicação plausível para o Judiciário brasileiro tomar as rédeas da Constituição em algumas matérias legislativas e se abster quando se trata de uma questão da pena justa. No que se refere ao controle de constitucionalidade do *quantum* da pena em abstrato então, o Judiciário é praticamente silente.

Passados mais de 20 anos da Constituição de 1988, continua-se a aplicar um Código Penal eivado de inconstitucionalidades<sup>266</sup>. Continua-se a aplicar tipos penais absolutamente desproporcionais, a ponto de se poder dizer que o Direito Penal fracassou rotundamente. Quando alguns Tribunais foram instados a declarar não recepcionadas ou inconstitucionais alguns desses dispositivos, o que fizeram? Nesses casos, a sua atitude tem sido antiativista, ou seja, o problema do ativismo é que ele é “nominalista”, isto é, pragmatista, portanto, utilizado *ad hoc*<sup>267</sup>. A expansão do poder de punir se faz à sombra das garantias constitucionais, à sorrelfa, tomando como fundamento normativo práticas inspiradas em normas penais dos tempos do regime autoritário.

Justo no âmbito penal, em que o controle deveria ser mais efetivo, eis que a pena privativa de liberdade relativiza um dos direitos fundamentais mais importante

---

(CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade* cit., p. 153-155).

<sup>265</sup> Poderiam ser citadas várias decisões para embasar essa assertiva, mas esse não é o objetivo deste trabalho. Assim, por todas, cita-se a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4.277, quando resolveu dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do art. 1.723 do Código Civil que impedisse o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Argumentaram os ministros que o art. 3º, IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 10 dez. 2014).

<sup>266</sup> Em vários momentos desta tese será utilizado o termo “inconstitucionalidade” como um gênero que abrange as espécies “inconstitucionalidade” e “não recepção”.

<sup>267</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Decido conforme minha consciência?* cit., p. 115.

para o homem<sup>268</sup> e, conseqüentemente, mais protegido constitucionalmente, o Judiciário se esconde por trás de uma argumentação que ele mesmo afasta em outros momentos: a soberania do Legislativo, o respeito a separação dos poderes. Como afirma Streck: “No Estado Democrático de Direito, nenhum ato do Poder Executivo ou Legislativo está imune à sindicabilidade de cariz constitucional!”<sup>269</sup>.

A ideia de que o Direito Penal visa à proteção de bens jurídicos traz implícita a necessária hierarquização que deve existir na previsão legal dos crimes e das penas, e que não pode ser um ato absolutamente discricionário, voluntarista, tampouco pode o Direito Penal ficar à mercê de leis de conveniência, elaboradas sem qualquer prognose. Ou seja, não há liberdade absoluta de conformação legislativa nem mesmo em matéria penal<sup>270</sup>.

Não se está aqui a defender uma soberania do Judiciário, a violação a uma cláusula pétrea da Constituição, mas todos os argumentos que respaldam a revisão judicial em outras áreas do direito também valem para o controle de proporcionalidade da pena. É claro que o Judiciário deve respeitar a autonomia do Legislativo, mas quando uma lei violar a Constituição, o Judiciário tem o dever de

---

<sup>268</sup> Como diz Correia: “Sendo a sanção penal a principal consequência do delito e a mais drástica manifestação de poder a cargo do Estado, é intuitivo devam ser contemplados nos textos constitucionais os preceitos nucleares para que tal atuação possa ser exercida de forma legítima, desprovida de arbítrio. O fato de ser a Constituição fonte primária do direito penal se justifica, ainda, quando se tem em mente que a ameaça de pena significa a imposição direta ou indireta de restrições à liberdade humana, tida como um dos mais caros direitos fundamentais. Em apoio a esse pensamento, alguns chegaram a afirmar que, por afetar tão de perto o indivíduo, o direito penal é o ramo do ordenamento jurídico que deve se encontrar mais atrelado à Constituição, daí porque qualquer reforma verificada no bojo da Lei Maior demandaria necessariamente uma correlata revisão nas disposições do Código Penal. Seria, por assim dizer, um efeito ou consequência imediata, dada a inspiração direta e vinculante que os valores constitucionais exercem sobre as normas penais, sejam elas consagradoras de tipos penais, sejam elas permissivas em relação a determinadas condutas” (CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade* cit., p. 19-20).

<sup>269</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Decido conforme minha consciência?* cit., p. 113. Sales adverte que: “O Estado Democrático de Direito não pode ter outra conotação senão a de um Estado fundado em garantias voltadas para os cidadãos. Não é mais possível uma análise míope do texto legal, divorciada de parâmetros principiológicos fluentes da Constituição. Apesar disso, não é raro encontrar julgados aplicando regras infraconstitucionais contrárias a princípios constantes na Constituição. Não poucas vezes, a lei penal com ranços inquisitoriais acaba prevalecendo naquele caso, em razão de uma deficiência na compreensão dos princípios como direito. Isso faz perceber a relevância que os princípios possuem e como a hermenêutica deve ser compreendida. E isso não está circunscrito ao aplicador da norma penal. O produtor (legislador) também está sujeito aos princípios” (SALES, José Edvaldo Pereira. *A proteção do bem jurídico e a (des)criminalização no direito eleitoral* cit., p. 60).

<sup>270</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Crime e estamento: notas sobre a política criminal e o direito penal em terrae brasiliis* cit., p. 298.

afastar a aplicação da lei. O controle de constitucionalidade, quando feito adequadamente, não fere a ideia de separação dos poderes, nem mesmo quando se tratar de pena desproporcional.

O que não se pode é utilizar determinados princípios que apoiam a revisão judicial para algumas decisões, e outros, que negam essa mesma revisão, para outras decisões. Isso sim, fere a integridade, a coerência do direito.

Como a justificativa para a inércia do Judiciário no controle de proporcionalidade da pena se encontra na autonomia do Legislativo, na separação dos poderes, aqui serão apresentados os argumentos que defendem o controle de constitucionalidade em si, visto que não existe nenhum argumento específico para impedir tal controle na área penal, pelo contrário, existem argumentos suficientes para defender uma maior atuação judicial no que se refere ao controle constitucional da pena.

Correia coloca que o controle de constitucionalidade poderá ser maior ou menor, mas sempre existirá, devendo ser afastada, de plano, a solução simplista de que o Poder Judiciário não pode controlar outro Poder por causa da separação dos poderes. A democracia só será realizada se o Poder Legislativo escolher premissas concretas que levem à realização dos direitos fundamentais e das finalidades estatais. Os direitos fundamentais, quanto mais forem restringidos e mais importantes forem na ordem constitucional, mais devem ter sua realização assegurada<sup>271</sup>.

Bonavides, ao discorrer sobre a função do Legislativo e do Judiciário<sup>272</sup> em face do princípio da proporcionalidade, denota que finalmente, com a introdução do princípio da proporcionalidade na esfera constitucional, o constitucionalismo mergulhou a fundo na existencialidade, sendo contraditórias nesse processo todas

---

<sup>271</sup> CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade* cit., p. 160.

<sup>272</sup> Interessante trazer aqui as palavras de Cappelletti: “O aspecto mais sedutor, diria também o aspecto mais audaz e, certamente, o mais problemático do fenômeno que estamos para examinar está, de fato, justamente aqui, neste encontro entre os dois poderes e as duas funções: o encontro entre a *lei* e a *sentença*, entre a *norma* e o *juízo*, entre o *legislador* e o *juiz*” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* cit., p. 26).

as Constituições que, por demasiado formalismo, põem a confiança de sua eficácia e normatividade na extensão do texto, na qualificação prolixa de artigos e parágrafos, como se esse fora o critério de qualidade dos estatutos fundamentais. O princípio da proporcionalidade transforma o legislador num funcionário da Constituição, estreitando, assim, o espaço de intervenção do órgão incumbido de fazer as leis. Tal redução de espaço evidencia a abertura de uma fase de maior concretude na aplicação dos direitos fundamentais, com o enriquecimento das posições judiciais e a formulação crescente de novas garantias tutelares da liberdade humana por via de prestações jurisdicionais. Assim, se o velho Estado de Direito do liberalismo fazia culto à lei, o novo Estado de Direito faz culto à Constituição. Como afirma Bonavides: “A lei às vezes degrada e avilta, corrompe e escraviza em ocasiões sociais e políticas de profunda crise e comoção, gerando a legalidade das ditaduras, ao passo que a Constituição é semelhante à garantia do poder livre e da autoridade legítima exercitada em proveito da pessoa humana”<sup>273</sup>.

Continua o autor afirmando que se abandonou um velho Direito Constitucional da separação dos poderes, rumo a um novo Direito Constitucional dos direitos fundamentais. A esfera mais crítica e delicada para o estabelecimento de um Estado de Direito era, na idade do Estado Liberal, a organização jurídica dos Poderes, a distribuição de suas competências e, por conseguinte, a harmonia e o equilíbrio funcional dos órgãos de soberania, bem como a determinação de seus limites. Hoje, os direitos fundamentais ocupam essa posição estrutural culminante<sup>274</sup>. Em outras palavras, a consagração do Estado de Direito e da Constituição não depende tão somente do equilíbrio entre os poderes, mas, antes, da efetivação dos direitos fundamentais.

O Estado Constitucional representa uma fórmula de Estado de Direito, talvez a sua mais cabal realização, pois se a essência do Estado de Direito é a submissão do poder ao Direito, somente quando existe uma verdadeira Constituição essa submissão compreende também a submissão do Poder Legislativo. O Poder Legislativo está limitado pela Constituição e pelos Tribunais, ordinários ou especiais

---

<sup>273</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 424.

<sup>274</sup> Idem, *ibidem*, p. 586.



conforme os sistemas, que velam pela garantia da constitucionalidade das leis<sup>275</sup>. O órgão encarregado de realizar a jurisdição constitucional deve ter uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, com uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os direitos fundamentais, estabelecidos em regras e princípios exurgentes do processo democrático que foi a Assembleia Constituinte de 1986-1988, têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias parlamentares<sup>276</sup>.

Longe de instaurar um conflito entre as instâncias democráticas, o controle das leis penais incriminadoras aparece muito mais como instrumento de salvaguarda dos próprios valores democráticos. Correia adverte que o cotejo das normas penais com uma ordem normativa superior integrada por princípios deixa clara a possibilidade de existência de leis inconciliáveis com esses princípios, que produzem a sensação íntima do arbítrio, traduzida na ideia de lei injusta. Isso porque o legislador, inserido no Estado de Direito, encontra-se vinculado às normas constitucionais, sendo certo dizer-se, por isso, que sua atividade não está imune ao controle judicial. Essa atividade de controle, portanto, transcende o mero formalismo para significar a defesa da Constituição, não como um instrumento normativo frio, mas como expressão dos valores políticos e sociais que devem pautar as escolhas do legislador e de todos os poderes do Estado<sup>277</sup>.

Continua a autora informando que não se trata de deslocar o problema do arbítrio do legislador para o arbítrio judicial, mas sim, como ocorre em toda atividade de controle jurisdicional do Poder, de aferir a compatibilidade das opções políticas do legislador com os valores constantes do pacto constitucional. De fato, não pode haver, no quadro do Estado Democrático de Direito, função ou poder distante da principiologia inserta na Carta Magna, notadamente quando estão em jogo direitos fundamentais. Na medida em que compete ao Poder Judiciário a tarefa de garantir a

---

<sup>275</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* cit., p. 20.

<sup>276</sup> Idem, *ibidem*, p. 30.

<sup>277</sup> CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade* cit., p. 126.

autoridade e o respeito pelos valores consagrados na Constituição, incumbe-lhe naturalmente exercer o controle de constitucionalidade das normas penais<sup>278</sup>.

Pinho coloca que no segundo pós-guerra forjaram-se estruturas constitucionais complexas, que passaram a demandar uma intervenção bem mais efetiva do Poder Judiciário, desafiado, agora, a dar conta desse novo modelo de Estado, que tinha por função a tutela dos direitos fundamentais (individuais e sociais). Pouco a pouco, foi-se vendo acontecer então a Jurisdição Constitucional. No caso brasileiro, juízes que antes eram chamados a dirimir conflitos meramente individuais, viram-se ante um gigante: a Constituição Federal de 1988 e seu texto recheado de princípios. A mudança de postura do juiz passou a ser assim imprescindível. Juízes formados na tradição positivista e acostumados a decidir com base em regras de tudo ou nada teriam, agora, de trabalhar com princípios e participar de questões da mais alta relevância, que envolviam direitos e garantias fundamentais. Assim, duas opções se apresentaram: permanecer no esquema positivista (fingindo que nada mudou) ou assumir os desafios e riscos de enfrentar a Constituição e fazer valer seus preceitos<sup>279</sup>. Infelizmente, na área das decisões de controle de constitucionalidade da pena, os juízes brasileiros ainda seguem o primeiro caminho, enquanto a comunidade de princípios protesta pelo segundo.

Pedra recorda que o surgimento do Tribunal Constitucional alinhou-se com a preocupação no controle do legislador, destacando, ainda, que a necessidade de controlar as leis surge exatamente no momento em que se verifica a crise destas, concebidas para ser um produto íntegro, fruto da razão humana e da vontade soberana de um povo. Essa concepção ideal de lei encontrou seu declínio, especialmente no campo jurídico, a partir da constatação de que também o legislador (ainda que representante da vontade popular) poderia cometer graves equívocos, inclusive em detrimento de toda uma nação. É bem verdade que a jurisdição constitucional é uma instância de poder contramajoritário, no sentido de que sua função é mesmo a de anular determinados atos votados e aprovados, majoritariamente, por representantes eleitos. Entretanto, os princípios e direitos

---

<sup>278</sup> CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade* cit., p. 127.

<sup>279</sup> PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo* cit., p. 20.

fundamentais, constitucionalmente assegurados, são condições estruturantes e essenciais ao bom funcionamento do regime democrático; assim, quando a justiça constitucional anula leis ofensivas a tais princípios ou direitos, sua intervenção se dá a favor, e não contra a democracia<sup>280</sup>.

A Constituição deve ser entendida nos moldes do Estado Democrático de Direito, e isso implica afirmar sempre o conteúdo ético assumido pelo texto constitucional no plano desse paradigma.

Robaldo defende que cabe ao Legislativo, inicialmente, por ocasião da elaboração da norma penal incriminadora, fazer a sua adequação constitucional. É sua tarefa, quando da elaboração da norma, além de fazer a opção de tutela do bem jurídico conforme a Lei Maior, zelar pela observância do princípio da proporcionalidade. Num segundo momento, agora considerando o caso concreto, esse mesmo juízo valorativo cabe ao Judiciário. E, se necessário, este deve declarar a inconstitucionalidade total ou parcial do preceito normativo-penal infraconstitucional, sem que isso infrinja o princípio democrático da separação dos poderes<sup>281</sup>.

Em relação à norma penal incriminadora ou a qualquer outra norma que de alguma forma venha a arranhar ou ameaçar os direitos fundamentais, a exigência da adequação à Constituição se torna ainda mais imperiosa. O conteúdo da norma penal, a partir da perspectiva dos valores que o Estado, por meio da sua Constituição, procurou tutelar, deve atender a todos os princípios ou proposições de política criminal que lhe são compatíveis. A tarefa de adequação, inicialmente, é do Legislativo, que deve ser obedecida por ocasião da criação da norma jurídica. Isso não impede, contudo, o surgimento de normas inconstitucionais, como a prática tem revelado. O legislador, muitas vezes pressionado por pressões populares ou seduzido pela vaidade e pela demagogia, se propõe a apresentar projetos de lei inadequados, simbólicos, que acabam se transformando em leis eivadas de vícios

---

<sup>280</sup> PEDRA, Anderson Sant'Ana. *O controle da proporcionalidade dos atos legislativos* cit., p. 64-65.

<sup>281</sup> ROBALDO, José Carlos de Oliveira. *Controle difuso de constitucionalidade da norma penal* cit., p. 28.

de inconstitucionalidade<sup>282</sup>. O que era então tarefa do legislador, passa a ser do Judiciário, cabendo a este o papel da compatibilização valorativo-constitucional da norma inferior. Não obstante aprovada pela casa das leis e sancionada pelo Executivo, deve-se declarar a inconstitucionalidade da regra penal que ofender valores explícitos ou implícitos na Lei Fundamental, como o princípio da proporcionalidade<sup>283</sup>.

A eleição dos valores constitucionais foi definida pela sociedade, por meio dos seus constituintes originários. Logo, não há que se falar em sobreposição do Legislativo pelo Judiciário<sup>284</sup>, pois este está simplesmente interpretando e aplicando o que foi deliberado pelo constituinte originário, isto é, cumprindo o seu papel de guardião da Lei Maior. O Judiciário simplesmente submete os legisladores atuais a decisões prévias feitas pelo povo.

Dworkin também defende o controle de constitucionalidade a partir da realidade norte-americana. A questão é: o Poder Judiciário, por meio de juízes não eleitos, ao impugnar uma lei votada pelo Poder Legislativo (reconhecendo-se que este goza de legitimidade democrática e, por meio de uma decisão majoritária,

---

<sup>282</sup> ROBALDO, José Carlos de Oliveira. *Controle difuso de constitucionalidade da norma penal cit.*, p. 83-84.

<sup>283</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 84.

<sup>284</sup> Interessante notar que Hamilton, Madison e Jay, em *O Federalista*, já enunciavam que algumas dúvidas vinham sendo suscitadas sobre o direito atribuído aos tribunais de justiça de declararem nulos, como contrários à Constituição, atos do corpo legislativo, porque se pensava que de semelhante doutrina resultaria a superioridade do Poder Judiciário sobre a legislatura, visto que uma autoridade não pode declarar nulos os atos de outra sem que lhe seja necessariamente superior. Entretanto, afirmavam que todo ato do corpo legislativo, contrário à Constituição, não pode ter validade. Negar isso seria o mesmo que dizer que o delegado é superior ao constituinte, o criado ao amo, os representantes do povo ao povo que representam; ou que aqueles que obram em virtude de poderes delegados tanta autoridade têm para o que esses poderes autorizam, como para o que eles proíbem. Não é possível que a Constituição tenha querido dar aos representantes do povo o direito de substituir a sua própria vontade à dos seus constituintes. Muito mais razoável é a suposição de que a Constituição quis colocar os tribunais judiciários entre o povo e a legislatura, principalmente para conter esta última nos limites das suas atribuições. A Constituição é e deve ser considerada pelos juízes como lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo. A Constituição deve ser preterida a um simples estatuto; ou a intenção do povo à dos seus agentes. Mas não se segue que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo; segue-se, sim, que o poder do povo é superior a ambos e que, quando a vontade do corpo legislativo, declarada nos seus estatutos, está em oposição com a do povo, declarada na Constituição, é a esta última que os juízes devem obedecer: por outras palavras, que as suas decisões devem conformar-se antes com as leis fundamentais do que com aquelas que não o são (HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O Federalista*. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 459-460).

garante o autogoverno popular), estaria atentando contra a democracia? Ao responder a essa pergunta, estar-se-á respondendo se o Judiciário tem o poder (dever) de proceder ao devido controle de constitucionalidade da pena, ou se esse controle atenta contra a democracia.

É conferido aos juízes, na ótica de Dworkin, o papel de aperfeiçoar o regime democrático, por meio de decisões devidamente fundamentadas e pautadas em princípios morais.

Como visto anteriormente, para Dworkin, a decisão judicial é resultante da melhor interpretação construtiva possível à luz da história, da tradição, dos precedentes e da moralidade política.

É a partir do comprometimento do juiz diante das questões submetidas à sua apreciação que Dworkin concebe sua teoria constitucional, na qual o Poder Judiciário, representado por juízes tipo “Hércules”, é capaz de desenvolver uma teoria política completa apta a justificar a Constituição e, ao mesmo tempo, fundamentá-la por meio de um conjunto complexo de princípios que justifiquem o que há de melhor na comunidade.

Dworkin, portanto, defende a revisão judicial. Demonstra que alguns teóricos entendem que tal decisão será legítima se for apolítica, mas Dworkin afirma a impossibilidade de se tomar decisões apolíticas. Toda decisão é política, no sentido de moralidade política e não de questões de política. Decisões políticas são as decisões substantivas, pautadas em princípios de moralidade política, e decisões sobre política são as que envolvem os direitos sociais, mecanismos utilizados pelo governo para assegurar o interesse geral<sup>285</sup>. Dworkin faz uma diferença entre decisões pautadas na política e decisões pautadas em princípios. Política é aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Já princípio é um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política

---

<sup>285</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio* cit., p. 41-103.

ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. E, em *Levando os Direitos a sério*, traz Dworkin o seguinte exemplo: o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio<sup>286</sup>.

As decisões dos juízes são sempre políticas, por serem decisões de princípios, mas jamais sobre políticas públicas. Em linhas gerais, princípios descrevem direitos, e políticas descrevem metas<sup>287</sup>. Como o jusfilósofo bem esclarece no decorrer de *O fórum do princípio*, existem duas ideias que são nocivas ao direito, e que têm como ponto comum o fato de justificarem as decisões constitucionais como decisões apolíticas. A primeira, da intenção constitucional (muitas vezes chamada de intenção “original” ou intenção dos “fundadores”), supõe que os juízes podem descobrir como os constituintes pretendiam que fossem compreendidos os dispositivos imprecisos da Constituição. Caso os juízes sigam essa intenção original, não estarão eles mesmos fazendo escolhas substantivas, mas apenas impondo escolhas feitas há muito tempo por outros, escolhas a que o povo conferiu autoridade ao ratificar e aceitar a Constituição. A segunda baseia-se numa distinção entre matérias de substância e matérias de processo. Entende que os juízes assumem a obrigação não de rever a equidade ou justiça de decisões substantivas tomadas pelos que aprovaram as leis sob revisão, mas apenas de verificar a equidade do processo pelo qual essas leis foram elaboradas. Dworkin afirma que ambas as proposições que tentam fugir de decisões substantivas são fadadas ao fracasso. Os juízes não podem decidir qual foi a intenção dos constituintes, ou qual processo político é realmente justo ou democrático, a menos que tomem decisões políticas substantivas. O autor ressalta que a legitimidade da revisão judicial está exatamente em aceitar que o Supremo Tribunal toma decisões políticas importantes, e tais decisões devem ser de princípio, ou seja, sobre quais direitos as pessoas têm sob o sistema constitucional. Ademais, o Supremo toma

---

<sup>286</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* cit., p. 36.

<sup>287</sup> Guest, ao analisar a obra de Dworkin, afirma que um princípio é um padrão que deve ser observado, não porque ele promoverá ou assegurará uma situação econômica, política ou social julgada desejável, mas porque é uma exigência da justiça, da imparcialidade ou de alguma outra dimensão da moralidade (GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin* cit., p. 65).

essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais<sup>288</sup>.

Deve-se renunciar à ideia de que a revisão judicial está errada porque compromete inevitavelmente a democracia. A revisão judicial assegura que as decisões mais fundamentais de moralidade política serão finalmente expostas e debatidas como questões de princípio e não apenas de poder político, o que não ocorreria no âmbito da legislatura<sup>289</sup>. Tem-se uma instituição que leva algumas questões do campo de batalha da política de poder (ou seja, questões que, em regra, seriam decididas pela vontade da maioria, mesmo que essa vontade não seja legítima) para o fórum do princípio. Ela oferece a promessa de que os conflitos mais profundos entre o indivíduo e a sociedade irão tornar-se finalmente questões de justiça<sup>290</sup>.

Assim, Dworkin mostra que o controle de constitucionalidade da pena, desde que feito por meio de decisões políticas que respeitem a ideia de integridade do direito, ou seja, desde que feito mediante decisões que representem a melhor interpretação possível dos princípios de moralidade de uma comunidade, será

---

<sup>288</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio* cit., p. 41-103.

<sup>289</sup> Essa ideia é reforçada em *A justiça de toga*, quando Dworkin comenta a teoria de Rawls. Coloca o jusfilósofo norte-americano que a instituição do controle judicial de constitucionalidade, sob a qual os juízes nomeados têm o poder de declarar nulas as leis aprovadas pelo Poder Legislativo e outras instituições representativas em razão de elas violarem as garantias dos direitos individuais, é frequentemente citada como antidemocrática, porque permite que alguns juristas não eleitos e praticamente indestituíveis ignorem os vereditos criteriosos e amadurecidos dos representantes eleitos. Entretanto, acrescenta, não há nada na concepção de Rawls de justiça como equidade que sustente a chamada objeção “majoritária” ao controle de constitucionalidade em sua forma mais abrangente. Rawls, na verdade, faz uma distinção entre soberania parlamentar e popular, e afirma que o modelo norte-americano é compatível com a soberania popular. Esse modelo fomenta as capacidades morais básicas do povo, uma vez que o povo em geral não apenas endossou a Constituição como também apoiou e fiscalizou seus principais progressos. Para Rawls, o fato de a Suprema Corte agir como foro de princípio estimula e põe em foco a discussão política pública de questões morais cruciais. Acrescenta Dworkin que, caso a autoridade da Suprema Corte ou do sistema constitucional estivesse, de fato, em jogo, poder-se-ia entender a sabedoria de um conselho prudente, de um argumento de cautela (que pode ser entendido aqui como manter a lei, não contrariar o Legislativo): é melhor ignorar os direitos de alguns do que sacrificar o sistema que protege os direitos de todos. Mas, acrescenta com sabedoria Dworkin, na maioria dos casos de controle de constitucionalidade, sem dúvida, não é essa a situação. E ainda diz mais: “a autoridade da Corte sobreviveu ao caso *Brown vs. Board of Education* e aos casos de miscigenação; sobreviveu também a *Roe vs. Wade* e às decisões relativas à prece nas escolas. Poderia ter sobrevivido a uma decisão favorável a um direito limitado ao suicídio assistido. Na verdade, sinto-me tentado a dizer que, tendo sobrevivido à vergonha do caso *Bush vs. Gore*, ela pode sobreviver a praticamente tudo” (DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga* cit., p. 360-367).

<sup>290</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio* cit., p. 101-103.

legítimo, e respeitará, além de consagrar e efetivar, a democracia, pois levará ao fórum dos princípios decisões que podem ter sido tomadas por um legislativo comprometido com a vontade da maioria, ou, no caso brasileiro, por um legislativo que muitas vezes toma decisões por conveniência.

Em vários momentos de *A justiça de toga*, Dworkin também enaltece a importância do Judiciário em ajustar alguns atos do Poder Legislativo. Ao questionar como deveria ser resolvido o caso da Sra. Sorenson<sup>291</sup>, Dworkin coloca que qualquer justificação geral da prática jurídica deve dar um lugar de destaque aos princípios de legislar a instituições específicas, bem como a outros princípios que limitam esses poderes de diferentes maneiras formais e informais. Esse papel da moral se evidencia particularmente em países como os Estados Unidos (e, cada vez mais, em outras democracias maduras), onde o Poder Legislativo é criado em Constituições que também restringem esse poder. Em casos muito raros os juízes podem ter o dever moral de ignorar a lei quando esta for muito injusta ou, talvez, quando for muito insensata, e de usar seu poder político para impedir a injustiça ou uma grande ineficiência. A questão é saber o que autoridades políticas, das quais geralmente se espera que apliquem o direito, devem na verdade fazer em casos específicos. Trata-se, sem dúvida, de uma questão política e, conseqüentemente, também de uma questão moral. Não de uma questão sobre o modo como a moral figura na identificação do direito, mas sim de uma questão sobre quando a moral

---

<sup>291</sup> Durante muitos anos a Sra. Sorenson tomou medicamentos cujo nome genérico é *Inventum*, mas que foi fabricado com diferentes nomes comerciais por diversos laboratórios. *Inventum* apresentou uma série de efeitos colaterais que seus fabricantes não descobriram por negligência, e a Sra. Sorenson teve graves problemas cardíacos. Mas ela não tem como provar qual laboratório fabricou os comprimidos que tomava: sem dúvida, tomou comprimidos produzidos por um ou mais dos diversos laboratórios que fabricavam o *Inventum*, mas também é certo que não tomou comprimidos fabricados por alguns deles. Os advogados da Sra. Sorenson, buscando uma indenização, processaram todos os laboratórios farmacêuticos que fabricaram o *Inventum* durante o período em que ela ingeriu o medicamento; eles afirmaram que, dada a impossibilidade de determinar quantos dos comprimidos que ela tomou foram fabricados por este ou aquele laboratório, a lei deveria ser interpretada como se cada um fosse responsável por uma parte do dano, proporcionalmente à sua participação de mercado nas vendas do *Inventum* durante os anos em questão. Os advogados dos laboratórios responderam que, ao contrário, o direito assegura que nenhuma das companhias era responsável por absolutamente nenhum dano, a menos que a Sra. Sorenson conseguisse provar a responsabilidade individual de cada uma delas pelos problemas que teve (DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga* cit., p. 13).



exige que os juízes atuem de modo independente da lei, ou mesmo que a contrariem<sup>292</sup>.

As Constituições de muitos países restringem os poderes de membros do Legislativo e do Executivo numa linguagem abstrata que ou é explicitamente moral – nenhuma pena pode ser “cruel e incomum” – ou aberta à interpretação moral – o Estado não pode negar o “devido” processo legal. Essas restrições legais ao poder público devem ser interpretadas como restrições morais, e que juristas e juízes exortados a analisar atos legislativos e executivos em contraste com esses padrões devem, portanto, proceder a um exame de questões morais<sup>293</sup>. Tais juízes não devem responder a essas questões a partir do zero, ignorando as respostas que outros já lhes deram no passado. Qualquer estratégia de argumentação constitucional com pretensões à integridade constitucional total deve buscar respostas que combinem bem com práticas e tradições – que se apoiem firmemente no texto da Constituição – para que essas respostas possam, de maneira aceitável, ser consideradas como descrições de um verdadeiro compromisso com a nação<sup>294</sup>.

Juristas e juízes<sup>295</sup> que se defrontam com um problema constitucional contemporâneo devem tentar formular uma interpretação baseada em princípios, coerente com a estrutura da Constituição como um todo e com a história sob a égide desta Constituição<sup>296</sup>, uma interpretação que, ao mesmo tempo, unifique essas fontes distintas, na medida do possível, e ofereça diretrizes à decisão judicial futura. A fidelidade ao texto da Constituição não esgota a interpretação constitucional e, em certas ocasiões, a integridade constitucional em sua plenitude pode exigir um resultado que não se poderia justificar por meio da melhor interpretação do texto

---

<sup>292</sup> DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga* cit., p. 25-29.

<sup>293</sup> Idem, *ibidem*, p. 41-42.

<sup>294</sup> Idem, p. 174-175.

<sup>295</sup> “Nossa grande experiência como nação, nossa mais fundamental contribuição à moralidade política, é uma grande ideia que forma uma tríade com as seguintes proposições. Primeiro, a democracia não consiste em uma simples regra da maioria, mas em uma coparticipação no autogoverno. Segundo, essa parceria é estruturada e viabilizada por uma Constituição moral que garante a todos os indivíduos os requisitos necessários à sua plenitude enquanto membros de suas comunidades. Terceiro, estamos comprometidos, por meio de nossa história, com a estratégia institucional de pedir aos juízes – homens e mulheres com formação jurídica – que façam cumprir essas garantias de igual cidadania” (idem, p. 198).

<sup>296</sup> “O argumento sobre como interpretar as cláusulas constitucionais não perde profundidade em nenhuma regra baseada em fontes; ele é um argumento de moralidade política do princípio ao fim” (idem, p. 334).

constitucional, compreendido este como algo apartado da história de sua vigência, e que talvez chegasse, inclusive, a contradizer tal interpretação<sup>297</sup>.

A tese de que o direito de uma comunidade consiste apenas nas determinações explícitas dos órgãos legislativos parece natural e conveniente quando os códigos legislativos explícitos podem pretender suprir toda a legislação de que uma comunidade necessita. Contudo, quando a transformação tecnológica e as inovações comerciais superam o provimento do direito positivo – como ocorreu intensamente nos anos que se seguiram à Segunda Guerra Mundial –, os juízes devem voltar-se para princípios mais gerais de estratégia e justiça, de modo a adaptar e a fazer o direito evoluir em resposta às novas necessidades. Portanto, parece artificial e despropositado negar que esses princípios também participam da definição do que é o direito. Além disso, depois da guerra, difundiu-se muito a ideia de que os direitos morais que as pessoas têm contra as instituições legislativas possuem força de lei, de modo que, se o poder legislativo condenar uma categoria de cidadãos a uma posição de segunda classe, seu ato será não apenas errado, como também nulo. Repetindo, parece cada vez mais sem sentido declarar que essas restrições morais ao Estado não são, em si, parte do direito da comunidade<sup>298</sup>.

Ou seja, é necessário consagrar o controle de constitucionalidade na sociedade brasileira, mas, ao se aumentar o âmbito de atuação judicial, precisa-se encontrar limites a essa decisão, limites que a afastem da arbitrariedade e que, assim, a legitimem. E esses limites são exatamente os traçados por Dworkin: a decisão tem que ser fruto de um árduo trabalho interpretativo, de forma a representar a melhor interpretação possível dos princípios de moralidade política daquela sociedade. Se a decisão respeitar a integridade, então ela será legítima, mesmo que afaste uma pena cominada pelo legislador.

Streck coloca que, nessa quadra da história, o direito assume um caráter interpretativo, tendo como consequência um efetivo crescimento no grau de deslocamento do polo de tensão entre os poderes do Estado em direção à jurisdição

---

<sup>297</sup> DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga cit*, p. 168.

<sup>298</sup> Idem, *ibidem*, p. 299-300.

constitucional, pela impossibilidade de o Legislativo poder antever todas as hipóteses de aplicação. Na medida em que aumentam as demandas por direitos fundamentais e na medida em que o constitucionalismo, a partir de preceitos e princípios, invade cada vez mais o espaço reservado à regulamentação legislativa (liberdade de conformação do legislador), cresce a necessidade de se colocar limites ao poder dos juízes. Na medida em que decresce a liberdade de conformação do legislador em detrimento do crescimento do espaço destinado à justiça constitucional, torna-se necessário construir as condições para um controle democrático da aplicação judicial da lei. Textos constitucionais compromissórios, com amplo catálogo de direitos fundamentais individuais e coletivos, inexoravelmente geram um aumento de demandas. De um direito meramente legitimador das relações de poder, passa-se a um direito com potencialidade de transformar a sociedade<sup>299</sup>. Streck desenvolve sua tese demonstrando que os limites para a decisão judicial estão na hermenêutica e no direito como integridade de Dworkin.

Assim, caso o juiz perceba que a pena cominada legalmente apresenta-se desproporcional para julgar o caso concreto, este deverá proceder ao devido controle de constitucionalidade, declarando a não recepção ou a inconstitucionalidade parcial do dispositivo, para afastar tão somente o preceito secundário sancionador, caso a mácula, como já foi explicado anteriormente, esteja apenas no *quantum* da pena, e não na incriminação em si da conduta.

### 3.2.1 A declaração parcial de inconstitucionalidade

A inconstitucionalidade pode atingir todo o ato normativo ou apenas parte dele, eis que a aferição de validade da norma é feita dispositivo por dispositivo, matéria por matéria, parte por parte, e não em bloco.

Além de a inconstitucionalidade parcial poder recair apenas sobre um dispositivo de determinada lei, ela poderá também recair apenas sobre fração de um artigo, parágrafo, inciso ou alínea, até mesmo sobre uma única palavra de um

---

<sup>299</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* cit., p. 2.

desses dispositivos. Como preleciona Mendes, no Brasil admite-se plenamente a teoria da divisibilidade da lei, de modo que o Tribunal somente deve proferir a inconstitucionalidade daquelas normas viciadas, não devendo estender o juízo de censura às outras partes da lei<sup>300</sup>.

O grande problema é que os constitucionalistas que defendem a inconstitucionalidade parcial de um dispositivo afirmam que ela só poderá ser feita desde que não haja uma interdependência tal entre as partes que impeça a vigência do texto não declarado inconstitucional, bem como que o texto poupado ainda represente a vontade original do legislador<sup>301</sup>. Para Veloso, a declaração de inconstitucionalidade incidirá, exclusivamente, sobre o que estiver colidindo com o Estatuto Fundamental, não havendo, em princípio, contaminação do restante. Porém, a inconstitucionalidade tem de ser estendida aos demais preceitos se ficar demonstrado que eles dependem da regra invalidada, havendo conexão, correlação íntima entre eles, de tal maneira que os outros preceitos perderiam a razão e o sentido diante da exclusão da regra inconstitucional. Só pode haver a declaração de inconstitucionalidade parcial quando houver possibilidade lógica e jurídica de separação. Mas não basta considerar que a lei seja divisível, que o texto legal possa ser objeto de partição, apresentando uma parte válida e outra inválida. É necessário verificar se o resíduo validado se conforma com o objetivo perseguido pelo legislador, se corresponde à sua vontade<sup>302</sup>.

Entretanto, entende-se que tais argumentos não devem impossibilitar o controle de constitucionalidade da pena que ora se propõe, eis que, primeiro, é possível separar o preceito primário incriminador do preceito secundário

---

<sup>300</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1.362.

<sup>301</sup> Nesse sentido: MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 313; DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *O controle estadual de constitucionalidade de leis e atos normativos*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 117; VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999*. 3. ed. rev., atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 163-164; PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 68; MAIA, Juliana (org.). *Aulas de direito constitucional de Vicente Paulo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 494; CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 15. ed. rev., atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 375-376.

<sup>302</sup> VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade cit.*, p. 163.

sancionador, desde que se encontre outra pena para figurar como parâmetro daquela incriminação, e, segundo, por tudo o que já fora exposto sobre a tese dworkiana, a vontade do legislador não deve ser fundamento do controle de constitucionalidade.

É bem verdade que o preceito primário, que traz a incriminação da conduta, possui íntima correlação com o preceito secundário, que traz a pena em abstrato, não subsistindo o primeiro sem o segundo. Todavia, o que se propõe não é a subsistência deste independente do outro, mas sim a eleição de uma nova pena, que se apresente proporcional ao caso concreto. Nota-se que os dispositivos em questão, preceito primário e secundário, possuem certa independência. O afastamento de um não invalida o outro por completo, desde que a declaração de inconstitucionalidade se proponha a eleger nova pena em abstrato. A conexão entre eles se dá apenas na necessidade de uma conduta criminosa possuir uma pena, e nada mais! No caso, a conduta irá possuir uma nova pena, agora proporcional e justa para ser aplicada.

Para Mendes, é necessário verificar o grau de dependência entre os dispositivos, isto é, examinar se as disposições estão em uma relação de vinculação que impediria a sua divisibilidade<sup>303</sup>. Entende-se que o grau de dependência entre os preceitos primário e secundário não é absoluto, sendo que a sua vinculação não impede a divisibilidade, desde que se eleja uma nova pena em abstrato para a incriminação.

Ou seja, a questão da indivisibilidade do dispositivo não se aplica no controle defendido nesta pesquisa, porque a incriminação da conduta pode ser dissociada da pena, já que se apresentará nova pena àquela incriminação. Em quantos momentos o legislador mudou apenas o *quantum* da pena de um dispositivo? Já até mesmo fez com que um crime deixasse de ser punido com pena privativa de liberdade. O que não significa que a conduta deixou de ser criminosa, continua sendo, apenas o valor ou a espécie de pena é alterado. Isso mostra que a dependência existente entre a conduta e a pena é relativa, não impedindo o controle

---

<sup>303</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional* cit., p. 313.

parcial de constitucionalidade, não impedindo que o jurista afaste apenas o preceito secundário sancionador, desde que eleja outro, proporcional ao caso.

No que tange à necessidade de verificar se esse controle parcial respeita a vontade do legislador, já ficou demonstrado que este não é um argumento confiável para direcionar o controle de constitucionalidade<sup>304</sup>. Dworkin defende que nunca se encontrará a vontade do legislador, porque é o intérprete quem dita essa vontade<sup>305</sup>. Em *Uma questão de princípio*, Dworkin deixa claro não ser possível encontrar a intenção original sem se tomar decisões substantivas<sup>306</sup>. As decisões serão sempre interpretativas, e devem interpretar qual é a melhor resposta para o caso, considerando o ideal da integridade, a tradição, os princípios de moralidade política, o que é melhor para o futuro da comunidade, e não apenas interpretando qual seria a vontade do legislador.

Algumas teorias sustentam que a melhor interpretação da prática jurídica como um todo exige que as decisões legislativas somente sejam anuladas pelo Tribunal quando fosse a intenção dos constituintes que assim ocorresse. Mas Dworkin questiona: o que significa a intenção dos constituintes?

Coloca o jusfilósofo que existem duas escolas rivais de intenção constitucional. Uma afirma que, apesar das dificuldades, deve-se fazer o máximo esforço, com os recursos da história e da análise, para descobrir qual foi a intenção coletiva dos constituintes em questões de interpretação controvertidas. Acreditam que o estudo histórico persistente revelará intenções originais importantes e relevantes. Somente identificando a intenção constitucional original é que os juízes podem evitar tomar decisões substantivas que ameaçam a democracia. A outra argumenta que qualquer esforço para descobrir a intenção coletiva original dos constituintes irá se revelar infrutífero. Terminará na descoberta de que não existem, ou existem muito poucas, intenções coletivas relevantes, ou, talvez, apenas

---

<sup>304</sup> Até mesmo Mendes, que defende a necessidade de se buscar a vontade do legislador, reconhece que essa vontade não pode ser encontrada: “Essa vontade do legislador não se deixa constatar facilmente, uma vez que é difícil provar que norma ele viria a editar se estivesse consciente da inconstitucionalidade da parte agora questionada” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional* cit., p. 232).

<sup>305</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 430-453.

<sup>306</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio* cit., p. 43-49.

intenções coletivas que são mais indeterminadas que decisivas, em um sentido ou outro, ou então, talvez, intenções tão contrárias à presente concepção de justiça que, no fim, devem ser rejeitadas como guia para a presente Constituição<sup>307</sup>.

É importante notar que ambas as escolas consideram que a intenção dos constituintes, se existe, é um fato psicológico complexo, trancado na história, à espera de ser extraído de panfletos, cartas e antigos anais. Entretanto, Dworkin afirma que esse é um erro comum e sério, porque não há nada semelhante a uma intenção dos constituintes esperando para ser descoberta. Existe apenas alguma coisa esperando para ser criada<sup>308</sup>.

Não há nenhum fato persistente da matéria – nenhuma intenção “real” estabelecida na história, independentemente das opiniões sobre a prática jurídica ou constitucional. A ideia de uma compreensão constitucional original, portanto, não pode ser o início nem o fundamento de uma teoria da revisão judicial. E, acrescenta Dworkin, caso se tentasse alcançar uma intenção original, se alcançaria apenas uma moralidade política substantiva<sup>309</sup>.

Assim como não é possível alcançar a intenção individual, também não o é, e seria ainda bem mais difícil, alcançar uma intenção de grupo, exigida pelas teorias originalistas (que defendem a necessidade de se buscar a intenção original, e aqui se enquadra a vontade do legislador). Estas não fornecem nenhuma resposta para a pergunta quanto a quais aspectos dos estados mentais individuais são relevantes para uma intenção de grupo, ou para a questão adicional de como esses estados mentais relevantes devem ser combinados para constituir uma intenção de grupo<sup>310</sup>.

No que tange a essa intenção original, Dworkin diferencia a concepção psicológica pura da concepção mista. Uma concepção psicológica pura sustenta que uma intenção constitucional é constituída apenas por processos ou disposições mentais selecionadas ou outros estados psicológicos de indivíduos identificados, como congressistas ou delegados de uma convenção constitucional. Uma

---

<sup>307</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio* cit., p. 50.

<sup>308</sup> Idem, *ibidem*, p. 51.

<sup>309</sup> Idem, p. 52.

<sup>310</sup> Idem, p. 54.

concepção mista, por outro lado, considera a intenção constitucional constituída parcialmente por algumas características mais “objetivas” – por exemplo, a leitura “natural” do documento, ou o conjunto de valores ou propósitos que o esquema do documento, tomado como um todo, supõe ou promove<sup>311</sup>.

Alguém que tentasse formular uma concepção psicológica teria algumas dificuldades insuperáveis, o que também ocorreria, obviamente, com quem pretendesse formular uma concepção mista. Dworkin aponta algumas dessas dificuldades, como o fato de identificar os indivíduos cujos estados psicológicos devem ser considerados; que processos mentais ou outros estados psicológicos estão em jogo, afinal se está interessado nas expectativas de um legislador sobre o que um projeto de lei particular fará ao Direito, ou em suas posturas a respeito dessas expectativas? Devem-se procurar na intenção do legislador as suas expectativas sobre como o texto provavelmente será interpretado? Ou devem-se examinar suas esperanças, que podem ser diferentes?<sup>312</sup>

Outra dificuldade que pode surgir é saber, diante de uma questão que não esteja expressa no texto constitucional, se os constituintes a cogitaram ou não. E caso a tenham cogitado, se pretenderam proibi-la (negação) ou simplesmente não pretenderam nada, deixando a questão para ser resolvida no futuro (delegação)<sup>313</sup>.

Ainda: o que deve ser entendido por combinação de intenções individuais? Será que se deve adotar o que se poderia chamar de uma abordagem de “intenção majoritária”, que insiste que a intenção constitucional deve ser um conjunto de intenções efetivamente sustentadas por cada membro de uma subclasse particular definida como a maioria da população pertinente? Ou será que se deve adotar alguma abordagem de “intenção representativa”, segundo a qual a intenção constitucional é um tipo de intenção composta não muito diferente da intenção de qualquer legislador, mas idêntica à intenção de absolutamente ninguém? No primeiro caso, pode-se esperar com frequência não encontrar absolutamente nenhuma intenção coletiva a respeito de questões importantes, pois mesmo pessoas

---

<sup>311</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio* cit., p. 56-57.

<sup>312</sup> Idem, *ibidem*, p. 57-60.

<sup>313</sup> Idem, p. 60-63.



cujos estados psicológicos contemplam a mesma direção em alguma questão podem divergir o suficiente para que nenhuma opinião concreta obtenha o número de consentimentos necessário. A segunda exige ainda mais julgamento, abrindo maior espaço para a discordância<sup>314</sup>.

Percebe-se, portanto, não ser possível encontrar, por meio de critérios devidamente comprometidos com a democracia, a intenção original, estando a necessidade de se buscar a vontade do legislador totalmente fadada ao fracasso. Ao fazer o controle de constitucionalidade, o juiz deve apresentar decisões íntegras, que respeitem a tradição desde que apliquem os princípios de moralidade que regem uma sociedade, deve buscar apreender o melhor do texto, de forma a apresentar uma solução justa e boa para o futuro da comunidade.

Por tudo o que vem sendo apresentado nesta tese, percebe-se que a integridade é um argumento muito mais confiável que a intenção original, e o controle de constitucionalidade que afasta apenas o preceito secundário sancionador desproporcional respeita a integridade, porque permite que o juiz afaste apenas o que está em contradição com os princípios de moralidade política, sendo a sua decisão adequada em relação ao ordenamento jurídico e à história legislativa e, ao mesmo tempo, justificada pelas necessidades atuais, pelos princípios que regem a moral da comunidade e pelo que é melhor para o futuro.

A integridade exige que se respeite a lei, afastando dela apenas o que está em desconformidade com os princípios<sup>315</sup>. Se a mácula estiver apenas na pena, e não na incriminação, então somente a pena deve ser afastada.

Ademais, a necessidade de, ao eleger a nova pena, o fazer pautado em uma decisão fundamentada em princípios, construída argumentativamente e respeitando os ideais de justiça, equidade e integridade, afastará da decisão qualquer discricionariedade e consagrará a democracia, pois permitirá que as decisões sejam tomadas considerando o que o direito é, e não o que quis o legislador.

---

<sup>314</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio* cit., p. 63-64.

<sup>315</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 277.

Streck coloca que não há qualquer óbice constitucional a que juízes e tribunais apliquem a interpretação conforme, a nulidade parcial sem redução de texto e o apelo ao legislador. Entender o contrário seria admitir que juízes e tribunais estivessem obrigados a declarar inconstitucionais dispositivos que pudessem ser, no mínimo em parte, salvaguardados no sistema, mediante a aplicação das citadas técnicas de controle. Questiona, então, por que um Juiz de Direito que, desde a Constituição de 1891, sempre esteve autorizado a deixar de aplicar uma lei na íntegra por entendê-la inconstitucional, não pode, também hoje, em pleno Estado Democrático de Direito, aplicá-la tão somente em parte<sup>316</sup>. E Canotilho, ao afirmar a possibilidade de ser declarada a nulidade parcial de uma lei ou dispositivo, acrescenta que as exigências da vida obrigam a procura de soluções conciliadoras das dimensões de constitucionalidade com as necessidades da segurança jurídica<sup>317</sup>.

Sendo assim, caso a incriminação fira os pressupostos da proporcionalidade e da intervenção mínima, então dever-se-á declarar a não recepção ou inconstitucionalidade total do dispositivo, absolvendo o réu. Entretanto, caso a mácula esteja apenas no *quantum* estabelecido no preceito secundário sancionador, então dever-se-á declarar a não recepção ou a inconstitucionalidade parcial do dispositivo, para afastar apenas esse preceito secundário, passando-se, assim, a procurar, dentro do ordenamento jurídico penal pátrio, outra pena que, a partir do princípio instituidor da incriminação, apresente-se proporcional ao caso concreto.

### 3.2.2 *Uma resposta que se aplica apenas ao controle difuso*

Diante da solução encontrada para respaldar a decisão judicial na presente pesquisa, afirma-se que esta se aplica tão somente aos casos de controle difuso. Explica-se: defende-se que, caso o juiz, diante do controle de constitucionalidade da pena, afaste o preceito secundário sancionador, deverá buscar no ordenamento jurídico uma incriminação que tenha o mesmo princípio instituidor da incriminação do

---

<sup>316</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Decido conforme minha consciência?* cit., p. 95-96.

<sup>317</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 368.

caso sob julgamento. Essa é a forma de controlar a decisão, pela via da integridade e da argumentação, de forma que ela não seja discricionária, eis que esse juiz não poderá aplicar qualquer pena, encontrando esta de forma pragmática e por meio de argumentos falhos diante da Constituição. Por isso, afirma-se que a solução apresentada nesta pesquisa aplica-se apenas aos casos de controle difuso, por ser imprescindível a existência do caso concreto na busca do princípio instituidor.

Ou seja, a pesquisa trabalha com o controle difuso de constitucionalidade, eis que o princípio instituidor, chave para o controle da decisão judicial de eleição da nova pena, só emana do caso concreto. Não se está, portanto, a afirmar que o controle concentrado da pena vem sendo realizado no Brasil, pelo contrário, se as decisões em controle difuso são escassas, no controle concentrado simplesmente não existem. A opção por concentrar a pesquisa no controle difuso está exatamente nos parâmetros que se encontrou para afastar o ativismo judicial, os quais só se realizam diante do caso concreto. É possível (e necessário) que se proceda ao devido controle de constitucionalidade da pena pela via direta, entretanto, para isso, dever-se-ão encontrar parâmetros que legitimem a decisão judicial na eleição da nova pena, e, caso não se encontre, a única alternativa será declarar a inconstitucionalidade ou não recepção total do dispositivo, ordenando que o Legislativo faça a alteração. Entretanto, deixa-se claro que a pesquisa não tem como objetivo analisar o controle concentrado e apresentar uma resposta para esses casos. Buscou-se uma solução que pode e deve ser aplicada aos casos de controle pela via incidental, o que é possível diante do sistema de controle de constitucionalidade que se adota no Brasil<sup>318</sup>.

---

<sup>318</sup> Maués, em artigo intitulado *O controle de constitucionalidade das leis no Brasil como um sistema plural*, afirma que a tipologia “sistemas mistos” demonstra-se inadequada diante das novas especificidades dos sistemas de controle de constitucionalidade que apresentam características tanto do controle difuso quanto do concentrado. Assim, dentre as várias tipologias propostas pela doutrina, afirma que a mais adequada é a defendida por Pegoraro, que diferencia entre sistemas em que os órgãos de justiça constitucional operam em uma posição monopolista, chamados de sistemas unitários, e sistemas em que os órgãos de justiça constitucional operam em concorrência com outros sujeitos, chamados sistemas plurais. Após expor sobre a classificação de Pegoraro, Maués demonstra que o Brasil é um sistema plural. Coloca que algumas mudanças, como as técnicas do efeito vinculante e da súmula vinculante, deram ensejo a considerações de que o sistema brasileiro passou a ser caracterizado pelo predomínio do controle concentrado sobre o difuso. Entretanto, como a fiscalização da constitucionalidade permanece uma competência reconhecida a todos os juízes e tribunais do Brasil, afirma que o sistema continua sendo plural. Demonstra que a Constituição de 1988 não estabeleceu nenhum limite material ao exercício do controle difuso. Repercutindo a influência do modelo norte-americano, a ordem constitucional

Nota-se que o controle difuso é o modo democrático por excelência de salvaguardar a Constituição, a maneira de instrumentalizar os direitos fundamentais no caso concreto. Possibilita o afastamento, como questão prejudicial, do ato normativo inconstitucional. É exatamente por intermédio do controle difuso que as questões relacionadas à concretização dos direitos fundamentais podem ser, de pronto, atendidas, em cumprimento aos ditames da Constituição<sup>319</sup>.

O controle incidental é a via acessível ao cidadão comum para a tutela de seus direitos subjetivos constitucionais, o que evidencia o seu caráter democrático<sup>320</sup>. “O modelo norte-americano de controle de constitucionalidade, fundado na competência de qualquer juiz ou tribunal julgar a compatibilidade da lei com a Constituição no caso concreto, tende a oferecer uma proteção mais ampla aos direitos fundamentais”<sup>321</sup>. Sem desprezar ou, até mesmo, ignorar a importância do controle concentrado de constitucionalidade, o controle difuso deve ser cada vez mais difundido, criando-se alternativas para que este seja vivenciado na prática jurídica, eis que ele atende de perto aos direitos fundamentais, possibilitando que, no primeiro contato com os autos do processo, o juiz ou tribunal, vislumbrando vício de inconstitucionalidade entre as normas inferiores e superiores, reconheça e declare a incompatibilidade constitucional, pois todos os órgãos judiciários têm o

---

brasileira não excetua nenhum ato normativo da possibilidade de controle pelos juízes, do que também decorre a ausência de uma forma processual específica para o exercício desse controle. A Constituição em vigor, na verdade, ampliou as hipóteses de exercício do controle difuso por meio da consagração da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais. Ademais, após analisar cada um dos efeitos das várias decisões do STF tomadas na via direta e as consequências da edição de súmula vinculante sobre o controle difuso, conclui que o controle de constitucionalidade no Brasil continua sendo caracterizado como um sistema plural. Apesar da importância do efeito vinculante e das súmulas vinculantes no funcionamento do sistema, o exercício das competências de controle pelo STF e dos demais órgãos do Poder Judiciário demonstra que a concorrência no julgamento da compatibilidade das leis com a Constituição continua firmemente presente no ordenamento brasileiro, mesmo quando determinada lei é declarada constitucional, seja por meio de ADIn e ADC, seja pela edição de súmula vinculante. A presença no ordenamento de mecanismos da via direta não implica, necessariamente, restrições ao exercício do controle difuso, pois os dois sistemas podem conviver paralelamente (MAUÉS, Antonio Moreira. O controle de constitucionalidade das leis no Brasil como um sistema plural. *Pensar*, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 356-384, jul.-dez. 2010). Ou seja, o controle difuso não vem sendo afastado do sistema brasileiro, pelo contrário, foi ampliado pela CF/1988 e deve, cada vez mais, ser vivenciado na prática jurídica, por oferecer uma proteção mais ampla aos direitos fundamentais.

<sup>319</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* cit., p. 93.

<sup>320</sup> ROBALDO, José Carlos de Oliveira. *Controle difuso de constitucionalidade da norma penal* cit., p. 74.

<sup>321</sup> MAUÉS, Antonio Moreira. O controle de constitucionalidade das leis no Brasil como um sistema plural cit., p. 382.

dever de recusar a aplicação de leis incompatíveis com a Constituição. Por esse motivo, nada impede que se apresente uma solução ao controle de constitucionalidade da norma que se aplique apenas na via incidental.

## 4 (DES)CONSTRUINDO AS DECISÕES PENAIS

Esta tese propôs-se a resolver um problema em especial: caso o legislador desconsidere os parâmetros da proporcionalidade, cominando pena desproporcional, pode o juiz proceder a um controle de constitucionalidade, deixando de aplicar a pena em abstrato ao caso concreto? E, nesse contexto, que resposta dar ao caso concreto? Como julgar? Como limitar a eleição judicial da pena a ser aplicada ao caso sob julgamento, de forma a afastá-la da arbitrariedade?

Percebe-se que a grande questão está na solução que será empregada pelo juiz para resolver o caso em análise, diante da constatação de inconstitucionalidade da norma incriminadora por violação do princípio da proporcionalidade. Aqui, é preciso recordar, existe a possibilidade de se configurarem duas situações distintas: na primeira, o juiz constata que a incriminação não está justificada, sendo a pena inadequada e desnecessária. Não existe, no caso, uma ofensa que justifique a intervenção punitiva, ferindo a incriminação os preceitos da proporcionalidade e, conseqüentemente, da intervenção mínima. Nesse caso, o julgador deverá declarar a inconstitucionalidade total da norma, afastando a incriminação, e tendo como única saída a absolvição.

A segunda situação ocorre quando o juiz, diante de um exame de coerência interna do sistema de proteção penal<sup>322</sup>, entende que o *quantum* da pena cominada legalmente a determinado delito é desproporcional, apresentando-se de forma excessiva. Não se questiona a incriminação da conduta – esta é necessária e está em conformidade com os ditames constitucionais –, mas o *quantum* da pena em abstrato.

Pelo que foi construído até aqui, fica claro que é sobre esta última situação, da desproporcionalidade do *quantum* da pena, que a pesquisa se desenvolve. É importante, agora, recapitular alguns pontos-chave que foram trabalhados até o momento:

---

<sup>322</sup> A expressão é utilizada por Feldens (*A constituição penal cit.*, p. 119).

Na legislação penal brasileira encontram-se inúmeras disposições em que resta evidente o descomprometimento com qualquer critério científico no estabelecimento das infrações penais e das respectivas respostas sancionatórias. Não são raros os exemplos de normas penais em que há violação ao princípio da proporcionalidade, ora em virtude de uma incriminação desnecessária, ora em razão da desproporcionalidade entre o *quantum* da pena e a gravidade da lesão.

Não só é possível realizar o controle de constitucionalidade da pena, como é necessário. O princípio da proporcionalidade, por ser um valor constitucional, autoriza o juiz a declarar a inconstitucionalidade da pena, afastando-a no caso concreto. Inaceitável é aplicar ao caso uma pena reconhecidamente desproporcional, simplesmente porque o legislador assim a definiu. E o cidadão? E a proteção aos seus direitos fundamentais? Ou será que, porque o mesmo passou a ser réu em um processo criminal, deixou de ser cidadão de um Estado Democrático de Direito?

O sujeito condenado à pena criminal tem o direito de ter sua liberdade privada só até o limite do necessário para reprimir e retribuir a infração penal. Tem direito a uma pena justa.

O controle de constitucionalidade da pena não viola nenhum princípio democrático, como a separação dos poderes. É dever, sim, do Legislativo cominar a pena de cada crime, mas é dever do Judiciário realizar o devido controle de constitucionalidade da norma. Não existe nenhuma blindagem constitucional que impeça esse controle, pelo contrário, considerando que o Direito Penal deveria ser a exceção, aqui, mas do que em qualquer outro ramo do Direito, o controle de constitucionalidade deve ser exercido.

Se de um lado existe a legislação que inadequadamente deixa de considerar os pressupostos da proporcionalidade na cominação das penas, de outro há o Judiciário que reproduz essa crise paradigmática.

Existem critérios que possibilitam ao juiz declarar a inconstitucionalidade do preceito secundário sancionador e buscar uma pena proporcional ao caso concreto.

Esses critérios legitimam a atividade judicial ao limitá-la e, por isso, precisam ser declarados, pois a Constituição é uma realidade que deve ser efetivada.

A proporcionalidade é o primeiro critério que autoriza o controle de constitucionalidade. Ou seja, diante da constatação da desproporcionalidade do *quantum* da pena, é dever judicial afastá-la.

Sendo assim, a decisão judicial deverá declarar a inconstitucionalidade parcial do dispositivo, para afastar tão somente o preceito secundário sancionador. Posteriormente, realizará uma pesquisa, desenvolvendo uma verdadeira atividade argumentativa, de forma a eleger, entre as penas do ordenamento jurídico penal, a que será aplicada ao caso sob análise. Note-se que o caso concreto, com as suas características e peculiaridades, será indispensável para que se possa encontrar a pena substitutiva. A resposta certa irá aparecer diante do caso concreto, por isso, o único controle de constitucionalidade cabível aqui é o difuso. É possível a existência de situações que se resolvem por meio de um único tipo de controle de constitucionalidade, e o controle difuso pode e deve ser priorizado no Brasil.

Pois bem. O segundo critério a legitimar a decisão será exatamente a argumentação, seja para declarar a desproporcionalidade e inconstitucionalidade da pena legalmente cominada, seja para eleger a nova pena a ser aplicada ao caso. Como dito anteriormente, a questão é argumentar. Se a decisão estiver fundamentada em princípios, se for fruto de um verdadeiro exercício interpretativo, então ela será a resposta certa.

O juiz precisará justificar cada um dos seus passos. Argumentar, adequar a sua decisão à Constituição. Fundamentar suas “escolhas”. A eleição da pena substitutiva precisa estar amparada em argumentos coerentes, constitucionais, democráticos, em argumentos de princípio. A teoria do direito como integridade de Dworkin é esclarecedora para a compreensão da importância e de como se realizar essa argumentação.

Ora, no momento em que o juiz declarar a inconstitucionalidade do preceito secundário sancionador, surgirá, momentaneamente, um espaço vazio, que



precisará ser preenchido. Terá que se encontrar uma nova pena para ser aplicada ao caso concreto.

Considerando o princípio instituidor do Direito Penal no Estado brasileiro (a intervenção mínima), afirma-se que a pena substitutiva a ser aplicada ao caso concreto deve ser inferior à primeira. O controle de constitucionalidade aqui defendido deve servir para afastar uma pena excessiva, e aplicar ao caso uma pena que seja mais compatível com a situação fática. Não será possível, em hipótese alguma, afastar uma pena que se entenda desproporcional para aplicar ao caso pena superior: esta leitura é totalmente proibida pela compreensão constitucional do Direito Penal de intervenção mínima.

Importante observar que, ao eleger determinada pena, o juiz não estará afirmando a sua proporcionalidade para todo e qualquer caso. Pode ser que esta, em algum momento, também se apresente de forma desproporcional. O que se defende é que essa nova pena é mais condizente ao caso sob julgamento do que a anterior, prevista legalmente para aquela incriminação. Estará apenas a afirmar que essa é a pena que melhor se adéqua à situação fática que tem sob análise. Que essa é a resposta certa para o caso que tem em mãos.

Dito isso, a questão que se apresenta agora é a seguinte: com base em que o juiz irá eleger a pena substitutiva a ser aplicada ao caso concreto? Usando quais parâmetros? Que fundamentação? Com base no princípio instituidor da incriminação do caso concreto e da penalização das demais condutas tipificadas na legislação penal. Esse é o terceiro critério a legitimar a decisão judicial.

Por trás de toda incriminação existe um princípio instituidor<sup>323</sup>, o porquê daquela incriminação, o que se está realmente a proibir. Quando o juiz afastar a pena legalmente cominada, ele deverá voltar seus olhos completamente para o caso concreto que tem sob julgamento, analisando detidamente cada uma das suas características e peculiaridades, buscando, nessa análise, identificar o princípio instituidor que está por trás dessa incriminação. Por que aquela conduta é

---

<sup>323</sup> Segundo Streck, atrás de cada regra há um princípio instituidor. Esse princípio, na verdade, constitui o sentido da regra na situação hermenêutica gestada no Estado Democrático de Direito (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso cit.*, p. 254).

considerada crime? O que a torna delituosa? O que realmente se proíbe? Uma vez feita essa análise, e identificado o princípio instituidor da incriminação daquele comportamento, o juiz passará a um segundo momento: o de busca, na legislação penal, pelo mesmo princípio instituidor.

Em alguns momentos, dispositivos distintos acabam por tutelar condutas que encontram na sua incriminação um mesmo princípio instituidor. Um crime previsto na legislação especial, por exemplo, pode ter o mesmo princípio instituidor de uma incriminação prevista na legislação comum. Ou uma forma qualificada de determinado crime pode ter o mesmo princípio instituidor da forma simples. Pode ser, até mesmo, que incriminações independentes tenham princípios instituidores semelhantes. Mas não se pretende informar aqui as situações que abraçam um mesmo princípio instituidor, por ser até mesmo impossível fazer essa análise sem considerar a realidade fática. Foge-se até mesmo de meras exemplificações, pois estas poderiam levar a uma direção que não seja a resposta certa de um caso concreto.

A análise do princípio instituidor só pode ser feita diante de casos reais. É por esse motivo que, a partir de agora, se procederá a uma análise de casos. Serão analisadas três decisões judiciais a fim de se compreender a tese proposta. A primeira trará um caso em que os juízes negam a possibilidade de se realizar o controle de constitucionalidade diante de uma pena desproporcional, por se entender que esta é uma tarefa privativa do legislativo – infelizmente boa parte das decisões pátrias ainda caminha nesse sentido. Nesse caso, pretende-se demonstrar, como já foi argumentado, que o controle de constitucionalidade não só é possível, como necessário. A segunda trará um caso em que o Judiciário entende ser possível declarar a inconstitucionalidade da pena desproporcional, desde que se absolva o réu, afastando a incriminação por completo. Aqui, pretende-se reafirmar que, caso a mácula esteja apenas no *quantum* da pena em abstrato, e não na incriminação em si, é possível, em respeito aos ditames da necessidade e utilidade da pena, declarar apenas a inconstitucionalidade parcial do artigo, para afastar tão somente o preceito secundário. A terceira decisão já trará uma situação que se aproxima mais da tese ora defendida, mas que ainda não a acolhe por completo. Traz um caso em que se defende a possibilidade de afastar apenas o preceito secundário sancionador, mas,

ao eleger a nova pena, não o faz amparado em critérios aceitos constitucionalmente, e por meio de um verdadeiro exercício argumentativo. Com essa última decisão, pretende-se explicar melhor o que vem a ser o princípio instituidor que guiará o juiz na sua decisão, enaltecendo-se a importância da fundamentação não apenas no momento de declarar a inconstitucionalidade, mas, acima de tudo, no momento de eleger a nova pena.

Como já foi dito, a legitimidade da decisão estará na argumentação, na fundamentação, na atividade interpretativa. A decisão que declara a inconstitucionalidade do preceito secundário sancionador e elege outra pena para ser aplicada ao caso concreto é uma decisão complexa (diga-se: um *hard case*). Se até mesmo os casos simples devem ser fundamentados – considerando que nenhum caso no direito é verdadeiramente simples a ponto de prescindir de uma boa argumentação –, o que dizer dos casos difíceis?<sup>324</sup> Para que a decisão seja legítima, afastando-se do decisionismo, ela precisará estar fundamentada. Dever-se-á fundamentar a inconstitucionalidade, mas também a eleição da pena a ser aplicada ao caso sob análise.

Por mais que um juiz abrace os argumentos aqui defendidos, e eleja a nova pena com base no princípio instituidor, se não apresentar os fundamentos da sua decisão, se não se dispuser a desenvolver uma verdadeira atividade interpretativa e argumentativa, então a decisão não será legítima. A resposta certa não está apenas no fim, mas no meio, na argumentação pautada nos preceitos constitucionais e nos princípios de moralidade que condicionam o Direito Penal na sociedade brasileira.

Outra questão precisa ser levantada: pode ser que o juiz, diante do caso concreto, não identifique na legislação penal nenhuma conduta definida pelo mesmo

---

<sup>324</sup> Sobre essa questão de casos fáceis e difíceis, Maués, ao analisar a teoria de Dworkin, faz uma interessante abordagem: “Dworkin (1999, p. 422-424) refuta a ideia de que sua teoria seja aplicável apenas aos casos difíceis, o que dispensaria o juiz de levar em conta questões de moralidade para decidir, por exemplo, se uma pessoa pode dirigir legalmente acima do limite de velocidade ou se deve pagar sua conta de telefone. Para esse autor, além de ser difícil estabelecer um critério para distinguir casos fáceis e difíceis, mesmo naqueles em que a resposta às questões de princípio parece óbvia há uma teoria pressuposta que justifica a decisão, em que a ampla aceitação significa que não é necessário desenvolver completamente os argumentos a seu favor. Contudo, alguém que interprete de modo muito distinto os princípios da comunidade política pode trazer argumentos que demonstrem que a questão não é tão simples, o que explica por que casos fáceis tornam-se difíceis com o passar do tempo” (MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias e princípios cit., p. 604).

princípio instituidor. Precisa-se considerar esta possibilidade: a de que determinada situação fática possua na sua incriminação um princípio instituidor que não se encontre presente em nenhuma outra incriminação da legislação penal brasileira. Ou, então, pode ser que o mesmo princípio instituidor só seja identificado em uma incriminação com pena superior à declarada inconstitucional. Nesses casos, entende-se que a absolvição será a única alternativa abraçada constitucionalmente. Por mais que se pretenda preservar a incriminação quando a mácula estiver somente no *quantum* excessivo da pena, ao não se encontrar uma pena com princípio instituidor idêntico ao do caso concreto, entende-se que a absolvição é medida que se impõe. Caso o juiz não encontre critérios suficientes para eleger a nova pena, critérios que tornem a sua decisão legítima a partir de uma argumentação constitucional, critérios que respeitem a verdadeira atividade interpretativa e argumentativa que é o Direito, então outra alternativa não há, a não ser a absolvição.

#### **4.1 Primeira decisão: a soberania do legislativo e a incapacidade dos princípios**

As decisões judiciais no Brasil que realizam – ou deixam de realizar – um controle de constitucionalidade da pena ainda são falhas em muitos sentidos: ou porque simplesmente ignoram o papel do Judiciário; ou porque não afastam a incidência da lei apenas no ponto em que ela contradiz a Constituição; ou porque se preocupam tanto com o fim, que esquecem que a legitimidade de uma decisão democrática está no meio, no caminho que é percorrido, na argumentação pautada em princípios que traduzem a Constituição, que traduzem a moralidade política daquela comunidade.

Pretende-se, agora, analisar algumas decisões, para que se possa constatar o que acabou de ser afirmado, e para que se possa, ao final, compreender o que vem a ser o princípio instituidor que deve legitimar a decisão que afasta a pena desproporcional.

Optou-se por analisar decisões que tratam da (in)constitucionalidade do art. 273 do Código Penal por questões estruturais, para que o texto fique mais claro e preciso, reportando-se sempre ao mesmo assunto, e por ter se encontrado decisões sobre essa temática que tocam os três pontos controversos já destacados, quais sejam: primeiro, não se pode declarar a inconstitucionalidade de uma pena em abstrato excessiva porque não cabe ao Judiciário fazer esse controle de constitucionalidade; segundo, deve-se declarar a inconstitucionalidade total do dispositivo, absolvendo-se o réu; e terceiro, deve-se declarar a inconstitucionalidade apenas do preceito secundário sancionador, eis que a mácula está no *quantum* da pena em abstrato.

Ressalta-se que o art. 273 do Código Penal é apenas exemplificativo para os fins ora pretendidos, ou seja, outras penas existem – e não são poucas – que poderiam ser aqui abordadas pela sua notória inconstitucionalidade.

Pois bem. É comum encontrar na legislação penal brasileira dispositivos que equiparam condutas diversas, comportamentos que ofendem com intensidades distintas um mesmo bem jurídico, o que, notoriamente, viola o princípio da proporcionalidade, a integridade, a coerência que se espera do direito. Essa violação pode ser encontrada na Lei nº 9.677, de 1998, que alterou dispositivos do Código Penal, redefinindo os crimes contra a saúde pública<sup>325</sup>. O que o legislador penal deixou de fazer – como de costume – foi distinguir situações absolutamente distintas, preferindo, ao contrário, colocar em uma vala comum condutas que apenas na ação se assemelham. Assim, consoante o art. 273 do Código Penal<sup>326</sup>, quem

---

<sup>325</sup> Essa lei representa um claro exemplo dos perigos do simbolismo penal. Algumas leis são editadas diante de escândalos, muito divulgados pela mídia, que chocam a população, fazendo que esta clame por leis mais severas, com a ilusão de que o endurecimento do Direito Penal trará maior segurança. O Estado, encobrindo as verdadeiras causas da violência, sede ao clamor social, sendo aplaudido com a promulgação de leis rígidas, que são a promessa – a qual já nasce fracassada – de por fim à violência. Foi nesse cenário que nasceu a Lei nº 9.677/1998 (CIA, Michele. Simbolismo penal. In: BORGES, Paulo César Correa (coord.). *O princípio da igualdade na perspectiva penal: temas atuais*. São Paulo: Ed. da UNESP, 2007. p. 25). Devido à gravidez indesejada de várias mulheres que faziam uso regular de determinados anticoncepcionais, detectados posteriormente como falsos (feitos à base de farinha de trigo), a sociedade tomou conhecimento de quadrilhas no Brasil que vinham lucrando com a falsificação e adulteração de medicamentos. Assim, começou a clamar por uma posição das autoridades competentes a respeito do assunto, sendo aprovada, então, a Lei nº 9.677/1998, que alterou o art. 273 do Código Penal, e, posteriormente, a Lei nº 9.695/1998, que tornou tal conduta crime hediondo.

<sup>326</sup> No Anteprojeto do Código Penal que atualmente tramita no Congresso, esse crime passou a ser tipificado em dispositivos distintos, com as seguintes penas: “Art. 231. Falsificar, corromper,

“falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais” estará sujeito a pena de reclusão de 10 (dez) a 15 (quinze) anos.

Diante de uma interpretação literal de tal dispositivo, tanto ao que falsificou um medicamento destinado ao tratamento de câncer, quanto ao que falsificou um medicamento destinado ao tratamento de caspa se prevê igual pena mínima: 10 (dez) anos de reclusão.

Percebe-se, portanto, que quem falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos estará sujeito a uma sanção penal superior – em muito – à que se comina ao autor de um homicídio simples. Logo, se o farmacêutico matar seu desafeto que comparece à drogaria, estará sujeito à pena mínima de 6 (seis) anos de reclusão, ao passo que se vender a um cliente do estabelecimento xampu anticaspa, que sabe ser falsificado, poderá sofrer

adulterar, ou alterar medicamento, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, matéria prima, insumo farmacêutico ou de uso diagnóstico:

Pena – prisão, de quatro a doze anos.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem importa para venda, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto que se sabe falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

§ 2º Se o crime é culposos:

Pena – prisão, de um a três anos.

Art. 232. Importar para a venda, vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribuir ou entregar a consumo produto medicinal ou destinado a fins terapêuticos, matéria-prima, insumo farmacêutico, ou de uso em diagnóstico, em qualquer das seguintes condições:

- I – sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;
- II – em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior;
- III – sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização;
- IV – com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade ou;
- V – de procedência ignorada;

Pena – prisão, de dois a seis anos.

Parágrafo único. Se o crime é culposos:

Pena – prisão, de seis meses a dois anos.

Art. 233. Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto cosmético ou saneante, ou importar para a venda, vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribuir ou entregar a consumo o produto que sabe ser falsificado, causando risco potencial à saúde de outrem:

Pena – prisão, de dois a seis anos.

Parágrafo único. Se o crime é culposos:

Pena – prisão, de seis meses a dois anos” (Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/>>. Acesso em: 22 jan. 2013).

condenação equivalente a, pelo menos, 10 (dez) anos de reclusão, já que o § 1º do mesmo art. 273 informa que “nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado”.

Aspecto que agrava ainda mais a alteração legislativa está disposto no § 1º-A do mesmo artigo, o qual inclui entre os produtos sujeitos à pena prevista no *caput* os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico. Ou seja, se alguém, por qualquer finalidade, adulterar a composição de um creme contra acne, também poderá ser condenado a uma sanção variável entre 10 (dez) e 15 (quinze) anos de prisão<sup>327</sup>.

Problema equivalente encontra-se no § 1º-B, no qual o legislador estabeleceu igual pena à conduta de vender<sup>328</sup> produto farmacêutico sem registro, quando exigível no órgão de vigilância sanitária; vender em desacordo com a fórmula constante do registro; vender sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização; vender com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade; vender produto de procedência ignorada; e, por fim, vender produto adquirido de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

---

<sup>327</sup> Sobre o tema, são interessantes os dizeres de Magalhães Gomes: “Por este dispositivo legal, declarou-se a equivalência entre a gravidade das condutas de quem altera a composição de um remédio destinado ao tratamento de determinada doença e a conduta daquele que modifica a composição de certo sabonete, por exemplo. Segundo Alberto Silva Franco, ‘não há como equiparar, na sua ofensividade à saúde pública, produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais a meros cosméticos, ou seja, a produtos que servem ao embelezamento ou à preservação da beleza ou a simples saneantes, produtos dirigidos à higienização ou à desinfecção ambiental. São tais produtos qualitativamente autônomos e não suportam uma igualdade conceitual, nem devem receber, por isso, o mesmo tratamento punitivo” (MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama de. *O princípio da proporcionalidade no direito penal* cit., p. 188). Válida aqui a citação dos dizeres de Dworkin: “[...] a integridade política, que significa igualdade perante o direito não apenas no sentido de que ele seja imposto conforme escrito, mas no sentido mais pertinente de que o Estado deve governar de acordo com um conjunto de princípios em princípio aplicável a todos. A coerção ou a punição arbitrária infringe essa dimensão crucial da igualdade política...” (DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga* cit., p. 250).

<sup>328</sup> Observa-se que o legislador não criminaliza apenas a conduta de vender. Neste parágrafo, ele também traz um emaranhado de verbos, colocando, mais uma vez, condutas diversas numa vala comum. Entre os verbos que configuram as condutas criminalizadas neste parágrafo, tem-se: importar, vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribuir ou entregar a consumo.

É evidente quão irracional foi o legislador, que, a pretexto de tranquilizar a população, mostrando que o Estado age severamente para reprimir situações que abalam o sentimento de segurança, insere no mundo jurídico leis que violam drasticamente o princípio da proporcionalidade.

Como já fora mencionado anteriormente, o grande problema é que à irracionalidade legislativa se soma o silêncio do Judiciário. Os tribunais pátrios ainda são tomados por decisões que simplesmente ignoram o controle de constitucionalidade da pena desproporcional. Esse é o caso da primeira decisão que será analisada, proferida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, que teve como ementa:

APELAÇÕES CRIMINAIS – ART. 273, § 1º-B, INCISOS I E V, DO CP – QUESTÃO PREJUDICIAL – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA PENAL INCRIMINADORA – IMPOSSIBILIDADE – PROVAS DA AUTORIA E MATERIALIDADE – CONDENAÇÕES MANTIDAS.

I. Não compete ao Poder Judiciário a análise da constitucionalidade do preceito secundário do tipo penal. Precedente do Conselho Especial (20100020084354ARI, Relator NATANAEL CAETANO, Conselho Especial, julgado em 10/08/2010, DJ 13/09/2010 p. 41).

II. Para a caracterização do delito do artigo 273, § 1º-B, incisos I e V, do CP basta que o agente importe, venda, exponha à venda, tenha em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribua ou entregue a consumo produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente, ou de procedência ignorada. Presentes provas da autoria e materialidade do tipo, necessária a manutenção da condenação.

III. Recursos desprovidos<sup>329</sup>.

No caso, Márcio Gomes Vicente da Silva e Maria Leilian de Melo foram condenados a 10 (dez) anos de reclusão, mais 10 (dez) dias-multa, pelo crime do art. 273, § 1º-B, I e V, do Código Penal. Os acusados comercializavam o medicamento denominado Cytotec, e, para tanto, mantinham site na Internet. Após o contato virtual, entregavam pessoalmente o remédio aos compradores. Ambos recorreram da sentença condenatória e alegaram, preliminarmente, a

---

<sup>329</sup> Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Criminal 20100111013018APR. Primeira Turma Criminal. Relatora: Desa. Sandra de Santis. Julgado em 26.07.2012. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 10 dez. 2014.



inconstitucionalidade do art. 273 do Código Penal, por ser excessiva a pena prevista em abstrato.

Na análise da preliminar suscitada, o juiz-relator ressaltou que são desproporcionais as sanções cominadas à conduta típica do art. 273, § 1º-B, do Código Penal, não havendo razoabilidade na previsão de pena mínima, para crime de perigo abstrato, muito acima daquelas fixadas para delitos gravíssimos, a exemplo do homicídio doloso simples e da lesão corporal de natureza grave. Entretanto, ressaltou que o Conselho Especial daquele Tribunal já havia entendido que não compete ao Poder Judiciário a análise da constitucionalidade de preceito secundário dos tipos penais, e, por esse motivo, rejeitou a preliminar de inconstitucionalidade.

No Processo nº 20100020084354ARI, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios entendeu que o Poder Judiciário não tem competência para apreciar a inconstitucionalidade de pena em abstrato fixada pelo Poder Legislativo, pois isso incorreria em ofensa ao princípio da separação de poderes. Alegou que o reconhecimento de inconstitucionalidade do preceito secundário de norma penal incriminadora representaria verdadeira *abolitio criminis*, tendo em vista ser absoluto, no Direito Penal, o princípio da legalidade, segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Acrescentou, portanto, que reconhecer a inconstitucionalidade de pena abstratamente prevista para determinada conduta criminosa seria permitir que o Judiciário fixasse penas aleatórias, ofendendo, além do princípio da legalidade, o princípio da isonomia<sup>330</sup>.

---

<sup>330</sup> Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Criminal 20100111013018APR. Primeira Turma Criminal. Relatora: Desa. Sandra de Santis. Julgado em 26.07.2012. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 10 dez. 2014. É possível encontrar no Supremo Tribunal Federal decisões nesse sentido, afastando o controle de constitucionalidade da pena por entender que esse controle fere a separação dos poderes e a soberania do Legislativo. Exemplifica-se: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO CRIMINAL. ANÁLISE SOBRE O FURTO E O ROUBO, CONCURSO DE PESSOAS, PROPORCIONALIDADE ENTRE AS RESPECTIVAS PENAS. Sob o pretexto de ofensa ao artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal (princípio da igualdade e da proporcionalidade), não pode o Judiciário exercer juízo de valor sobre o *quantum* da sanção penal estipulada no preceito secundário, sob pena de usurpação da atividade legiferante e, por via de consequência, incorrer em violação ao princípio da separação de poderes. Ao Poder Legislativo cabe a adoção de política criminal, em que se estabelece a quantidade de pena em abstrato que recairá sobre o transgressor de norma penal. Recurso Extraordinário conhecido e desprovido” (Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário-RE 358.315/MG. Segunda Turma. Relator: Min. Ellen Gracie. Julgado em 12.08.2003. Disponível em:

Percebe-se que o argumento utilizado para rejeitar a arguição de inconstitucionalidade foi simplesmente a separação dos poderes, o fato de ser competência do Legislativo a cominação das penas aos tipos penais.

Entretanto, é função do Poder Judiciário realizar o devido controle de constitucionalidade da pena, e, caso essa decisão esteja pautada em princípios de moralidade política; caso essa decisão esteja fundamentada em critérios constitucionais; caso essa decisão respeite a verdadeira atividade argumentativa que é o Direito, então ela será legítima, afastando-se de qualquer arbitrariedade judicial.

Rosa defende que, diante da complexidade contemporânea, a legitimação do Estado Democrático de Direito deve suplantar a mera democracia formal, para alcançar a democracia material, na qual os direitos fundamentais devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena da deslegitimação das instituições estatais<sup>331</sup>. É dever dos atores jurídicos a compreensão adequada da Constituição, concretizando-a na sua maior extensão possível, primordialmente no tocante aos direitos fundamentais. Existe a necessidade de convergência das práticas jurídicas e sociais aos regramentos constitucionais relativos aos direitos fundamentais, estabelecendo-se, portanto, um sistema de garantias simultâneo de preservação e realização. Essa é uma das tarefas do ator jurídico no Estado Democrático de Direito. Assim, a percepção da Constituição merece ser trabalhada de forma democrática, ou seja, esta não é apenas um espelho da realidade, mas a sua própria fonte de luz<sup>332</sup>. Adverte o autor que “o processo de atribuição de sentido das normas constitucionais não é um privilégio do “Monastério dos Sábios” (Warat), mas decorre de um processo de compreensão adequada, na busca da efetivação do

---

<<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 5 jul. 2014). Nesse mesmo sentido, podem-se citar as decisões proferidas no RE 443.388/SP, de 18.08.2009, e no HC 109.676/RJ, de 11.06.2013.

<sup>331</sup> ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material* cit., p. 5.

<sup>332</sup> Idem, *ibidem*, p. 16-17.

modelo manifestado na Constituição, sem se vincular ao modelo Republicano da maioria”<sup>333</sup>.

Acrescenta Rosa que o Judiciário não pode mais se esconder sob o disfarce da neutralidade: “o que importa não é ser neutro (se ninguém o é) ou engajado (já que todos são), é achar o engajamento certo e defendê-lo, sem frouxidão, nem sectarismo”<sup>334</sup>.

É necessário fazer o controle de constitucionalidade da pena, caso contrário, ficar-se-á à mercê de um Legislativo que, muitas vezes, toma decisões com o intuito de repassar à sociedade uma falsa sensação de segurança social.

O controle de constitucionalidade da lei, desde que feito por meio de decisões que respeitem a ideia de integridade do direito, será legítimo e consagrará a democracia, pois levará ao fórum dos princípios as decisões mais importantes para a vida em sociedade.

A decisão do magistrado não deve ser uma fotocópia da opção legislativa, pois deve estar pautada em princípios norteadores do Estado Democrático de Direito. É nesse sentido que se faz imprescindível perceber que o processo decisório em sede judicial não se trata de um processo político, fundamentado em argumentos de política, mas de um procedimento pautado em juízos de valores presentes no ordenamento jurídico, como equidade, moralidade, justiça, liberdade. Ou seja, o juiz fundamenta seu decidir no contexto de uma comunidade de princípios, e é a partir desse juízo que se alcança uma decisão legítima, e não arbitrária.

Trata-se da leitura principiológica do texto constitucional, em que se destaca o papel do Poder Judiciário, pois o que importa é o caráter substantivo da decisão, e não o poder da autoridade que a profere.

Portanto, o que não se pode perder de vista são os caracteres principiológicos da decisão, subordinada ao império do direito – e,

---

<sup>333</sup> ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material* cit., p. 17.

<sup>334</sup> Idem, *ibidem*, p. 90.

consequentemente, dos princípios –, para assim ser considerada parte integrante do regime democrático.

Para atingir os preceitos perpetrados por Dworkin, é preciso um órgão judiciário ativo. O papel conferido ao Poder Judiciário por Dworkin, de preservação, integração e criação de direitos, não tende a comprometer o regime democrático – por não serem os representantes do Judiciário eleitos pelo povo –, mas, ao contrário, fortalece a democracia, na medida em que juízes não são partidários, não representam interesses de um grupo, nem da maioria, sendo responsáveis por tomadas de decisões hábeis a atingir a comunidade *per sí*, e não parte dela.

Caso a decisão judicial que declara a inconstitucionalidade da pena em abstrato esteja pautada nos princípios de moralidade política (que no Brasil foram abraçados por uma Constituição rica em valores), então essa decisão não ferirá a separação dos poderes, a soberania do Legislativo, mas consagrará a democracia e o equilíbrio entre os poderes.

Para Streck, a grande conquista, no direito brasileiro, foi a Constituição, afirmando ainda ser esta a mais democrática do mundo. A Constituição é o vetor que deve conformar a atividade do jurista. Seu conjunto principiológico é tão denso que, mesmo com alterações substanciais em seu texto, ainda continuará com amplas possibilidades de impedir atos antidemocráticos provenientes do Executivo e do Legislativo. A aplicação do direito é uma garantia importante para a democracia e o desenvolvimento da sociedade, principalmente ao se atentar para o fato de que é a Constituição que estabelece como “dever ser” a construção de um Estado Social, afora os demais preceitos que tratam dos direitos individuais, coletivos e sociais. O Estado Democrático de Direito é uma conquista, é, portanto, um paradigma, a partir do qual se deve compreender o direito. O direito possui uma dimensão interpretativa, e essa dimensão implica o dever de atribuir às práticas jurídicas o melhor sentido possível para o direito de uma comunidade política. A integridade e a coerência garantem o DNA do direito nesse novo paradigma. Levando em conta as inexoráveis

possibilidades de o Parlamento aprovar leis de ocasião, a jurisdição constitucional deve se constituir na garantia daquilo que é o cerne do pacto constituinte de 1988<sup>335</sup>.

Mais do que assegurar os procedimentos da democracia, é preciso entender a Constituição como algo substantivo, porque contém direitos fundamentais, sociais, coletivos que o pacto constituinte estabeleceu como passíveis de realização. Ressalta Streck: a Constituição ainda deve “constituir-a-ação”, mormente porque, no Brasil, nunca constituiu. No texto da Constituição de 1988 há um núcleo essencial, não cumprido, contendo um conjunto de promessas da modernidade, que deve ser resgatado, para que, assim, o ideal moral transforme-se em obrigação jurídica. O problema é que, em países como o Brasil, formou-se um silêncio acerca do significado da Constituição, e sobre o fato de ela ser uma norma diretiva. No campo jurídico brasileiro a Constituição e o direito constitucional têm sido relegados, historicamente, a um plano secundário, vivendo-se o que Streck denomina de “baixa constitucionalidade”<sup>336</sup>.

Meios e fins devem ser definidos originariamente pelo legislador (princípio da maioria). Mas, quando esses “fins e meios” se mostram inadequados, violando, por exemplo, regras jurídicas constitucionais (sustentadas por princípios) como a proibição de excesso na proteção de bens jurídicos, é tarefa da jurisdição constitucional efetuar uma atividade corretiva, para preservar a força normativa da Constituição. É evidente que sempre é melhor que uma lei seja corrigida pelo próprio legislador. Entretanto, a cidadania não pode ficar à mercê dessa longa espera pelo legislador, correndo-se o risco da negação da própria Constituição<sup>337</sup>.

Magalhães Gomes afirma que, especificamente no âmbito dos princípios constitucionais como o da proporcionalidade, tem o Poder Judiciário importante papel de controle dos atos normativos, uma vez que as leis emanadas em contradição com o conteúdo daqueles postulados carecem de constitucionalidade material, devendo ser excluídas do ordenamento jurídico. Nesse sentido, percebe-se

---

<sup>335</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Decido conforme minha consciência?* cit., p. 114-115.

<sup>336</sup> Idem, *ibidem*, p. 116.

<sup>337</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* cit., p. 197.

e valoriza-se a importância dos princípios jurídicos, aptos que são a informar a atividade legislativa e a orientar o controle de constitucionalidade das normas<sup>338</sup>.

Importante acrescentar aqui que o processo em questão encontra-se, atualmente, no Supremo Tribunal Federal. Os réus interpuseram Recurso Extraordinário alegando, entre outras coisas, a inconstitucionalidade do art. 273 do Código Penal por ser a pena mínima de 10 (dez) anos desproporcional. O STF, ao julgar o Recurso Extraordinário com Agravo, no que tange ao incidente de inconstitucionalidade suscitado, limitou-se a informar que a Corte já havia se pronunciado sobre o assunto em comento, no sentido de que não há violação ao princípio da proporcionalidade nas sanções previstas no art. 273, ante a gravidade extrema do delito. Citou ementa proferida em outro processo:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 273 DO CÓDIGO PENAL. DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (RE 662.090 AgR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe 6.5.2014)<sup>339</sup>.

Percebe-se que a decisão não enfrentou de forma argumentativa a questão suscitada. Diante da alegação de inconstitucionalidade de uma pena desproporcional cominada na legislação pátria, o Tribunal responsável pelo controle de constitucionalidade no país deve enfrentar a questão com profundidade, e, caso entenda pela constitucionalidade, deve fazê-lo em uma decisão fundamentada e construída pautada em argumentos aceitos pela comunidade de princípios. Caso contrário, pode-se começar a questionar o que é o direito nessa sociedade. Nesta

---

<sup>338</sup> MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama de. *O princípio da proporcionalidade no direito penal* cit., p. 207-208. Interessante frisar que Cortes estrangeiras, como é o caso do Tribunal Constitucional de Portugal, já vêm utilizando o princípio da proporcionalidade como fundamento para declarar a inconstitucionalidade de uma pena excessiva cominada pelo legislador. No Acórdão 634/1993 (Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930634.html>>. Acesso em: 15 jul. 2014), esse Tribunal declarou a inconstitucionalidade do art. 132 do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante por entender que a pena prevista era desproporcional considerando a conduta incriminada. No caso, estava sendo discutida a incriminação de um mestre de pesca que não embarcou no navio na data designada para a saída deste do Porto de Aveiro com destino aos pesqueiros do Noroeste Atlântico. Ele estava sendo julgado por deserção, mas foi absolvido por se considerar que a pena criminal não era necessária ao caso.

<sup>339</sup> Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo 829.491/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 30.09.2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

tese defendeu-se a ideia de que o direito é uma prática interpretativa e argumentativa, então a decisão não poderia se limitar a afirmar que as condutas tipificadas são graves, por isso proporcional a pena.

Para Dworkin, o direito é um conceito interpretativo, e a prática do direito é, portanto, argumentativa. O juiz não deve descobrir ou inventar o direito, mas construir, trazendo para o fórum dos princípios toda a discussão e a interpretação do caso concreto, buscando na moralidade política e nas práticas sociais a melhor decisão possível: a resposta certa para aquele caso.

Cabia ao Supremo Tribunal Federal, no caso, ter enfrentado a questão. Ter apresentado uma decisão fundamentada e coerente com a Constituição, com a doutrina, com a jurisprudência, enfim, com os princípios de moralidade política que regem a sociedade. E não simplesmente se contido a alegar em algumas linhas que a pena é constitucional porque as condutas previstas são graves. É necessário se fazer o direito em cada decisão judicial.

Nota-se inclusive que a decisão usa como justificativa apenas a transcrição de parte de uma decisão proferida em outro caso, no qual fora decidido que os princípios da proporcionalidade, ofensividade e razoabilidade não foram feridos, eis que as condutas elencadas no art. 273 são extremamente graves (RE 662.090). Cada caso tem a sua resposta certa. Pode ser que a pena do art. 273 seja íntegra para resolver determinado caso, mas não será necessariamente para outro. As condutas serão distintas. A análise argumentativa, portanto, também deverá ser. Não se está aqui afirmando que uma decisão não pode ser citada como parâmetro para outra, mas desde que isso seja feito de forma fundamentada, numa decisão construída argumentativamente.

Até o momento, já fora analisado pelo Supremo Tribunal Federal, no processo em questão, fora o Recurso Extraordinário com Agravo, um Agravo Regimental e um Embargos de Declaração, não sendo, em nenhum desses recursos, a questão de inconstitucionalidade do art. 273 do Código Penal enfrentada de forma detida, a partir de uma decisão fundamentada na Constituição e nos princípios de moralidade política que regem a sociedade brasileira.

## 4.2 Segunda decisão: por que não absolver?

Como fora dito anteriormente, diante da constatação da desproporcionalidade da pena, o juiz pode declarar a inconstitucionalidade do dispositivo como um todo, absolvendo o réu por ser a conduta atípica, ou pode declarar a inconstitucionalidade apenas do preceito secundário sancionador, afastando o *quantum* da pena excessiva, condenando o réu naquela conduta, mas buscando outra pena que se apresente proporcional ao caso concreto.

Entende-se que, caso a incriminação seja desnecessária, inadequada, não tendo a conduta gravidade que justifique a intervenção do Direito Penal, a lei deve ser afastada por completo, declarando-se a inconstitucionalidade do dispositivo e, nesse caso, absolvendo-se o réu. Agora, outra situação ocorre quando a incriminação em si é necessária, adequada, existem motivos suficientes a ensejar a intervenção punitiva, entretanto, a pena se mostra excessiva no caso concreto. Aqui, a mácula não está na incriminação, mas tão somente no *quantum* da pena em abstrato. Nesses casos, entende-se que o direito como integridade favorece a compreensão de que se deve declarar a inconstitucionalidade apenas do preceito secundário sancionador, afastando a pena excessiva para aquele caso concreto e buscando outra que seja proporcional, isso porque a integridade exige que se respeitem as convenções, alterando apenas o que está em desacordo com os princípios de moralidade política da sociedade.

Nota-se que, nesta última situação, a pena em abstrato pode se apresentar proporcional para alguns casos, mas não para outros. Por isso, defende-se que se deve declarar a inconstitucionalidade apenas do preceito secundário sancionador, por meio do controle difuso, eis que a pena proporcional (resposta certa) para um caso não será necessariamente a mesma para outro. Essa é a situação do art. 273 do Código Penal, no qual as condutas previstas merecerão, em muitas situações, a intervenção do Direito Penal. Entretanto, a pena de 10 a 15 anos de reclusão pode se apresentar excessiva para a condenação em muitos processos. Em algumas situações, pode ser que essa pena se justifique, mas, em várias outras, a pena mínima de 10 anos será seguramente desproporcional.



No entanto, há quem entenda que, mesmo a mácula estando apenas no *quantum* da pena, deve-se declarar a inconstitucionalidade total do dispositivo, afastando-se a incriminação e absolvendo-se o réu.

Esse é o caso da decisão proferida nos Autos nº 216/2004, pela Vara Criminal de Pato Branco – PR, na qual se rejeitou a denúncia em razão da inconstitucionalidade do art. 273 do Código Penal:

[...] A Lei 9.677/98 acrescentou o § 1º-A e o § 1º-B ao artigo 273 do Código Penal. O § 1º-B prevê que está sujeita a mesma pena de 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão quem pratica as ações previstas no § 1º (importar, vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma distribuir ou entregar a consumo) em relação a produtos nas condições previstas nos incisos acima transcritos. Transformou infrações administrativas (art. 10, inciso IV da Lei 6.437/77) com brandas punições em graves ilícitos penais, considerados hediondos (art. 1º, inciso VII-B da Lei 8.072/90).

Entendo que a Lei 9.677/98 padece do vício de inconstitucionalidade no ponto que cominou pena de reclusão de 10 (dez) a 15 (quinze) anos para a hipótese do § 1º-B, inciso I, por violação ao princípio da proporcionalidade [...] A pena prevista para a conduta imputada ao denunciado é, por certo, desproporcional. Por fabricar e vender produto de limpeza (saneante) sem registro no órgão de vigilância sanitária competente, o denunciado está sujeito à pena mínima em abstrato prevista no tipo penal de 10 (dez) anos de reclusão. Por vender substância entorpecente, ou seja, praticar o delito do artigo 12 da Lei 6.368/76, o agente ficaria sujeito à pena mínima de 3 (três) anos de reclusão. Ou seja, por exercer atividade empresarial na fabricação de detergentes, produtos de limpeza etc., a pessoa fica sujeita a uma pena mais grave do que para aquele que pratica profissionalmente o tráfico ilícito de entorpecentes, independente de qualquer resultado lesivo. Inúmeros outros exemplos podem ser mencionados, bastando, no entanto, observar que por matar alguém ficaria o agente sujeito a pena mínima de 6 (seis) anos de reclusão e por roubar a pena mínima seria de 4 (quatro) e máxima de 10 (dez) anos de reclusão.

A desproporcionalidade, como se verifica, é evidente.

A utilização do direito penal, nesse contexto, é desprovida de razoabilidade. Conforme assevera Alberto Silva Franco “O *caput* do art. 273 do Código Penal e os diversos parágrafos que lhe foram apostos revelam, sob o ângulo da tipificação, impropriedades inadmissíveis num texto penal. [...] No § 1º-A do art. 273 do Código Penal, o legislador penal incluiu, entre os produtos merecedores de tutela penal análoga, os ‘medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos e saneantes e os de uso em diagnóstico’. Igualar cosméticos e saneantes a produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais é, sem margem de dúvida, equiparar produtos de importância desigual. [...] O desatino do legislador penal não se resumiu apenas ao processo tipificador do art. 273 do Código

Penal. Era ainda pouco. Foi muito além: cominou, para as condutas descritas no *caput* e nos parágrafos dele derivados, pena reclusiva variável entre dez e quinze anos, além de multa. Não é necessário nenhum esforço concentrado para concluir que o legislador penal, ao atribuir esse *quantum* punitivo aos autores das ações enumeradas no art. 273 e seus parágrafos, lesionou, de forma inquestionável, os princípios constitucionais da proporcionalidade e da ofensividade. [...] Destarte, não há como aplicar um preceito sancionatório muito superior à gravidade da conduta. Por outro lado, é imprescindível que a conduta criminosa lesione ou ponha em perigo um bem jurídico. Fere o princípio da lesividade que o legislador tipifique condutas delitivas que não são necessárias para a tutela de um bem jurídico, digno de proteção penal e dela necessitado. Ora, na hipótese do art. 273 do Código Penal, tanto o princípio da proporcionalidade como o da ofensividade foram postos de lado”.

Continua o jurista afirmando que “Além disso, para as ações exemplificadas são cominadas penas reclusivas chocantes (entre dez e quinze anos), o que evidencia a total carência de proporção entre a gravidade das condutas empreendidas e as consequências punitivas delas decorrentes. [...] A conclusão final é, portanto, pela manifesta ofensa aos princípios constitucionais da ofensividade e da proporcionalidade [...] na formulação da Lei 9.677/98, que deu nova estrutura ao artigo 273 do Código Penal” (op. cit., p. 257-258).

Comentando o § 1º-B, inciso I do artigo 273 do Código Penal afirma Miguel Reale Jr. que “Tamanho aberração legislativa é verdadeiramente incontornável. Não há interpretação que possa ser feita para conformar a norma aos valores e princípios constitucionais. A interpretação congruente com a Constituição tem limites, pois deve-se neste esforço, para salvar a norma, analisar as possibilidades de ambos os textos, o constitucional e o a ser conservado. Com relação à norma do inc. I do § 1º-B do art. 273, bem como referentemente aos demais incisos, frustra-se a tentativa de conservação dos dispositivos, porque para tanto seria necessário impedir a realização absoluta dos valores e princípios constitucionais”.

Conclui Miguel Reale Jr. que “A aberrante desproporção entre a gravidade do fato de vender [...] saneante sem registro e a gravidade da sanção cominada impõe que se reconheça como inafastável a inconstitucionalidade da norma penal do artigo 273, § 1º-B, I, do CP, introduzido pela Lei 9.677/98 e do art. 1º da Lei 9.695/98, em virtude de lesão a valores e princípios fundamentais da Constituição. O mesmo ocorre com relação aos demais incisos, excetuando o já aludido inc. IV” (RT 763/427).

Dessume-se que é inarredável a declaração de inconstitucionalidade da Lei 9.677/98 no que se refere ao também inconstitucional artigo 273, § 1º-B, inciso I do Código Penal, por violação ao princípio da proporcionalidade e ofensividade, declaração esta que ora se faz.

Diante do exposto, com fundamento no artigo 43, inciso I do Código de Processo Penal, rejeito da denúncia de fls. 02/03, porquanto em

razão da declarada inconstitucionalidade do tipo penal, a conduta descrita na denúncia é atípica<sup>340</sup>.

Embora mereça todo o respeito por reconhecer a desproporcionalidade da pena e a necessidade de se proceder ao devido controle de constitucionalidade desta, entende-se que se deve decidir de forma diversa quando a razão da inconstitucionalidade estiver no valor excessivo da pena. É bem verdade que a conduta no caso em tela pode não necessitar da intervenção punitiva, entretanto, usa-se a decisão visto que a justificativa desta se desenvolve amparada na inconstitucionalidade do *quantum* da pena do art. 273, chegando-se ao final no afastamento da incriminação.

Como dito, o direito como integridade prega o respeito às convenções, mas, ao mesmo tempo, defende a necessidade de o juiz fazer alterações nessas convenções se assim os princípios de moralidade política o determinarem. Entretanto, essas alterações devem se dar tão somente no que for extremamente necessário para harmonizar a lei aos princípios de moralidade política da comunidade. Assim, ao se reconhecer que a incriminação é adequada e necessária, que a mácula está apenas no *quantum* desproporcional da pena, e, mesmo assim, afastar a incriminação como um todo, não se estará respeitando a integridade do direito, por afastar a tipificação, e não apenas o que está em desarmonia com o princípio da proporcionalidade. Ademais, para se consagrar a proporcionalidade em sentido estrito, se negará a necessidade da incriminação<sup>341</sup>.

---

<sup>340</sup> Disponível em: <[www.tj.pr.gov.br/download/cedoc/ATT00055.PDF](http://www.tj.pr.gov.br/download/cedoc/ATT00055.PDF)>. Acesso em: 26 jun. 2014. Ainda pela inconstitucionalidade total do dispositivo e pela absolvição, pode-se citar a sentença proferida nos autos da Ação Penal 0014385-34.2008.403.6181 em 5 de outubro de 2011, pela 7ª Vara Criminal Federal da 1ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo, na qual o juiz federal sentenciante recusou-se a aplicar tão grave reprimenda diante da manifesta inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, afirmando que a absolvição é de rigor (Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/0014385-3420084036181.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2014). O defensor público do Estado de São Paulo, Bruno Haddad Galvão, também se manifesta contrário à aplicação de outra pena à conduta tipificada no art. 273, afirmando que “juridicamente seria mais correto declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 273 e parágrafos do CP, ante a total desconsonância com o princípio da proporcionalidade” (Disponível em: <<http://www.folhadodelegado.jex.com.br/direito+justica/da+declaracao+de+inconstitucionalidade+do+art+273+do+codigo+penal+ou+reconhecimento+da+atipicidade+material+do+fato+ante+a+inexistencia+de+resultado+juridico>>. Acesso em: 23 jun. 2014).

<sup>341</sup> O juiz federal Gerson Godinho da Costa trabalha precisamente com a declaração parcial de inconstitucionalidade, registrando que, nesses casos, o vício macula apenas a sanção privativa de liberdade correspondente ao tipo penal. Em decisão proferida na 1ª Vara Criminal de Porto Alegre

A declaração parcial de inconstitucionalidade, afastando tão somente a pena quando a incriminação mostra-se necessária e idônea, é a opção que melhor responde ao direito como integridade, pois assim estar-se-á buscando uma interpretação que apreenda a maior parte do texto, afastando-se somente a parte que se entende plenamente malsucedida<sup>342</sup>. Afinal, a interpretação construtiva busca o respeito às convenções, autorizando o juiz a se afastar delas apenas no que forem incompatíveis com os princípios.

Ou seja, ao se afastar apenas o *quantum* da pena, buscando outro proporcional ao caso concreto<sup>343</sup>, estar-se-á respeitando o direito como integridade

---

(Sentença 2002.71.00.009735-5), o magistrado declarou a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 289 do Código Penal (reclusão de 3 a 12 anos), diante da possibilidade de conduta menos ofensiva ser apenada de forma semelhante à conduta de maior gravidade. Assim, entendeu que, no caso em exame, deveriam ser aplicadas às sanções do art. 293 do CP (reclusão de 2 a 8 anos). Informa o jurista que, na hipótese em que a conduta não apresenta gravidade que recomende a sanção prevista em abstrato, resta violado o princípio da proporcionalidade por contrariedade ao subprincípio em sentido estrito. Os outros dois pressupostos, a necessidade e a aptidão da medida sobejam incólumes, porque, respectivamente, a pena privativa de liberdade é imprescindível e adequada para os efeitos de proteção ao bem jurídico tutelado, mesmo quando não esteja em risco a credibilidade da moeda em trânsito. Assim, apenas a sanção privativa de liberdade deve ser ajustada. Ressalta que é possível cogitar de outras soluções técnicas, como considerar inconstitucional o dispositivo penal em sua integralidade, todavia a inconstitucionalidade parcial, de um lado, mantém íntegra a tipificação penal e, de outro, amolda-se ao preceito constitucional da proporcionalidade (COSTA, Gerson Godinho da. *Princípio da proporcionalidade e individualização da sanção criminal abstratamente cominada*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 20 set. 2010).

<sup>342</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 277.

<sup>343</sup> A título meramente informativo, é interessante colocar aqui que a *Corte Costituzionale* da Itália, há muito tempo, já proferiu decisão que possibilitava essa combinação de dispositivos, afastando-se a pena de um, e aplicando-se à incriminação a pena prevista em outro dispositivo que fosse mais benéfica ao réu e mais condizente com o caso concreto. Na *Sentenza 341/1994* (Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it>>. Acesso em: 28 set. 2010), a Corte declarou, de forma incidental, a inconstitucionalidade da pena mínima (seis meses) prevista no art. 341 do Código Penal (*reato di oltraggio a pubblico ufficiale*), afirmando ser possível aplicar ao caso a pena mínima genérica prevista no art. 23 do Código Penal (quinze dias), sem que isso ferisse a discricionariedade do legislador, que continuava livre para cominar uma outra sanção ao delito, desde que razoável e em conformidade com os princípios enunciados na decisão. Nesta, a Corte ressaltou que casos semelhantes já haviam sido julgados no sentido de que a pena prevista ao desacato era desproporcional, mas que caberia ao Legislativo adequá-la, pois pertence à discricionariedade do legislador a determinação da quantidade e qualidade da sanção. Entretanto, diante da inércia do Legislativo e do notório incômodo dos juízes que eram obrigados a aplicar uma pena excessiva – e que por esse motivo vinham solicitando constantemente a sua declaração de inconstitucionalidade –, a Corte manifestou-se pela sua competência em verificar se a discricionariedade do legislador respeita o limite da razoabilidade. Afirmou que já era pacífico na jurisprudência mais recente que o exercício do poder discricionário do legislador pode ser censurado em prol da legitimidade constitucional, caso se verifique um desrespeito ao limite da razoabilidade. O princípio da proporcionalidade no campo penal equivale a negar legitimidade às incriminações que, mesmo que idôneas e compatíveis com a finalidade preventiva, produzem, por meio da pena, danos aos indivíduos e à sociedade desproporcionalmente maiores que as vantagens obtidas com a tutela do bem jurídico. Assim, concluem que a pena mínima do desacato

e, ao mesmo tempo, consagrando a proporcionalidade nas suas três vertentes: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

É verdade que essa é uma decisão que precisa ser fundamentada na Constituição brasileira e nos princípios morais que norteiam essa sociedade, é uma decisão que precisa respeitar o direito enquanto uma verdadeira atividade argumentativa e interpretativa, caso contrário, ela será arbitrária e se aproximará de um pragmatismo pernicioso que Dworkin tanto combate.

Já é possível encontrar, no Brasil, algumas decisões que abraçam essa alternativa, afastando apenas o preceito secundário sancionador ao entender que este é desproporcional, e aplicando ao caso pena prevista em outro dispositivo<sup>344</sup>. O

---

não condiz com os novos valores da sociedade italiana, sendo inclusive incompatível com a pena prevista ao crime de injúria, eis que o simples fato de o desacato ser cometido contra funcionário público não justifica uma pena doze vezes maior, não podendo a tutela da administração pública explicar tratamento tão desigual. Com base, portanto, em dispositivos constitucionais que declaram a igualdade de tratamento e os fins reeducativos da pena, a Corte declarou a inconstitucionalidade da pena mínima do desacato. Nesse mesmo sentido, com base na proporcionalidade da pena, a Corte italiana proferiu a *Sentenza 26/1979* (Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it>>. Acesso em: 28 set. 2010), declarando a inconstitucionalidade da pena prevista ao homicídio tentado no *Código Penale Militare di Pace*, o qual era comparado ao homicídio consumado, concluindo que, transitoriamente, para preencher a lacuna, dever-se-ia aplicar ao caso a pena prevista ao crime comum de homicídio tentado.

<sup>344</sup> No Superior Tribunal de Justiça pode-se citar a decisão proferida no Recurso Especial 915.442/SC, que teve como relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, e que se posicionou favorável à aplicação ao art. 273 do Código Penal da pena prevista ao crime de tráfico de drogas (Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 22 jan. 2013). Esta decisão foi emblemática, eis que outras vieram a seguindo. O Ministro Sebastião Reis Júnior, em decisão proferida em 18.12.2012 no HC 239.363/PR (Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 239.363/PR. Sexta Turma. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. *DJ* 18.12.2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23 jun. 2014), também reconheceu a desproporcionalidade da pena cominada ao art. 273, § 1º-B, do Código Penal, e concordou com a solução empregada pela Ministra Maria Thereza na decisão antes mencionada, entendendo que deve ser afastado o preceito secundário sancionador e aplicada ao caso a pena do tráfico de drogas. Entretanto, reconheceu o ministro relator a necessidade de submeter à Corte Especial – antes de decisão final – a questão referente à constitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do Código Penal, em respeito ao disposto no art. 97 da Constituição e na Súmula Vinculante 10/STF. Assim, arguiu a inconstitucionalidade de tal dispositivo, encaminhando à Corte Especial para que esta apreciasse o incidente. Em 10.04.2015 foi publicada a decisão do STJ acolhendo, por maioria (11X1), a arguição e declarando a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, V, do CP, por entender ser a pena mínima de 10 anos desproporcional. No Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, pode-se encontrar a decisão proferida nos Autos da Apelação Criminal 1.166.698-5, que também aplicou ao art. 273, § 1º-B, do Código Penal a pena prevista ao crime de tráfico de drogas, citando expressamente como precedente a decisão do STJ no Recurso Especial 915.442/SC (Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Criminal 1.166.698-5. Relator: Dr. Márcio José Tokars. *DJ* 23.05.2014. Disponível em: <<http://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 26 jun. 2014). Nesse mesmo sentido, tem-se a decisão do TJPR nos autos da Apelação Criminal 1.093.457-9, que teve como relatora a Des. Lilian Romero, a qual também cita como precedente a decisão do STJ no Recurso Especial 915.442/SC (Tribunal

grande problema dessas decisões está no fato de que estas não fundamentam a eleição da pena que será aplicada ao caso concreto. A grande maioria simplesmente cita uma decisão anterior, que aplicou, por exemplo, a pena do crime de tráfico ao

---

de Justiça do Paraná. Apelação Criminal 1.093.457-9. Relator: Dra. Lilian Romero. *DJ* 14.02.2014. Disponível em: <<http://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 26 jun. 2014). O Tribunal de Justiça de Minas Gerais já havia decidido pela inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, aplicando aos casos concretos a pena prevista no Código Penal antes da alteração feita pela Lei nº 9.677/1998 (Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal 1.0145.07.422965-2/001. Relator: Des. Júlio Cezar Gutierrez. *DJ* 26.06.2013. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 26 jun. 2014). Entretanto, em 2013 foi proferida decisão reconhecendo que a pena atual não deve ser vista como desproporcional para todo e qualquer caso, afastando-se a incidência do dispositivo por completo, sendo necessário afastar apenas o preceito secundário sancionador quando este se mostrar excessivo diante do caso sob análise, e aplicando ao art. 273, § 1º-B, do Código Penal a pena prevista ao crime de tráfico de drogas (Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal 1.0223.11.006373-0/001. Relator: Des. Doorgal Andrada. *DJ* 28.08.2013. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 26 jun. 2014). Os Tribunais Regionais Federais da Primeira e Quarta Região já decidiram pela possibilidade de afastar apenas o preceito secundário sancionador do art. 273, § 1º-B, do Código Penal, e aplicar ao caso a pena do tráfico de drogas (Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Apelação Criminal 2008.32.00.002429-3/AM. Quarta Turma. Relator: Des. Olindo Menezes. *DJ* 23.04.2014. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br>>. Acesso em: 23 jun. 2014 e Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Apelação Criminal 2001.72.0.003683-2/SC. Oitava Turma. Relator: Des. Paulo Afonso Brum Vaz. Disponível em: <[http://www.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=148383&hash=643f3868305a4284e8cb122292c9f124](http://www.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=148383&hash=643f3868305a4284e8cb122292c9f124)>. Acesso em: 4 mar. 2013). Saindo da análise da inconstitucionalidade do art. 273 do Código Penal, o Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, proferida em março de 2008, em resposta ao HC 92.525, informou a inconstitucionalidade da pena prevista à receptação qualificada (art. 180, § 1º, do CP). Segundo a decisão, a cominação, pelo legislador, de pena mais leve para o crime mais grave – eis que a receptação simples (reclusão de 1 a 4 anos, e multa) pressupõe o dolo direto – e de pena mais severa para o crime menos grave – eis que a receptação qualificada (reclusão de 3 a 8 anos, e multa) pressupõe o dolo eventual – transgride os princípios da proporcionalidade e da individualização *in abstracto* da pena. Segundo a decisão, o Poder Público, especialmente em sede de tipificação e cominação penais, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade. Como se sabe, a exigência de razoabilidade traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade, exatamente por viabilizar o controle de sua razoabilidade, com fundamento no art. 5º, LIV, da Carta Política, inclui-se, por isso mesmo, no âmbito da própria fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público. Informa a decisão que esse entendimento é prestigiado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, já advertiu que o Legislativo não pode atuar de maneira imoderada, nem formular regras legais cujo conteúdo revele deliberação absolutamente divorciada dos padrões de razoabilidade. Conclui, então, que se deveria proceder a uma interpretação corretiva, a qual corrige a incompatibilidade pela introdução de leve ou parcial modificação no texto da lei, defendendo que a solução mais adequada ao caso seria a subsistência do preceito primário consubstanciado no § 1º do art. 180 do Código Penal, entretanto, aplicando-se-lhe o preceito secundário sancionador inscrito no *caput* do art. 180 do CP (Supremo Tribunal Federal. HC 92.525 MC/RJ. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em 31.03.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 3 out. 2010). Apesar dos méritos dessa decisão, esta ainda se apresenta como uma manifestação isolada na Suprema Corte, não sendo acompanhada pelos demais Ministros. Nota-se, inclusive, que, mesmo após a sua publicação, várias outras decisões foram publicadas no sentido de que a pena prevista à receptação qualificada é constitucional, devendo ser mantida conforme estabelecida em lei, e que qualquer compreensão contrária a esse entendimento viola a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a exemplo das decisões proferidas no AI 789.320, no AI 812.205 e no RE 612.571.

art. 273, § 1º-B, do Código Penal, e assim o fazem, repetindo a solução encontrada em outra decisão. Só que a pena do tráfico de drogas não será legítima para todo e qualquer caso em que se afaste o preceito secundário do art. 273 do Código Penal ou de algum de seus parágrafos, tão somente porque alguém, em outra situação que pode ser totalmente diversa, assim o decidiu. Precisa-se analisar cada caso, buscar a pena proporcional considerando as peculiaridades daquela situação que se decide. Não basta repetir. O direito não é o que alguns juízes disseram. É preciso pensar o direito, interpretar cada caso, argumentar de forma legítima e de acordo com a Constituição e com os princípios de moralidade política<sup>345</sup> que formam a sociedade brasileira.

A eleição judicial de uma pena a ser aplicada ao caso concreto deve estar pautada em critérios que a legitimem, para que a decisão não seja arbitrária. A questão é argumentar: o juiz precisa discorrer sobre a sua eleição, explicando quais os critérios que o levaram a entender que aquela, entre tantas, é a melhor pena a ser aplicada, caso contrário estar-se-á diante de uma decisão discricionária, o que Dworkin busca combater ao apresentar o direito como integridade.

#### **4.3 Terceira decisão: a diferença entre a arbitrariedade judicial e a decisão legítima. Porque os fins não justificam os meios!**

O que legitima a decisão judicial não é o fim, mas o meio, o caminho seguido, os argumentos apresentados, a verdadeira atividade interpretativa do juiz, a seriedade e o compromisso com a justificação. Como afirma Rosa, há o dever de fundamentar as “escolhas”, isto é, reconstruir narrativamente o caminho de uma compreensão que acontece em face do ser, em que reside, talvez, a última garantia do sujeito<sup>346</sup>. Assim, as decisões judiciais que afastaram o preceito secundário sancionador para aplicar ao caso uma pena proporcional pecaram nessa

---

<sup>345</sup> “O que afirmo é que o raciocínio jurídico pressupõe um vasto campo de justificação, aí incluídos princípios bastante abstratos de moralidade política” (DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga* cit., p. 81).

<sup>346</sup> ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material* cit., p. 97.

justificação, ao não argumentar a eleição dessa nova pena. Analisar-se-á agora algumas dessas decisões com o intuito de demonstrar essa afirmação.

Como mencionado no tópico anterior, o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão inovadora que reconheceu a desproporcionalidade da pena cominada ao art. 273 do Código Penal, posicionando-se pela sua não incidência e afirmando que ao caso deveria ser aplicada pena prevista ao crime de tráfico de entorpecentes (atualmente previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006). Eis a ementa:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 126/STJ. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRARIEDADE AOS ARTS. 1º, 53, 59, II, E 273, § 1º e 1º-B, I e VI, DO CP. NÃO OCORRÊNCIA. MITIGAÇÃO DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273 DO CP. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. RECURSO ESPECIAL ADESIVO. OFENSA AO ART. 44 DO CP. OCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. RECURSO ESPECIAL DO *PARQUET* A QUE SE NEGA PROVIMENTO E APELO ADESIVO A QUE SE DÁ PROVIMENTO, PARA SUBSTITUIR A PENA DA RECORRENTE, ALTERANDO-SE, DE OFÍCIO, O REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA PARA O ABERTO.

1. “É inadmissível o recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário”. Inteligência do enunciado 126 da Súmula desta Corte.

2. A Lei 9.677/98, ao alterar a pena prevista para os delitos descritos no artigo 273 do Código Penal, mostrou-se excessivamente desproporcional, cabendo, portanto, ao Judiciário promover o ajuste principiológico da norma.

3. Tratando-se de crime hediondo, de perigo abstrato, que tem como bem jurídico tutelado a saúde pública, mostra-se razoável a aplicação do preceito secundário do delito de tráfico de drogas ao crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.

4. O Superior Tribunal de Justiça, por diversas vezes, já assentou a possibilidade de início do cumprimento da pena em regime aberto, bem como de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, àqueles que tenham praticado crime de tráfico ilícito de entorpecentes ou outro crime hediondo, antes da entrada em vigor das Leis 11.343/06 e 11.464/07.

5. Recurso Especial do Ministério Público não conhecido, dando-se provimento ao Apelo adesivo de Vilma Maria Segalin, para



determinar ao Juízo da Vara das Execuções a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, concedendo-se, de ofício, o regime aberto para cumprimento da pena<sup>347</sup>.

Entretanto, qual é o caso concreto? O que culminou nessa decisão do STJ?

Em 12 de janeiro de 2004 foram encontrados na residência de Vilma Maria Segalin 28 (vinte e oito) comprimidos do remédio denominado Cytotec, o qual é utilizado para fins abortivos, por agentes policiais da cidade de São Miguel do Oeste/SC<sup>348</sup>.

O juiz de primeiro grau constatou que Vilma Maria Segalin tinha em depósito para revenda, ou para entregar a consumo, 28 (vinte e oito) comprimidos contendo a substância denominada Misoprostol, produto destinado a fins terapêuticos e medicinais, sem que esta tivesse o registro necessário no órgão de vigilância sanitária. Ademais, concluiu que o produto possuía procedência ignorada e foi adquirido de estabelecimento sem licença da autoridade competente, considerando que eles vieram do Paraguai. Assim, condenou-a à reprimenda de 10 (dez) anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal, por infração ao disposto no art. 273, § 1º-B, I e VI, do Código Penal. Após tal sentença, o Ministério Público e a acusada interpuseram recurso de apelação.

Chegando ao Tribunal do Estado de Santa Catarina, o processo teve como relator o Des. Torres Marques. A decisão judicial perpassa por todos os argumentos alegados nos recursos defensivo e acusatório, inclusive as preliminares, mas, para os efeitos desta pesquisa, faz-se interessante expor apenas os comentários pertinentes à desproporcionalidade da pena do art. 273 do Código Penal.

Informou a decisão do TJSC que, com a alteração dada pela Lei nº 9.677/1998, o art. 273 do Código Penal teve a pena aumentada de 1 (um) a 3 (três)

---

<sup>347</sup> Superior Tribunal de Justiça. REsp 915.442/SC. Recurso Especial 2007/0010944-9. Sexta Turma. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 14.12.2010. *DJe* 01.02.2011. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 22 jan. 2013.

<sup>348</sup> Todas as informações aqui noticiadas sobre o caso foram retiradas da decisão do TJSC (Apelação Criminal 2006.004732-9. Relator: Des. Torres Marques. Julgado em 09.05.2006. Disponível em: <[http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca.do#resultado\\_ancora](http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca.do#resultado_ancora)>. Acesso em: 4 mar. 2013).

anos para 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão e, por meio da Lei nº 9.695/1998, foi elevado à categoria dos crimes hediondos ao ser incluído no art. 1º da Lei nº 8.072/1990. Acrescenta que é notório que a imperfeição do legislador quanto à reprimenda abstratamente cominada ao tipo deve e merece ser combatida pela jurisprudência, observando que as inadequações do dispositivo em comento guardam relação não só com a quantidade da pena, mas também com o fato de tratar de várias ações em um único tipo penal, quando deveria referir-se de modo distinto a cada uma delas.

A decisão menciona ainda que, no que tange à pena prevista, percebe-se, claramente, incompatibilidade com as demais penas preceituadas para outros delitos considerados mais graves ou tão graves quanto o em discussão, que também possuem a natureza de hediondos ou a estes são equiparados. Ao crime de tráfico, por exemplo, ilícito considerado muito grave e de grande repulsa pela sociedade em razão das consequências que acarreta, era prevista uma pena mínima de 3 (três) anos de reclusão (à época da conduta), e ao de tortura, de 2 (dois) anos de reclusão. Prossegue afirmando ser inconcebível aplicar-se a mesma pena daqueles que falsificam, adulteram e corrompem medicamentos em grandes quantidades, aos que vendem ou expõem à venda produto que não observa as normas administrativas de controle e procedência. Acrescenta que é bem verdade que o produto, no caso, destinava-se à venda com a finalidade de causar aborto, todavia, as penas previstas para os delitos de aborto (1 a 3 anos de reclusão – art. 124 do Código Penal) e de aborto provocado por terceiro (3 a 10 anos de reclusão – art. 125 do Código Penal) não atingem tão elevado *quantum*.

O TJSC, em tal decisão, coloca, ainda, que não compreende quais motivos levaram o legislador a prever pena tão exacerbada para os delitos previstos no art. 273 do Código Penal, mas afirma que foi deixado de lado o princípio da proporcionalidade nessa cominação. Diante disso, adota como razão de decidir a solução encontrada pela 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no julgamento da Apelação Criminal 2001.72.00.003683-2/SC, cujo relator foi o Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz. Ao decidir caso análogo, com fundamento no princípio da analogia *in bonam partem*, o desembargador federal aplicou ao delito do

art. 273, § 1º-B, I, V e VI, do Código Penal, a pena do tráfico ilícito de entorpecentes<sup>349</sup>.

O Tribunal federal, em tal decisão, afirma não ser novidade que a atividade legislativa vem, nos últimos anos, sendo desenvolvida sob indiscutível e censurável influxo de conveniências políticas e/ou de pressões sociais, legislando-se ao sabor da ocasião. Constata que, se os índices de criminalidade aumentam, com o surgimento de novas condutas delitivas ou o recrudescimento de práticas antigas, a solução que se tem buscado é sempre a mesma: aumento de pena, endurecimento de regime etc. Informa que, incapaz de estabelecer ele próprio políticas preventivas consistentes, o Estado brasileiro encontra, na edição de leis severas, uma forma de dar explicações à sociedade. Cita a Lei nº 8.072/1990, afirmando não ter sido esta capaz de conter a prática de crimes hediondos, verificando-se, desde a sua edição, um aumento significativo de pessoas condenadas pelos delitos ali previstos. E assim acrescenta: a Lei dos Remédios (Lei nº 9.677, de 02.07.1998) é mais um desses diplomas que padecem de imperfeições evidentes, defeito que só se pode atribuir a esse fenômeno que se poderia denominar, à falta de termo mais preciso, de legislatura de ocasião.

Apesar disso, o TRF da 4ª Região defende não ser o caso de assumir a tese da inconstitucionalidade, uma vez que a adulteração de remédios configura, por sua nocividade intrínseca, conduta que merece severa reprimenda criminal. Contudo, reitera que a lei em comento contém impropriedades visíveis, sendo uma delas o quantitativo da pena mínima prevista e outra a reunião, em um só tipo penal, de condutas que mereceriam tratamento diverso pelo legislador.

Conclui, então, que a pena mínima prevista no art. 273 do Código Penal e seus respectivos parágrafos (10 anos de reclusão) é, para casos como o em questão, flagrantemente desproporcional, sendo esse motivo bastante para que se afaste a sua adoção no caso concreto, restando ao aplicador duas soluções possíveis: a primeira delas é, proposta a arguição de inconstitucionalidade, recusar simplesmente a sua aplicação, entretanto, informa o desembargador federal que

---

<sup>349</sup> Disponível em: <[http://www.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=148383&hash=643f3868305a4284e8cb122292c9f124](http://www.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=148383&hash=643f3868305a4284e8cb122292c9f124)>. Acesso em: 4 mar. 2013.

esse não parece ser o melhor caminho, eis que a pena, abstratamente analisada, não padece, em princípio, de vício de inconstitucionalidade, diante da gravidade que lhe é inerente; a segunda solução é recolher, no corpo do sistema normativo, fundamentos jurídicos que sirvam de substrato à aplicação de uma pena justa.

Dito isso, adverte o TRF da 4ª Região que, na escolha do critério a ser fixado para a chamada pena justa, não poderá o aplicador arrogar-se o direito de escolher, arbitrariamente, um montante de pena que julgue necessário à reprimenda da conduta. Uma atitude assim tomada seria censurável não apenas por sua índole autoritária, mas também porque lhe faltaria a necessária motivação, requisito indispensável de toda a decisão judicial (art. 93, IX, da CF). Passa, então, a defender não ser de todo despropositado tomar a pena mínima do delito de tráfico de entorpecentes como parâmetro para a realização da dosimetria no caso específico, eis que, assim como os delitos contra a saúde pública, o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes também tem, como bem jurídico, a saúde pública, além do que não fica descaracterizado pela pequena quantidade de droga vendida. Quem vende pequena quantidade de droga está expondo a risco a saúde pública da mesma forma que aquele que a comercializa em larga escala. Ademais, ambos os delitos têm ainda em comum a circunstância de serem crimes de perigo abstrato. Conclui, então, que a vantagem de adotar essa solução é que o delito previsto na Lei nº 6.368/1976 tinha como pena mínima três anos de reclusão, e, ao aplicá-la, não se estaria negando a gravidade do delito, nem se estaria impondo ao réu pena flagrantemente desproporcional à conduta praticada.

Importante colocar aqui que tal decisão frisa que todo o seu esforço de argumentação deve-se ao fato de que o caso é, definitivamente, complexo, para cuja solução não se revelam suficientes os meios usuais de interpretação jurídica. Reconhece não estar inteiramente livre de críticas, sujeita, por isso mesmo, a objeções, mas afirma que a solução encontrada não parece, contudo, exceder os limites do que em direito se possa considerar razoável, eis que o que não poderia ser feito era tomar, pura e simplesmente, a pena mínima prevista para o delito cometido. E, citando Karl Larenz, adverte que o juiz que interpreta uma lei almejará sempre julgar não só segundo a lei, mas, para além disso, também com justiça.

Assim, considerando que a situação referente ao processo do TRF da 4ª Região em muito se assemelhava à do TJSC, esse Tribunal Estadual entendeu oportuna a solução encontrada pelo desembargador federal e passou a utilizá-la para o caso sob julgamento. Decidiu, portanto, aplicar a analogia *in bonam partem* para fazer incidir, no caso concreto, a pena prevista ao delito de tráfico de entorpecentes, e não aquela cominada no art. 273 do Código Penal. O TJSC condenou, então, Vilma Maria Segalin à pena de 3 (três) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa, mantendo o regime inicial fechado para o cumprimento da pena.

Diante dessa decisão, o Ministério Público recorreu ao Superior Tribunal de Justiça, recurso que teve como relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura<sup>350</sup>. O Recurso Especial não ultrapassou o juízo de admissibilidade, diante da ausência de interposição simultânea de Recurso Extraordinário (incidência da Súmula 126/STJ). Mesmo assim, em seu voto, a Ministra posicionou-se favoravelmente à solução adotada pelo TJSC. Ressaltou que a Lei nº 9.677, de 1998, ao alterar a pena prevista para os delitos descritos no art. 273 do Código Penal, mostrou-se excessivamente desproporcional, cabendo ao Judiciário promover o ajuste principiológico da norma. Afirmou que, diante da verdadeira e gritante desproporção entre a gravidade da conduta de vender remédio sem registro e a gravidade da pena cominada, mostrava-se imprescindível que o Judiciário desse uma aplicação razoável à norma, ajustando-a aos princípios constitucionais.

Acrescentou a ministra do STJ que a escolha do preceito secundário da Lei de Drogas para punir a ré não se mostrou despropositada. Tendo sido a acusada presa em flagrante com remédios sem registro no órgão competente, e sendo o delito do art. 273 do Código Penal considerado crime hediondo, entendeu razoável a analogia realizada pelo TJSC, de modo a não tornar a pena nem tão severa nem tão branda, mantendo-se, ademais, a hediondez do delito. Além do que, ressaltou, ambos os delitos têm como bem jurídico tutelado a saúde pública e são crimes de perigo abstrato.

---

<sup>350</sup> REsp 915.442/SC (2007/0010944-9). Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 14.12.2010. *DJe* 01.02.2011. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 22 jan. 2013.

Segundo a decisão do Tribunal Superior, poder-se-ia ter considerado também como preceito secundário a pena do crime de provocar aborto (arts. 125 e 126 do CP), por ser este o crime de dano que pode, eventualmente, decorrer do crime de perigo de vender remédio abortivo, entretanto, como não será sempre esse o delito, pois, em outras hipóteses, o produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais pode não ser o Cytotec, deve-se fazer uma analogia mais ampla, para abranger os demais casos análogos que porventura venham a ocorrer.

Tal decisão, portanto, findou por não conhecer do Recurso Especial do Ministério Público, mas deu provimento ao Apelo Adesivo de Vilma Maria Segalin, determinando a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, e o regime inicial aberto para o cumprimento da pena.

Importante frisar que o Ministro Og Fernandes, embora tenha sido o responsável por apontar a não admissibilidade do Recurso Especial do Ministério Público pela ausência de interposição simultânea de Recurso Extraordinário, proferiu voto contrário ao da Ministra Relatora no que concerne ao afastamento da pena legalmente cominada e aplicação da pena do crime de tráfico de drogas, ressaltando ainda que a decisão do TJSC feriu a cláusula de reserva de plenário (art. 97 da Constituição Federal e Súmula Vinculante nº 10 do STF), eis que órgão fracionário não pode afastar a incidência, no todo ou em parte, de lei ou ato normativo sem que tal dispositivo tenha sido, previamente, declarado inconstitucional pelo Plenário ou seu órgão especial.

O que interessa, desse voto, a esta pesquisa, é que o Ministro concordou que a modificação trazida pela Lei nº 9.677/1998 tem gerado debates na doutrina e na jurisprudência, em virtude da excessiva elevação da pena privativa de liberdade de um crime de perigo abstrato, que, em cotejo com outras inseridas no Código Penal ou em leis esparsas, mostra-se muito superior à pena de infrações mais graves, como o homicídio simples, ainda mais por ter equiparado a falsificação de medicamentos complexos, com cosméticos e saneantes, sem fazer qualquer distinção ou graduação nas penas a serem aplicadas. Entretanto, afirmou que o princípio da proporcionalidade deve ser observado pelo magistrado, mas não para aferir a correta ou incorreta opção do legislador na cominação das penas mínima e

máxima da norma incriminadora. Tal princípio deve ser respeitado pelo juiz dentro do patamar imposto pelo legislador, sob pena de gerar grande insegurança jurídica, considerando que, caso se aceite afastar o preceito secundário sancionador aplicando-se a pena prevista em outro dispositivo incriminador, condutas criminosas idênticas poderiam dar ensejo a diversas penas, ferindo-se o princípio da isonomia. Assim, o Ministro apontou várias decisões do Supremo Tribunal Federal em que se negou a possibilidade de alterar a pena com base no princípio da proporcionalidade.

Em tempos de verdadeira inércia judicial no que concerne ao controle de proporcionalidade das penas criminais, são admiráveis as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região e pelo Superior Tribunal de Justiça, antes mencionadas. O princípio da separação de poderes, como argumentado anteriormente, não impede, em momento algum, que se proceda ao devido controle de constitucionalidade das normas incriminadoras. Assim como o Judiciário vem, acertadamente, cumprindo com o seu dever de guardião da Constituição em alguns momentos legislativos, é necessário que o faça quando estiver em jogo a excessiva – e, portanto, inconstitucional – pena em abstrato. Repete-se: não existe nenhuma blindagem na seara penal que impeça a realização de tal controle. Pelo contrário, considerando que o Direito Penal é a arma mais incisiva do Estado, interferindo num dos direitos fundamentais de maior respaldo constitucional – a liberdade –, maior deveria ser o controle de constitucionalidade da norma incriminadora.

Desde que a decisão judicial esteja pautada em valores constitucionais, como a proporcionalidade, e seja fruto de um verdadeiro exercício argumentativo e interpretativo, traçando-se uma argumentação coerente com a Constituição de 1988, e justificada pelos princípios morais da sociedade, entende-se que essa decisão estará autorizada a declarar a inconstitucionalidade do preceito secundário sancionador da norma incriminadora, afastando a pena prevista legalmente, e aplicando ao caso concreto uma sanção prevista em outro dispositivo penal que, como dito, a partir de uma argumentação pautada na integridade, seja adequada e justificada, ou melhor, seja a resposta certa para o caso concreto.

Ao declarar a inconstitucionalidade do preceito secundário da norma incriminadora, o juiz estará se afastando da linha das decisões anteriores, mas o fará em busca da fidelidade com um princípio constitucional<sup>351</sup>. Embora o mundo não seja feito de juízes-Hércules, é necessário, sim, como demonstra Dworkin, que cada juiz respeite um processo interpretativo e argumentativo que os aproxime, dentro do possível, de uma atividade hercúlea. Os juízes devem tomar decisões sobre que direitos as pessoas têm em determinado sistema, considerando o todo, voltando os olhos para a totalidade das ordenações, recordando sempre que a Constituição é a mãe de todas as leis e a guardiã da democracia. Isso permitirá que as decisões estejam pautadas num direito como integridade, não sendo a mera reprodução de uma lei injusta e inconstitucional. O próprio Dworkin reconhece que a integridade é uma norma mais dinâmica e radical do que pode parecer, pois incentiva um juiz a ser mais abrangente e imaginativo em sua busca de coerência com o princípio fundamental<sup>352</sup>.

O que se propõe é que os juízes, diante dos casos concretos, façam uma releitura constitucional dos tipos penais, o que não representa um ativismo judicial, mas uma interpretação construtiva com o intuito de corrigir as flagrantes violações de direitos fundamentais.

A questão é que a decisão só será legítima se vier acompanhada de uma fundamentação coerente e constitucionalmente aceitável. O juiz não pode escolher qualquer pena do ordenamento jurídico que lhe aprouver. A sua “escolha” deve estar exaustivamente fundamentada<sup>353</sup>. É essa fundamentação que legitima a decisão, afastando o juiz de uma postura pragmática.

Recorda-se que qualquer resposta certa é, necessariamente, uma resposta adequada à Constituição. Deve-se realizar um exercício interpretativo de forma comprometida. O juiz deverá fundamentar a sua declaração de

---

<sup>351</sup> Segundo Streck, no Brasil, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* cit., p. 571).

<sup>352</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 265.

<sup>353</sup> “Não pode haver decisão judicial que não seja fundamentada e justificada em um todo coerente de princípios que representam a história institucional do direito” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* cit., p. 470).



inconstitucionalidade, mas também a eleição da nova pena, apresentando nessa fundamentação os critérios que foram utilizados, critérios estes que devem respeitar os valores constitucionais, o direito e o Estado Democrático. Se a decisão estiver fundamentada constitucionalmente, então esse juiz não será um pragmático, mas sim um juiz que respeita o direito como integridade. Percebe-se que a resposta certa está no caminho, e não apenas no fim!

A decisão judicial deverá ter dois eixos argumentativos principais: primeiro, a argumentação pela inconstitucionalidade da pena legalmente cominada, pautada no princípio da proporcionalidade; segundo, a argumentação pela busca da pena a ser aplicada ao caso concreto, pautada no princípio instituidor da incriminação. As decisões do caso que ora se comenta, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e do Superior Tribunal de Justiça, respeitaram o primeiro exercício argumentativo, mas pecaram no segundo. Eis o problema.

O juiz deverá, primeiramente, fundamentar a inconstitucionalidade da pena, fazendo uma abordagem do princípio da proporcionalidade como mecanismo suficiente para o controle de constitucionalidade; apontando a possibilidade de se afastar apenas o *quantum* excessivo da pena, sem que isso fira os ditames da democracia; tecendo uma análise comparativa entre os dispositivos incriminadores e suas respectivas penas; enfim, buscando toda a argumentação que for necessária para demonstrar a incontestável desproporcionalidade do *quantum* da pena. Essa argumentação, mesmo que de forma simplória, pode-se dizer que foi feita nas decisões em questão. Eis o ponto positivo das mesmas: a coragem em afastar uma pena notoriamente desproporcional, que se apresenta demasiadamente excessiva para ser aplicada ao caso concreto.

Entretanto, para que as decisões se afastem de um indesejado decisionismo judicial, existe a necessidade de se realizar um segundo momento argumentativo, referente à eleição da pena a ser aplicada ao caso concreto. Aqui, tais decisões pecaram, ou por total falta de argumentação, ou por uma argumentação rasa e pautada em fundamentos não aceitos constitucionalmente.

#### 4.3.1 Analisando a (não) argumentação das decisões

A decisão do Tribunal Regional da 4ª Região dedicou poucas linhas aos parâmetros para a eleição da pena do tráfico de drogas como substitutiva da pena de falsificação de medicamentos, justificando essa eleição apenas na identidade de bem jurídico (afirmando que os dois delitos possuem a saúde pública como o bem jurídico tutelado) e no fato de ambos terem em comum a circunstância de serem crimes de perigo abstrato. Porém, é necessário indagar: será que o fato de tutelarem o mesmo bem jurídico – no caso a saúde pública – e serem, ambos, crimes de perigo abstrato – se é que a Constituição Federal permite se falar em crime de perigo abstrato –, são elementos suficientes para a consagração da resposta certa ao caso concreto? Acredita-se que não.

Não se está aqui a negar toda a importância histórica da doutrina do bem jurídico, que desde o Iluminismo vem funcionando como meio de conter o poder punitivo estatal, e nem mesmo que esta vem sendo adotada como parâmetro à criminalização de condutas. Mas, diante do ordenamento jurídico-penal pátrio, não se pode falar em uma obediência fiel e racional ao bem jurídico na sistematização dos delitos no Brasil, por isso, adotar este como critério à eleição da pena substitutiva é, no mínimo, preocupante. Quantos bens jurídicos, considerando a legislação penal brasileira, são questionáveis?<sup>354</sup>

---

<sup>354</sup> A título exemplificativo, cita-se o caso da Lei das Contravenções Penais, que, no seu capítulo VII, considera os chamados bons costumes como bem jurídico pretensamente tutelado. Oriunda de uma construção em que se confundiam aspectos penais e morais, hoje parece certo que a abstração consagrada em pudor, honestidade ou bons costumes não tem lugar na ciência penal. O contorno assumido pelo bem jurídico deve, pois, guardar a maior segurança possível, não sendo aceita uma colocação vaga e mutável (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 284), não devendo o costume ser objeto da intervenção penal. Caso se olhe para os arts. 50 (jogo de azar) e 58 (jogo do bicho) deste Capítulo, falar o que então sobre o bem jurídico tutelado? Pretende-se afinal proteger o patrimônio do jogador, a moralidade (os costumes) ou o monopólio estatal na exploração do jogo? Na doutrina brasileira praticamente não existe defensor da teoria de que a lei penal, no caso, sirva de proteção ao patrimônio do apostador. Cada um tem liberdade de fazer com o seu dinheiro o que bem entender, desde que não ofenda interesses alheios. O Estado não pode chegar ao extremo de querer gerenciar o destino do dinheiro de cada pessoa (GOMES, Luiz Flávio. Jogo do Bicho – Bem jurídico e discriminação parcial. *Boletim*, 56, jul. 1997. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 30 jun. 2008). Assim, acaba-se aceitando que o bem jurídico tutelado (nos arts. 50 e 58) é a moralidade. Afirma-se que o jogo é imoral, indecente, indecoroso, estimula a ociosidade, afasta o homem das suas atividades, afeta a estrutura familiar, é foco de anarquismo etc. Que o jogador perde muito mais que dinheiro, perde tempo da vida, perde o conceito social e perde a consideração e o respeito dentro do próprio lar e fora dele

Ademais, pode-se indagar o que vem a ser o bem jurídico saúde pública. Este é realmente um bem jurídico penal? E mais, os crimes previstos na Lei de Drogas têm por fim, realmente, a tutela da saúde pública?

Queiroz afirma que a tese de que o bem jurídico protegido na Lei de Drogas é a saúde pública é infundada. Primeiro, porque a proibição indiscriminada acaba por inviabilizar a realização de um controle oficial mínimo sobre a qualidade da droga produzida e consumida, inclusive porque as autoridades sanitárias nada podem fazer a esse respeito, em razão da clandestinidade; segundo, porque os consumidores não têm, em geral, um mínimo de informação sobre os efeitos nocivos das substâncias psicoativas; terceiro, porque o sistema de saúde (hospitais, médicos, planos de saúde etc.) não está minimamente aparelhado para atender aos usuários e dependentes; quarto, porque o próprio usuário é ainda tratado como delinquente, e, pois, como alguém que, mais do que tratamento, precisa de castigo<sup>355</sup>.

Continua o autor afirmando que, se a preocupação com a saúde pública fosse a questão política fundamental, o mais adequado não seria a criminalização da produção e consumo de droga, mas a sua legalização pura e simples, à semelhança do que se passa com as drogas lícitas. Seria o caso, portanto, de tratar a droga não como problema de polícia, mas como um problema de saúde pública. Além do mais, o tráfico é, a rigor, um crime sem vítima, porque cabe ao indivíduo, senhor que é de

---

(MONTEIRO, Marcelo Valdir. Comentários à Lei das Contravenções Penais – arts. 50 a 58. In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo (coord.). *Comentários à Lei das Contravenções Penais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 238). Nos tempos atuais, em que o governo explora tantas loterias, só um ultrapassado “apriorismo moralista” justifica tal postura (GOMES, Luiz Flávio. *Jogo do Bicho – Bem jurídico e discriminação parcial cit.*). O jogo hoje é amplamente praticado, divulgado, não podendo ser tido como uma ofensa à moral. As condutas periféricas (fraude, coação, homicídios, tráfico, corrupção etc.) são outra coisa. Se o jogo, isoladamente considerado, fosse imoral, como se justificaria o fato de o governo ser o seu maior “explorador” no Brasil? Não é concebível imaginar que o Estado possa desenvolver atividades imorais. Disto se extrai que o bem jurídico tutelado nos referidos dispositivos não é a moralidade, senão o monopólio estatal da exploração das loterias (idem, ibidem). Quantos jogos de azar existem que não são proibidos pelo Estado, principalmente aqueles que são por ele mesmo fomentados, a exemplo das chamadas “raspadinhas”? (GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio cit.*, p. 92). Este seria, então, um bem que merece ser protegido juridicamente e tutelado pelo Direito Penal? O monopólio estatal da exploração do jogo? Percebe-se, portanto, a fragilidade do bem jurídico no Brasil para ser adotado como critério na busca da pena proporcional.

<sup>355</sup> QUEIROZ, Paulo. *A propósito do bem jurídico protegido no tráfico de drogas*. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/a-proposito-do-bem-juridico-protetido-no-traffic-de-droga-e-afins>>. Acesso em: 16 dez. 2014.

sua própria saúde, decidir sobre o que consumir ou não consumir. A criminalização do tráfico de droga e afins não protege, portanto, bem jurídico algum. A alegação de que tutelaria a saúde pública constitui simples pretexto para legitimar uma opção político-criminal<sup>356</sup>.

Enfim, não se pretende aqui aprofundar a discussão sobre os pontos positivos e negativos da teoria do bem jurídico penal, ou sobre a viabilidade ou não do “bem jurídico” saúde pública. Esse não é um assunto que seja necessário enfrentar para as conclusões desta pesquisa. O intuito é, simplesmente, demonstrar que a teoria do bem jurídico penal não é um caminho viável para a busca da pena substitutiva a ser aplicada ao caso concreto.

Ademais, buscar a identidade do bem jurídico entre a pena afastada e a dita como proporcional pode acarretar uma limitação no âmbito de pesquisa da nova pena que não é favorável à busca da resposta certa. Imagine, por exemplo, que alguém esteja sendo processado pelo crime de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor (art. 303 do CTB). O Código de Trânsito Brasileiro previu o tipo penal culposo de lesão corporal, mas silenciou no que diz respeito à modalidade dolosa. Devido a essa omissão legislativa, pode-se entender que, se o agente, dirigindo o seu veículo, vier a atropelar alguém causando lesão corporal leve, e ficar constatado que ele agiu por imprudência ou negligência, responderá por um crime apenado de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos de reclusão. Se o mesmo infrator, entretanto, agir dolosamente, a pena será aquela prevista para a lesão corporal dolosa do Código Penal, que é de 3 (três) meses a 1 (um) ano de detenção (art. 129).

Diante dessa incongruência legislativa, um magistrado poderia resolver afastar a incidência do preceito secundário sancionador do art. 303 do CTB, por entender ser a pena desproporcional, eis que, naquele caso, as lesões foram bem leves. Na busca da pena proporcional ao caso concreto, o magistrado só poderia considerar os tipos previstos no Código de Trânsito Brasileiro?

---

<sup>356</sup> QUEIROZ, Paulo. *A propósito do bem jurídico protegido no tráfico de drogas* cit.

A lesão corporal no Código Penal tem como bem jurídico a integridade física, enquanto que os crimes de trânsito têm como bem jurídico a segurança viária. Aqui não existe uma identidade imediata de bens jurídicos. Por esse motivo, o magistrado não poderia considerar os tipos previstos no Código Penal no início da sua atividade interpretativa?

Note-se que, caso o magistrado, após uma sentença argumentativamente construída, entenda que a pena proporcional é a prevista no art. 129, § 6º, do Código Penal, ele não estará defendendo a proporcionalidade da pena do crime de lesão corporal culposa em si. Esta também poderá, em outra situação, ser questionável, eis que a pena máxima possui valor idêntico à pena máxima do crime de lesão corporal dolosa. Ele estará, apenas, demonstrando que essa é uma pena mais condizente ao caso concreto, que o serve de forma melhor que a pena prevista inicialmente ao crime. É a pena proporcional para aquele processo. É a resposta certa para aquele caso.

Como dito, o ordenamento jurídico penal pátrio não possui uma sistematização coerente dos bens jurídicos. Nem sempre a resposta certa, ou seja, a pena que melhor se adéqua ao caso concreto, tutelar a o mesmo bem jurídico da pena afastada. Ao se adotar o bem jurídico como parâmetro, se estará restringindo o âmbito de pesquisa de forma negativa, eis que o bem jurídico não é critério suficiente para afastar a arbitrariedade judicial e, ao mesmo tempo, não é critério confiável para a eleição da pena proporcional.

A decisão do TRF da 4ª Região utilizou, ainda, como fundamento da sua decisão, o fato de os dois crimes (falsificação de medicamentos e tráfico de drogas) serem de perigo abstrato. Se a Constituição Federal nem mesmo autoriza a existência de crimes de perigo abstrato, como esta pode ser uma justificativa para a eleição da pena a ser aplicada ao caso concreto?

Entende-se que os crimes de perigo abstrato foram afastados pela Constituição diante dos princípios da ofensividade, da intervenção mínima, da proporcionalidade. A lógica do Direito Penal da ofensividade entra em conflito frontal com essa forma de antecipação da tutela penal.

A diferença entre o crime de perigo concreto e o de perigo abstrato está na efetivação do perigo: enquanto no primeiro exige-se a comprovação real, no segundo o perigo é presumido, dispensando prova de sua existência. Também se pode dizer que nos delitos de perigo concreto o tipo requer como resultado da ação a proximidade de uma lesão – a ação tem que estar na iminência de causar uma lesão a um bem jurídico determinado –, enquanto nos delitos de perigo abstrato não se exige tal resultado de proximidade de uma lesão a um concreto bem jurídico, senão que basta a perigosidade da conduta, perigosidade esta que se supõe inerente à ação. O legislador castiga a perigosidade da conduta em si mesma. Os delitos de perigo concreto são classificados como sendo de resultado, enquanto os delitos de perigo abstrato adentram na categoria de crimes de mera atividade (perigosa)<sup>357</sup>.

Gomes é taxativo ao afirmar que o “fato é típico quando o bem jurídico, revelado pela norma (de valoração), vem a ser concretamente afetado (ou por uma lesão ou por um perigo concreto)”<sup>358</sup>. Acrescenta o autor que a concepção do delito como uma conduta necessariamente ofensiva baseia-se também na preocupação de determinar os limites racionais dentro dos quais pode o legislador legitimamente antecipar a tutela penal, que por natureza deve ser concebida como fragmentária e subsidiária. Particularmente problemáticos são os delitos de perigo, que o legislador, sob diferentes técnicas legislativas, vem utilizando amplamente, originando graves problemas de justificação ou legitimação. Assim, a construção de todo o sistema penal constitucionalmente orientado deve partir da premissa de que não há crimes sem ofensa – lesão ou perigo concreto de lesão – a um bem jurídico<sup>359</sup>.

Queiroz acrescenta que a intervenção mínima não deve ter lugar senão em face de dano ou perigo de dano ocorrido, ou seja, dano ou perigo concreto, pois, do contrário, não se protegerá bem jurídico algum, mas, antes, se penalizará a só desobediência à norma penal. É preciso que se trate, portanto, de dano ou perigo

---

<sup>357</sup> DE LA TORRE, Ignacio Berdugo Gómez; ZAPATERO, Luis Arroyo; RIVAS, Nicolás García; OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; PIEDECASAS, José Ramón Serrano. *Lecciones de derecho penal. Parte general*. 2. ed. Barcelona: Praxis, 1999. p. 156.

<sup>358</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 18.

<sup>359</sup> Idem, *ibidem*, p. 20-22.

verificável, partindo das características de cada concreto comportamento proibido, repudiando, assim, os chamados delitos de perigo abstrato<sup>360</sup>.

Ferrajoli, ao discorrer sobre a lesividade, informa que esta impede a existência dos delitos de perigo abstrato ou presumido, nos quais tampouco se requer um perigo concreto, senão que se presume, em abstrato, pela lei. Dessa forma, nas situações em que, de fato, nenhum perigo subsista, o que se castiga é a mera desobediência ou a violação formal da lei por parte de uma ação inócua em si mesma. Tais tipos devem ser reestruturados, sobre a base do princípio da lesividade, como delitos de lesão ou, pelo menos, de perigo concreto, segundo mereça o bem em questão uma tutela limitada ao prejuízo ou antecipada à mera colocação em perigo. Sendo impossível essa adequação, é oportuna a sua supressão<sup>361</sup>.

Dias apresenta dois fundamentos principais para a rejeição dos delitos de perigo abstrato. Primeiramente, salienta que uma análise histórica equilibrada e livre de preconceitos conduzirá à conclusão de que a sociedade foi sempre – e talvez mais do que hoje, e porventura será sempre – uma sociedade de risco. Não há por isso razão bastante para que hoje se advogue o crescimento exponencial de proteções antecipadas de bens jurídicos – de que os crimes de perigo abstrato são o sinal mais evidente – até um ponto em que o bem jurídico perde os seus contornos, se esfuma e, com isso, deixa completamente de exercer a sua função como padrão de legitimação. Depois, e decisivamente, ao Direito Penal não deve caber uma função promocional que o transforme, de direito de proteção de direitos fundamentais, individuais e coletivos, em instrumento de governo da sociedade<sup>362</sup>.

Bianchini, por sua vez, advoga que os delitos de perigo abstrato ferem não só o princípio da ofensividade, mas também o da dignidade da pessoa humana. Afirma a autora que, na medida em que ao Direito Penal somente se deve reservar as condutas que mais gravemente ofendam bens de fundamental importância para a coexistência humana, a punição a título de crime de perigo encontra-se ameaçada e,

---

<sup>360</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal* cit., p. 88.

<sup>361</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão* cit., p. 440.

<sup>362</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 72-73.

quando concreto, somente se justifica como recurso indispensável para salvaguardar bens de elevada dignidade. Somente bem jurídico de elevada dignidade penal pode ser objeto de punição a tal título, sob pena de a criminalização da conduta representar um ato atentatório à dignidade do agente que eventualmente venha a sofrer imposição de sanção por tê-la praticado<sup>363</sup>.

Se os crimes de perigo abstrato nem mesmo são aceitos no ordenamento constitucional brasileiro, não podem servir como justificativa para a eleição da pena a ser aplicada ao caso concreto.

Concorda-se que a pena mínima do crime de tráfico (à época da conduta) de 3 (três) anos é condizente ao caso concreto. Realmente, a resposta certa, por meio de uma atividade argumentativa pautada no princípio instituidor, poderia levar a essa pena. Embora se concorde com o fim alcançado, a resposta certa está no caminho, e os fundamentos da decisão são falhos.

Ademais, a decisão do TRF da 4ª Região coloca que não se deve assumir a inconstitucionalidade pela gravidade do crime. É bem verdade que a incriminação é necessária e, portanto, proporcional, por esse motivo afasta-se somente o *quantum* da pena legalmente cominada, caso contrário, se declararia a inconstitucionalidade do artigo, sendo a absolvição a única saída. Mas, embora se assuma a gravidade do crime e a necessária incriminação da conduta, nada impede que se declare a inconstitucionalidade, desde que seja parcial, que afasta tão somente o *quantum* da pena (inconstitucionalidade do preceito secundário sancionador)<sup>364</sup>.

---

<sup>363</sup> BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal* cit., p. 68.

<sup>364</sup> É de suma importância que, nesses casos, declare-se a inconstitucionalidade ou não recepção parcial do dispositivo para que a decisão não se torne contraditória. Dizer que não é inconstitucional, mas, mesmo assim, afastar a pena, como vem ocorrendo, é contraditório. Como bem afirma a Ministra Laurita Vaz em decisão proferida no Habeas Corpus 167.320/PR, está “em evidente *contradictio in abstracto*, a decisão que assentou, de um lado, a constitucionalidade do art. 273 do Código Penal, e reconheceu, de outro, violação ao princípio da proporcionalidade na pena cominada ao delito”, afastando a “incidência de parte da norma sob o fundamento de que, no caso concreto, a conduta do acusado não implicava grande potencial lesivo à saúde pública ou à economia popular”. Cita, inclusive, o RE 240.096 (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 21.05.1999), no qual ficou definido que “Reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que – embora sem o explicitar – afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição” (Superior Tribunal de Justiça. HC 167.320/PR. Quinta Turma. Relatora: Min. Laurita Vaz. DJ 11.09.2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23 jun. 2014).



Entende-se, portanto, que a decisão do TRF da 4ª Região não caminhou de forma a se apresentar adequada e justificada, reconhecendo-se, entretanto, o esforço que fora feito e o grande passo que fora dado ao declarar a desproporcionalidade da pena.

A decisão do TJSC, por sua vez, após argumentar a desproporcionalidade da pena do art. 273 do Código Penal, com várias transcrições doutrinárias inclusive, no que concerne aos fundamentos da eleição da pena do tráfico de drogas como pena a ser aplicada ao caso concreto, limitou-se a copiar a decisão do TRF da 4ª Região, adotando-a como “razão de decidir”.

É bem verdade que se deve considerar toda produção jurídica anterior, seja legislativa, doutrinária ou jurisprudencial, no ato da decisão judicial. Mas a decisão, para ser fruto de uma verdadeira atividade argumentativa, não pode limitar-se a uma mera transcrição. Nada impede que o magistrado cite uma decisão judicial. Em muitos momentos deverá até mesmo fazê-lo, mas a sua fundamentação não pode se esgotar aqui. Na decisão do TJSC faltou argumentar. Por que a eleição da pena do tráfico de drogas? Porque um juiz assim o decidiu, não é uma resposta construída constitucionalmente. Para que a decisão não seja arbitrária, fruto de um decisionismo pernicioso, é necessário argumentar. Expor, de forma fundamentada, coerente, íntegra, os motivos que levaram à eleição de determinada pena. A argumentação tem que estar pautada em princípios, na Constituição, na doutrina, na jurisprudência, na ideia de justiça, nos valores morais de uma sociedade, mas não em uma única decisão judicial.

Como afirma Dworkin, “um bom juiz verá naturalmente que faz parte de seu trabalho ser autoconsciente e autocrítico, perguntar quais são, realmente, as suas obrigações”<sup>365</sup>. Ele perceberá naturalmente que deve ser um teórico, no sentido de que ele reconhece o caráter argumentativo até mesmo dos pontos de vista que defende irrefletidamente e que compreende que mesmo estes são, em princípio,

---

<sup>365</sup> DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga* cit., p. 69.

vulneráveis a uma contestação teórica que ele tem a responsabilidade de enfrentar da melhor maneira possível<sup>366</sup>.

Como afirmado anteriormente, não se está a negar a importância da decisão do STJ: esta representa um grande passo. Mas é necessário, aqui, analisar os argumentos que foram levantados, ou simplesmente esquecidos. O acórdão mantém a decisão do TJSC. Tece alguns comentários sobre a desproporcionalidade do art. 273 do Código Penal, citando farta doutrina. Entretanto, no momento de justificar a eleição da pena do crime de tráfico de drogas, limita-se a dizer, em um único parágrafo, que a escolha não se mostra despropositada, considerando a identidade do bem jurídico saúde pública, o fato de ambos os crimes (falsificação de medicamentos e tráfico de drogas) serem de perigo abstrato, além de se manter, com essa eleição, a hediondez do delito.

O problema é que, como visto, a identidade do bem jurídico e o fato de serem ambos crimes de perigo abstrato não são fundamentos condizentes com a Constituição Federal, não formam uma argumentação suficiente para respaldar democraticamente a decisão. Diga-se o mesmo para a afirmação de que, com essa escolha, mantém-se a hediondez do delito. Ao se afastar a pena de um crime hediondo, não se pode restringir o âmbito de pesquisa da pena a ser aplicada ao caso concreto entre as previstas para outros crimes hediondos.

Faltou argumentar. Faltou justificar. Faltou expor critérios. Faltou realizar uma verdadeira atividade interpretativa na eleição da pena a ser aplicada ao caso concreto. Faltou se permitir ouvir, interagir com o texto. Enfim, o problema é que ainda faltou.

E, embora se concorde com o fim (a eleição da pena do crime de tráfico de drogas para ser aplicada ao caso), não se pode dizer que essa foi uma resposta certa, porque, como dito anteriormente, a resposta não está no fim, mas sim no meio.

---

<sup>366</sup> DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga* cit., p. 69.

Importante ainda frisar que a decisão do STJ traz como um dos pontos de defesa da escolha da pena do crime de tráfico de drogas o fato de esta permitir uma analogia mais ampla, eis que nem sempre o medicamento vendido ou adquirido de forma irregular será um remédio abortivo. Caso se aplicasse a pena do crime de aborto (o crime de dano que poderia resultar da venda do Cytotec), essa decisão não poderia ser utilizada para a venda irregular de medicamentos diversos. Entretanto, esse também não é um argumento a ser considerado, porque a eleição da pena substitutiva à pena desproporcional será feita considerando o caso concreto, portanto, será a resposta certa apenas para aquele caso. O fato de, em situações fáticas distintas, afastando-se um mesmo preceito secundário sancionador, eleger-se penas diversas, não viola a ideia dworkiana de resposta certa, pelo contrário, a consagra.

Não se deve ter “outros casos” como um dos critérios na busca da resposta certa, o fato desta mesma resposta poder ser reproduzida em outros processos. O juiz procura a resposta certa para aquele caso, e se a encontra, já será suficiente, mesmo que ela não se adapte aos demais. Em outro momento, em outro caso, haverá uma nova pesquisa e, portanto, uma nova resposta.

#### *4.3.2 A resposta certa: a análise do princípio instituidor*

A busca da pena a ser aplicada ao caso concreto, substituindo a pena desproporcional, perpassa por uma análise minuciosa dos princípios instituidores das penas cominadas no Código Penal e legislação especial.

Quando o juiz declarar, em sua decisão, a desproporcionalidade da pena prevista legalmente, afastando a sua incidência diante da sua inegável inconstitucionalidade, ele estará criando, momentaneamente, uma lacuna no direito. Existe uma incriminação necessária, uma conduta proibida penalmente, e, para esta, é preciso encontrar uma pena. Assim, realizará uma interpretação construtiva pautada na integridade.

Ou seja, buscará, dentro do ordenamento jurídico penal pátrio, as penas que abraçam princípios instituidores semelhantes ao do caso sob julgamento. Se ele encontrar uma pena que tenha um princípio instituidor semelhante ao do caso em análise, então ele poderá aplicá-la, mas se não encontrar, se não houver no ordenamento outra pena que tenha sido gerada para tutelar uma situação semelhante à sob julgamento, então a lacuna não poderá ser preenchida, e a absolvição é medida que se impõe.

Na decisão do Superior Tribunal de Justiça, o caso concreto, resumidamente, era o seguinte: Vilma Maria Segalin havia adquirido, de forma irregular, um produto destinado a fins medicinais (que, dependendo da forma como for utilizado, pode causar grandes males à saúde humana), e o estava vendendo, sem o registro que é exigido pelo órgão de vigilância sanitária. Qual o princípio instituidor que está por trás dessa incriminação? O que é realmente proibido aqui? O que torna a conduta tão nociva a ponto de ser criminalizada? A venda de produto que pode fazer mal à saúde, de forma irregular, em desacordo com as normas nacionais de fiscalização.

Pois bem, dito isso, pergunta-se: existe, dentro do ordenamento jurídico penal pátrio, outra incriminação que tenha o mesmo princípio instituidor? Que penalize a conduta de vender produto que pode fazer mal à saúde, e que a venda, em contrariedade às normas brasileiras, seja proibida? O crime que se identifica com a situação fática sob análise, inegavelmente, é o tráfico de drogas, por possuir o mesmo princípio instituidor. Qual a ideia que está por trás da incriminação do tráfico? A proibição de vender, ilegalmente, um produto que faz mal à saúde, que causa uma dependência nociva.

Por esse motivo, concorda-se com a aplicação da pena do tráfico de drogas ao caso concreto. Não porque ambos os crimes possuem o mesmo bem jurídico, ou são de perigo abstrato, ou são crimes hediondos, mas porque se encontra, na penalização do tráfico de drogas, o mesmo princípio instituidor da incriminação do caso concreto.

Vê-se porque se afirma que esta é uma solução que só pode ser realizada diante do caso concreto. Aqui, a única espécie de controle de constitucionalidade possível é o difuso, eis que, sem o caso concreto, não se terá critérios para buscar a pena a substituir a que fora afastada.

Ademais, diante da Constituição de 1988, do princípio instituidor que faz do Direito Penal um direito de intervenção mínima, da defesa dos direitos humanos que se abraça mundialmente, dos valores que devem permear uma sociedade democrática, esse controle de constitucionalidade da pena só poderá ser feito para afastar penas excessivas. A pena a ser aplicada ao caso concreto tem que ser inferior à afastada. Essa é uma premissa inegociável!

Sendo assim, a pena do crime de tráfico de drogas servia ao caso concreto, eis que inferior à pena do crime de falsificação de medicamentos, e condizente com a conduta sob julgamento.

#### 4.3.3 *O voto divergente*

Falta analisar apenas o voto do Ministro Og Fernandes. Este se nega a proceder ao controle de constitucionalidade por entender que a proporcionalidade não serve para aferir a correta ou incorreta opção do legislador na cominação das penas mínima e máxima da norma incriminadora. Afirma que se tem que respeitar os parâmetros seguidos pelo legislador, sendo dever do juiz proceder somente com a dosimetria da pena.

Se um princípio constitucional não serve para realizar o devido controle de constitucionalidade das leis inferiores, serve para que, então? Se um juiz não pode pensar o direito, fará o que, então? Faz tempo que o juiz não é um mero aplicador da lei – pelo menos 25 anos, considerando a promulgação da Constituição de 1988. E o direito não é a lei, é uma atividade interpretativa.

Esta tese já apresentou, em capítulos anteriores, argumentos suficientes a combater o entendimento de que não é possível realizar o controle de constitucionalidade da pena. Não só é possível, como necessário. Ademais, o

ministro alega que o Supremo Tribunal Federal vem decidindo dessa forma, contrário ao controle de constitucionalidade da pena pautado na proporcionalidade, por entender que é uma atividade exclusiva do Legislativo. Mas se o direito não é a lei, também não é o que alguns juízes da Corte dizem ser<sup>367</sup>. Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça já teve posturas contrárias ao Supremo, afirmando a inconstitucionalidade de um dispositivo quando o Supremo entendia pela constitucionalidade. É bem verdade que a interpretação construtiva requer, sim, que se analise o que já fora feito até o momento, as decisões anteriores, mas, em alguns casos, será necessário se afastar dessas decisões, se abraçar uma postura mais inovadora. A tradição, dentro do direito como integridade, não pode aprisionar, ela liberta.

Como afirma Pinho, não é uma questão de poder. Embora a Suprema Corte tenha a incumbência de interpretar a Constituição, nem sempre dará as respostas certas aos casos controvertidos. O Direito é bem mais do que alguns poucos juízes pensam que ele seja<sup>368</sup>.

Nesse mesmo sentido, Streck coloca que o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja, ou seja, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, diz que ele é. A doutrina deve doutrinar. Esse é o seu papel! Aliás, não fosse assim, o que se faria com as mais de mil faculdades de direito, os milhares de professores e os milhares de livros produzidos anualmente? E mais: não fosse assim, o que se faria com o Legislativo e suas leis? E, afinal, o que fazer até mesmo com a Constituição?<sup>369</sup> Como bem demonstra Dworkin, o direito não é o que algum juiz ou Tribunal disse ser, mas é a melhor interpretação possível da prática jurídica como um todo, e aí se encontram as decisões judiciais, a produção doutrinária, as leis e a Constituição,

---

<sup>367</sup> Sobre a necessidade de entender que o direito não se resume a simplesmente copiar de forma mecânica as decisões dos Tribunais Superiores, Rosa traz interessante crítica: “As decisões judiciais deixaram de dizer o caso. Elas são produzidas para serem vistas. O computador e a *internet* propiciaram uma vitrine para decisões judiciais. Reproduzem-se como metâmeros. De um lado orquestradas pelos órgãos de cúpula e na lógica da Orquestra Judicial, espriam-se como uma sinfonia única para todo o sistema. Há uma compulsão por admirar, copiar e legitimar quem nos conduz. A decisão judicial, pois, está vestida com as roupas da última coleção e garantida pela grife: STF e STJ” (ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material* cit., p. 103).

<sup>368</sup> PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo* cit., p. 125.

<sup>369</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Decido conforme minha consciência?* cit., p. 25.

buscando-se sempre respeitar o que for melhor para aquela sociedade dentro dos princípios morais que a condicionam.

A decisão se dá não a partir de uma escolha, mas sim a partir do comprometimento com algo que se antecipa. No caso da decisão judicial, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito. Essa construção não é a soma de diversas partes, mas sim um todo que se apresenta como a melhor interpretação – mais adequada – do direito<sup>370</sup>.

Por fim, o Ministro afirma que afastar uma pena geraria insegurança jurídica, eis que condutas criminosas idênticas poderiam gerar penas diversas, e isso fere o princípio da isonomia. Como já fora dito, cada caso tem a sua resposta certa. O fato de ser uma mesma conduta criminosa não quer dizer que sejam situações concretas idênticas. Cada caso é um caso, e cada um tem as suas peculiaridades, as suas características, as suas consequências. É exatamente por isso que as decisões podem, e devem, ser diversas, porque a situação fática que gera um processo nunca será idêntica à de um outro processo. A resposta que se busca é para aquele processo, e se ela o servir corretamente, respeitando a integridade, a justiça e a equidade, então esta será a resposta certa para o caso concreto, mesmo que não se aplique aos demais. E isso não gera insegurança, não fere a isonomia. Pelo contrário, respeita as peculiaridades de cada um, e não trata todos como se fossem iguais. Não o são! Ao se desenvolver uma verdadeira atividade argumentativa, se estará afastando qualquer insegurança jurídica.

Essas são as decisões que foram analisadas com o simples intuito de tornar a tese mais elucidativa, demonstrando que o controle de constitucionalidade da pena à luz da proporcionalidade é possível, e o que vem a ser o princípio instituidor como parâmetro a tornar a eleição da nova pena uma atividade que respeita o direito como uma questão de integridade.

---

<sup>370</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Decido conforme minha consciência?* cit., p. 108.

## 5 CONCLUSÃO

Nesse período de vigência da Constituição e nos limites do permitido pelos instrumentos postos à disposição pela jurisdição constitucional, já deveria ter sido feito muito mais. Os juízes não são legisladores, mas são – ou deveriam ser – os guardiões dos valores constitucionais. O controle de constitucionalidade da norma incriminadora à luz do princípio da proporcionalidade já deveria ser uma realidade nos Tribunais pátrios. A jurisprudência pode e deve ter um papel muito mais relevante nesse processo de institucionalizar a integridade, a coerência e a proporcionalidade no direito, em especial no Direito Penal.

Ao se encerrar este trabalho, e tendo em vista a necessidade de serem elaboradas proposições conclusivas, reafirma-se que o julgador deve afastar a pena desproporcional e aplicar ao caso concreto outra pena, encontrada na legislação, que se apresente proporcional, sendo que, para a eleição dessa nova pena, deve considerar o princípio instituidor da incriminação. Esta, sem dúvida, é a principal conclusão da pesquisa, mas, para chegar a ela, foram extraídas outras considerações conclusivas, que podem ser assim resumidas:

1. Apesar de o Direito Penal, em um Estado Democrático de Direito, dever ser de intervenção mínima, não é difícil constatar que, nos últimos tempos, o Direito Penal vem sendo acometido por uma profunda expansão, que se manifesta ora no incremento dos espaços destinados à incidência de suas normas, ora no agravamento das reprimendas impostas à violação de interesses já tutelados anteriormente por essas mesmas normas. Impulsionado por uma tendência inflacionária do Direito Penal, o legislador deixa de observar com frequência os pressupostos mínimos para o desenho da tutela penal, ignorando valores constitucionais, e colocando no mundo jurídico incriminações desnecessárias e penas desproporcionais.

2. Uma vez identificada a desproporcionalidade da pena cominada pelo legislador, o juiz não poderá aceitá-la, aplicando-a ao caso sob julgamento. Caso a mácula da pena esteja na incriminação em si, sendo esta desnecessária, cabe ao



magistrado declarar a inconstitucionalidade total do dispositivo, absolvendo o réu; agora, caso a mácula esteja apenas no *quantum* da pena em abstrato, por ser esta excessiva diante do caso concreto, então o magistrado deverá declarar a inconstitucionalidade parcial do dispositivo, afastando apenas o preceito secundário sancionador, e aplicando ao caso outra pena, retirada da legislação penal pátria, que se apresente mais proporcional à situação que tem em mãos.

3. Para que a eleição dessa nova pena não se apresente arbitrária, discricionária, o juiz precisará seguir alguns critérios. Afirmou-se no decorrer da pesquisa que o direito como integridade de Dworkin é a teoria que melhor resolve a questão, eis que a sua exigência de coerência e fundamentação pautada em princípios norteará a decisão judicial. A teoria de Dworkin autoriza o controle de constitucionalidade da pena desproporcional, mas, ao mesmo tempo, funciona como um antídoto contra o risco do decisionismo.

4. A teoria do direito como integridade permitirá que o juiz construa seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, buscando, ao mesmo tempo, a melhor resposta para aquela comunidade. Assim, a integridade de Dworkin está umbilicalmente ligada à democracia, eis que ela não aprisiona, mas também não liberta o magistrado por completo. Ele alcançará a resposta certa – que é sempre a resposta para aquele caso concreto – se interpretar de forma construtiva o direito daquela comunidade. A integridade limita a ação dos juízes, mais do que isso, coloca efetivos freios por meio da comunidade de princípios. O julgador não pode esquecer que a sua decisão deve estar sempre amparada nos princípios de moralidade política que regem essa comunidade. E, como esses princípios fecham sentido, a teoria de Dworkin apresenta-se como uma verdadeira garantia contra arbitrariedades interpretativas.

5. Um dos princípios que devem guiar o magistrado na busca da resposta certa é o da proporcionalidade. É importante recordar que os princípios não podem ser lidos semanticamente. Não se trata de buscar princípios *a priori* construídos (axiomatizados) para, entre eles, eleger um que se aplique ao caso concreto. Os princípios surgem do caso concreto, e separados deste não possuem significância. Entretanto, os argumentos principiológicos que Dworkin, por ter como berço o

*common law*, informa serem encontrados fora da ordem jurídica positiva, em Constituições como a brasileira, podem ser retirados do próprio texto constitucional. Assim, a proporcionalidade é um princípio porque foi vivenciada, construída argumentativamente, e, por isso, prevista em uma Constituição que abraça em seu texto um conjunto principiológico rico e extenso.

6. Uma vez identificada a necessidade de fazer respeitar a proporcionalidade diante do caso concreto, o julgador deverá proceder ao devido controle de constitucionalidade da pena, eis que não há nada que o impeça de fazer isso. A ideia de proporcionalidade traz as exigências de uma pena adequada, necessária e coerente, íntegra diante do ordenamento jurídico como um todo e justa diante do caso concreto. Ademais, o controle de constitucionalidade é um instrumento legítimo da democracia, que não interfere no equilíbrio dos poderes. Caso a decisão judicial esteja pautada em princípios, então ela será legítima, e estará autorizado o controle de constitucionalidade que afasta a pena desproporcional.

7. Vive-se uma realidade constitucional de intervenção mínima, por esse motivo, a pena substitutiva deverá ser inferior à pena que fora afastada. Ou seja, o controle que se defende nesta pesquisa só autoriza que se afastem penas excessivas, porque essa é a única interpretação possível diante da Constituição de 1988.

8. O direito é uma atividade argumentativa, assim, cabe ao magistrado argumentar não só a desproporcionalidade da pena em abstrato, mas também a eleição da nova pena. Uma vez comprovado que o controle de proporcionalidade da pena é possível, e necessário, não basta ao juiz afastar a pena desproporcional e escolher uma pena qualquer para aplicar ao caso concreto. O que legitima a decisão judicial é o caminhar, é a fundamentação pautada em princípios, é o argumentar em conformidade com a Constituição. Depois de fundamentar a desproporcionalidade da pena, o juiz deverá também fundamentar a sua eleição pela nova pena, e essa fundamentação tem que estar pautada em critérios legítimos, amparados constitucionalmente. Afirmou-se, então, que a identidade de bem jurídico, por exemplo, não é um argumento que possa respaldar essa decisão. A eleição da nova

pena deve estar amparada na busca do princípio instituidor da incriminação. O magistrado, por meio de uma verdadeira atividade argumentativa, deve buscar o princípio instituidor da incriminação da conduta que pretende punir, e pesquisar, então, se existe um princípio instituidor semelhante em outro tipo penal, para assim aplicar a pena deste ao caso concreto. Se não encontrar, então a sua única alternativa será a absolvição.

9. Ficou claro que a hipótese apresentada na pesquisa aplica-se apenas nos casos de controle difuso, eis que, para que se alcance o princípio instituidor, é necessário ter o caso concreto.

Sabe-se que a tese defendida aqui não é de fácil aplicação, mas quem disse que a atividade judicial seria fácil? Compreende-se que a implementação séria e efetiva do controle de constitucionalidade da pena desproporcional nos moldes aqui defendidos será alvo de várias críticas, mas o Direito não é uma questão de consenso. Como diz Dworkin, “no fim das contas, as ideias às vezes movem montanhas e exércitos”<sup>371</sup>, e um Direito Penal nos termos ora propostos exigirá, sim, que se movam montanhas. Entretanto, não se almeja nada além do necessário. Nada além dos custos indispensáveis ao resguardo dos valores constitucionais e à proteção dos direitos e garantias fundamentais. O intuito foi exatamente este, gerar a dúvida, a reflexão, para que não se viva na falta de questionamento. O discordar é saudável e útil à própria evolução. Mesmo que não se concorde com todas as ideias aqui defendidas, começar-se-á, ao menos, a pensar sobre! Buscou-se uma resposta ao julgador, para que ele decida o caso, mas o importante é ter em mente que a verdade não está só no resultado, mas antes no caminho, na força argumentativa da decisão, no esforço em fundamentar suas opções, no reconhecimento da Constituição como diretriz e na aceitação de vivenciar uma comunidade de princípios.

---

<sup>371</sup> DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga* cit., p. 119.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito penal: parte geral I*. 15 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRANCO, Luiz Carlos. *Equidade, proporcionalidade e razoabilidade: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: RCS Ed., 2006.
- BRITO, Michelle Barbosa de. *Delação premiada e decisão penal: de um modelo efficientista a um modelo de integridade*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará, 2013.
- BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 15. ed. rev., atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- CIA, Michele. Simbolismo penal. In: BORGES, Paulo César Correa (coord.). *O princípio da igualdade na perspectiva penal: temas atuais*. São Paulo: Ed. da UNESP, 2007.
- CORREA, Teresa Aguado. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madri: Edersa, 1999.
- CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Porto Alegre: Fabris, 2009.
- COSTA, Gerson Godinho da. *Princípio da proporcionalidade e individualização da sanção criminal abstratamente cominada*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 20 set. 2010.
- DE LA TORRE, Ignacio Berdugo Gómez et al. *Lecciones de derecho penal*. Parte general. 2. ed. Barcelona: Praxis, 1999.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *O controle estadual de constitucionalidade de leis e atos normativos*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010a.
- \_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010b.

\_\_\_\_\_. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. Ronald Dworkin Replies. In: BURLEY, Justine. *Dworkin and his critics: with replies by Dworkin*. Oxford: Blackwell Publishing, 2004.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

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

FERREIRA, Rafael Fonseca. (A)crítica recepção das teses alexyanas: o *locus* da discricionariedade judicial em *terrae brasilis*. *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 7, n. 25, p. 87-114, out.-dez. 2013.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal: introducción*. Madrid: Servicio Publicaciones Facultad Derecho (Universidad Complutense Madrid), 2000.

GOMES, Luiz Flávio. Jogo do bicho – Bem jurídico e discriminação parcial. *Boletim*, 56, jul. 1997. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 30 jun. 2008.

\_\_\_\_\_. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2006.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O Federalista*. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Introdução crítica ao processo penal* (fundamentos da instrumentalidade garantista). 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama de. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MAIA, Juliana (org.). *Aulas de direito constitucional de Vicente Paulo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias e princípios. *Revista Direito GV*, São Paulo, 8(2), p. 587-624, jul.-dez. 2012.

\_\_\_\_\_. O controle de constitucionalidade das leis no Brasil como um sistema plural. *Pensar*, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 356-384, jul.-dez. 2010.

MELO GOMES, Marcus Alan de. *Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTEIRO, Marcelo Valdir. Comentários à Lei das Contravenções Penais – Arts. 50 a 58. In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo (coord.). *Comentários à Lei das Contravenções Penais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Montevideo/Buenos Aires: B de F., 2003.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PEDRA, Anderson Sant'Ana. *O controle da proporcionalidade dos atos legislativos: a hermenêutica constitucional como instrumento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização*. São Paulo: IBCCRIM, 2002.
- PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *A propósito do bem jurídico protegido no tráfico de drogas*. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/a-proposito-do-bem-juridico-protegido-no-trafico-de-droga-e-afins>>. Acesso em: 16 dez. 2014.
- \_\_\_\_\_. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.



ROBALDO, José Carlos de Oliveira. *Controle difuso de constitucionalidade da norma penal: reflexões valorativas*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material: aportes hermenêuticos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SALES, José Edvaldo Pereira. *A proteção do bem jurídico e a (des)criminalização no direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (ÜBERMAßVERBOT) à proibição de proteção deficiente (UNTERMAßVERBOT) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra*, v. 80, 2004.

\_\_\_\_\_. Crime e estamento: notas sobre a política criminal e o direito penal em *terrae brasilis*. In: PINHO, Ana Cláudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan de Melo (org.). *Direito penal e democracia*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010.

\_\_\_\_\_. *Decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013a. (Coletânea *O que é isso* – v. I).

\_\_\_\_\_. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. *Revista Direito e Práxis*, v. 4, n. 7, p. 343-367, 2013b.

\_\_\_\_\_. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TAVARES, Juarez E. X. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999*. 3. ed. rev., atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WALDRON, Jeremy. The Rule of law as a theater of debate. In: BURLEY, Justine. *Dworkin and his critics: with replies by Dworkin (philosophers and their critics)*. Oxford: Blackwell Publishing, 2004.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de derecho penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.

## **ANEXOS**

1. Decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios na Apelação Criminal 20100111013018APR.
2. Decisão da Vara Criminal de Pato Branco – PR nos Autos 216/2004.
3. Decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 915.442/SC.



Poder Judiciário da União  
Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



<b>Órgão</b>	1ª Turma Criminal
<b>Processo N.</b>	Apelação Criminal 20100111013018APR
<b>Apelante(s)</b>	MARCIO GOMES VICENTE DA SILVA E OUTROS
<b>Apelado(s)</b>	MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
<b>Relatora</b>	Desembargadora SANDRA DE SANTIS
<b>Revisor</b>	Desembargador ROMÃO C. OLIVEIRA
<b>Acórdão N°</b>	606.382

#### EMENTA

**APELAÇÕES CRIMINAIS – ART. 273, §1º-B, INCISOS I E V, DO CP – QUESTÃO PREJUDICIAL – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA PENAL INCRIMINADORA – IMPOSSIBILIDADE – PROVAS DA AUTORIA E MATERIALIDADE – CONDENAÇÕES MANTIDAS.**

I. Não compete ao Poder Judiciário a análise da constitucionalidade do preceito secundário do tipo penal. Precedente do Conselho Especial (20100020084354ARI, Relator NATANAEL CAETANO, Conselho Especial, julgado em 10/08/2010, DJ 13/09/2010 p. 41).

II. Para a caracterização do delito do artigo 273, §1º-B, incisos I e V, do CP basta que o agente importe, venda, exponha à venda, tenha em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribua ou entregue a consumo produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente, ou de procedência ignorada. Presentes provas da autoria e materialidade do tipo, necessária a manutenção da condenação.

III. Recursos desprovidos.



Código de Verificação:

---

**ACÓRDÃO**

Acordam os Senhores Desembargadores da 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, SANDRA DE SANTIS - Relatora, ROMÃO C. OLIVEIRA - Revisor, MARIO MACHADO - Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador MARIO MACHADO, em proferir a seguinte decisão: **DESPROVER. UNÂNIME.**, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 26 de julho de 2012



Certificado nº: 44357DDA  
30/07/2012 - 16:32

**Desembargadora SANDRA DE SANTIS**  
Relatora



Código de Verificação:

DVZV.2012.Q984.KXXL.LX9X.CIQMDVZV.2012.Q984.KXXL.LX9X.CIQM  
GABINETE DA DESEMBARGADORA SANDRA DE SANTIS

## RELATÓRIO

Apelação interposta por MÁRCIO GOMES VICENTE DA SILVA e MARIA LEILIAN DE MELO contra sentença que os condenou a 10 (dez) anos de reclusão, no regime fechado, mais 10 (dez) dias-multa, à razão mínima, pelo crime do artigo 273, §1º-B, incisos I e V, do Código Penal.

Narra a denúncia que os acusados comercializavam de forma ilegal o medicamento CITOTEC, para tanto mantinham site na Internet e após o contato virtual entregavam pessoalmente o remédio. MÁRCIO GOMES foi preso em flagrante e com ele apreendidos 18 (dezoito) comprimidos e anotações em um papel, supostamente horário de entrega para os clientes. MARIA LEILIAN, de codinome MILENE, vendeu CITOTEC a PRISCILA DIAS DA SILVA em duas oportunidades.

Preliminarmente, os recorrentes arguem a inconstitucionalidade do artigo 273 do Código Penal. No mérito, pretendem a absolvição por ausência de dolo e de exame pericial que comprove a eficácia do medicamento. Alternativamente, buscam a desclassificação para a modalidade culposa.

O Ministério Público não apresentou contrarrazões.

A Procuradoria de Justiça opina pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

## VOTOS

### **A Senhora Desembargadora SANDRA DE SANTIS - Relatora**

Recursos tempestivos, cabíveis e regularmente processados.  
Deles conheço.



Os apelantes foram condenados a 10 (dez) anos de reclusão, no regime fechado, mais 10 (dez) dias-multa, à razão mínima, pelo crime do artigo 273, §1º-B, incisos I e V, do Código Penal.

Preliminarmente, argüem a inconstitucionalidade do artigo 273 do Código Penal. No mérito, pretendem a absolvição por ausência de dolo e de exame pericial que comprove a eficácia do medicamento. Alternativamente, buscam a desclassificação para a modalidade culposa.

#### PRELIMINAR

Já tive oportunidade de manifestar-me sobre o tema na APR 2008.01.1.077796-9, julgada em 27/10/2011. Entendo desproporcionais as sanções corporais abstratamente cominadas à conduta típica do artigo 273, §1º-B, do CP. De fato, não há razoabilidade na previsão de pena mínima, para crime de perigo abstrato, muito acima daquelas fixadas para delitos gravíssimos, a exemplo do homicídio doloso simples (artigo 121, *caput*, do CP) e da lesão corporal de natureza grave (artigo 129, §2º, do CP). A matéria já foi tratada de forma abrangente e completa pelo Magistrado Dr. Márcio Evangelista Ferreira da Silva, em artigo publicado na revista jurídica Consulex, ano XV, número 347, de 1º de julho de 2011, fls. 59/60.

No caso, a sentenciante afastou a arguição de inconstitucionalidade do artigo 273, §1º-B, do Código Penal por ofensa ao princípio da proporcionalidade. O Conselho Especial deste Tribunal entendeu que não compete ao Poder Judiciário a análise da constitucionalidade de preceito secundário dos tipos penais. Confira:

*ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL. CRIME DE FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS. PENA EM ABSTRATO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.*



Código de Verificação:

DVZV.2012.Q984.KXXL.LX9X.CIQMDVZV.2012.Q984.KXXL.LX9X.CIQM

GABINETE DA DESEMBARGADORA SANDRA DE SANTIS

*INCOMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. OPÇÃO LEGISLATIVA.  
PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES.*

*O Poder Judiciário não tem competência para apreciar a inconstitucionalidade de pena em abstrato fixada pelo Poder Legislativo, pois incorreria em ofensa ao princípio da separação de poderes. Além disso, o reconhecimento de inconstitucionalidade do preceito secundário de norma penal incriminadora representaria verdadeira abolitio criminis, tendo em vista ser absoluto, no Direito Penal, o princípio da legalidade, segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Reconhecer a inconstitucionalidade de pena abstratamente prevista para determinada conduta criminosa seria permitir que o Judiciário fixasse penas aleatórias, ofendendo, além do princípio da legalidade, o princípio da isonomia. (20100020084354ARI, Relator NATANAEL CAETANO, Conselho Especial, julgado em 10/08/2010, DJ 13/09/2010 p. 41)*

Ressalvo o ponto de vista para respeitar o entendimento firmado pelo Tribunal.

Rejeitada a preliminar.

### **MÉRITO**

Os apelantes buscam a absolvição. Afirmam que o fato de o laudo pericial não ter identificado a substância misoprostol nos comprimidos apreendidos coloca em dúvida a eficácia do remédio e inviabiliza a comprovação da materialidade. Alegam ausência do dolo de praticar a conduta descrita no artigo 273 do Código Penal.

Não obstante o laudo pericial (fls. 149/153) ter sido inconclusivo quanto à presença de misoprostol, princípio ativo do medicamento de nome comercial CITOTEC, as interceptações telefônicas realizadas nos celulares dos





réus não deixam dúvidas de que os comprimidos por eles comercializados não eram simples placebo, tanto que algumas mulheres chegaram a abortar.

Confira:

- 12/06/10 - 02:53:49 - Márcio X Leiliane: Márcio comenta com Leiliane sobre um aborto sofrido por ALESSANDRA de tal, após fazer o uso do CITOTEC vendido por eles. Márcio comenta que Alessandra lhe telefonou dizendo que teve que ser socorrida pelo SAMU, ao hospital, e que estava muito chocada, pois o feto ficou vivo ao seu lado, por 15 minutos". (fl. 106 do apenso 2010.85418-0) (fls. 112/113)

- 16/06/10 - 08:34:10 - MILENE X HELENA: Helena diz que comprou o remédio com ela e que deu tudo certo, mas reclama que está sofrendo hemorragia há 11 dias. Milene diz que é normal e que não é preciso ir ao médico." (fl. 108 do apenso 2010.85418-0) (fls. 145/146)

Observa-se da troca de e-mails com a cliente JULLYANA (fls. 164/179 – autos apenso 85418-0) que os réus garantem a eficiência do medicamento e a existência de misoprostol nos comprimidos vendidos:

(...) E quanto a minha medicação é do fabricante Searle Inglês, com 200mcg de misoprostol cada comprimido, formato hexagonal, lacrado e 100% original, válido até 2012 (...)" (fl. 165 - de mileneremedi@hotmail.com)

(...) E sobre a origem do meu medicamento é garantido sim e pode ficar tranquila que meu medicamento é 100% original e de origem confiável! (...)" (fl. 167 - de pauloremedio@hotmail.com)

O depoimento de RENATA GONÇALVES DORNAS DE ALMEIDA, sob o crivo do contraditório, confirma as informações constantes do



Código de Verificação:

DVZV.2012.Q984.KXXL.LX9X.CIQMDVZV.2012.Q984.KXXL.LX9X.CIQM

GABINETE DA DESEMBARGADORA SANDRA DE SANTIS

relatório policial de fls. 103/111 (apenso nº 85418-0/2010) e as transcrições das interceptações telefônicas realizadas nos telefones dos réus fls. 112/152 (apenso nº 85418-0/2010):

*que trabalhou na apuração dos fatos; que a seção recebeu denúncia anônima, e tal denúncia foi distribuída para a delegacia em que trabalha a depoente; que a denúncia anônima mencionava apenas um site; que através do Google conseguiram o email e o site, e através do email iniciaram negociações com uma pessoa que se identificava como Milene; que em uma conversa, conseguiram os telefones dos acusados e começaram a fazer escutas; que os acusados comercializavam o produto, sem formalidades; que havia um volume grande de transações realizadas por telefone, vendendo inclusive para fora de Brasília; que os acusados ensinavam inclusive o modo de usar o medicamento; que através das escutas, ouviu uma menina, de nome Alessandra, que afirmava que o feto teria ficado vivo, ao seu lado antes de morrer; que o acusado informou à menina Alessandra que era normal; (...)" (fls. 200/201)*

A materialidade está fartamente comprovada.

O relatório policial (fls. 103/111 e apenso 85418-0/2010) informa que no início das investigações, após denúncia anônima, agentes de polícia, identificaram na internet, por meio do Google, o endereço eletrônico - [mileneremedi@hotmail.com](mailto:mileneremedi@hotmail.com) – no qual era vendido CITOTEC. Passaram-se por consumidores e manifestaram interesse na compra do remédio. Na oportunidade, o telefone celular da acusada foi informado e interceptado de forma autorizada.

Os fatos foram objeto de investigação nos autos de IP 108/09 e, no ano de 2009, em investigações preliminares, agentes da DICAT também solicitaram a aquisição de comprimidos de CITOTEC pela internet, ocasião em que o fornecedor indicou a conta poupança na qual deveria ser feito o depósito.



Código de Verificação:

DVZV.2012.Q984.KXXL.LX9X.CIQMDVZV.2012.Q984.KXXL.LX9X.CIQM

GABINETE DA DESEMBARGADORA SANDRA DE SANTIS

Deferido o pedido de quebra dos dados bancários, o titular da conta foi identificado como MÁRCIO GOMES (fls. 20/37 autos nº 155173-9/2009).

O celular de MÁRCIO foi identificado e a escuta foi autorizada. Conforme as transcrições de folhas 112/153, nas interceptações realizadas foram gravadas inúmeras conversas entre os réus e os compradores, nas quais o teor era o comércio de CITOTEC, sem registro no órgão de vigilância sanitária competente e de procedência ignorada.

Em Juízo, MÁRCIO relatou que os fatos eram parcialmente verdadeiros. Confessou ter vendido CITOTEC a JULIANA, mas segundo ele, possuía o medicamento porque havia comprado para a esposa (corrê), supostamente grávida. Disse ter descoberto a comercialização do remédio via Internet. Fez contato com a fornecedora chamada MILENE e comprou 25 (vinte e cinco) comprimidos por R\$1.000,00 (mil reais). Noticiou que, ao descobrir que a esposa não estava gestante, tentou desfazer o negócio, mas MILENE não aceitou, razão pela qual tentou revender o remédio a clientes por ela indicados. (fls. 238/240)

A acusada, reconhecida pela consumidora PRISCILA como MILENE, afirmou que desconhecia as atividades do marido, nunca vendera CITOTEC e jamais se identificou como MILENE (fls. 235/237). A versão mostra-se dissociada da realidade, pois ficou demonstrado pelas interceptações telefônicas que ela negociava e vendia de forma ilícita o medicamento, em parceria com MÁRCIO.

A afirmação de que fora pressionada pela polícia no momento da prisão do marido para que se identificar como MILENE é inconsistente, pois consta do relatório policial (fls. 103/111 apenso nº 85418-0/2010) que ela já era alvo de investigações antes mesmo da prisão de MÁRCIO.

Os depoimentos dos acusados estão isoladas das provas dos autos.



Código de Verificação:

DVZV.2012.Q984.KXXL.LX9X.CIQMDVZV.2012.Q984.KXXL.LX9X.CIQM

GABINETE DA DESEMBARGADORA SANDRA DE SANTIS

A testemunha PRISCILA DIAS DA SILVA reconheceu em audiência os acusados como sendo as pessoas que lhe venderam CITOTEC, no interior do veículo Siena. Afirmou que a ré identificou-se como MILENE e tentou tranquilizá-la no momento de desespero. Descreveu em minúcias a maneira pela qual descobriu o comércio do medicamento:

*são verídicos os fatos narrados na denúncia. Descobriu que estava grávida em fevereiro de 2010 e, à época, ficou com muito receio da reação de seus pais. Desesperada, procurou no Google, mediante argumento de pesquisa "CITOTEC Brasília", lá aparecendo uma listagem de nomes e telefones de contato, para suposta venda do medicamento CITOTEC. Apossou-se de um número e, ao entrar em contato, atendeu um senhor, identificando-se como marido de "Milene", nome estampado na listagem do Google. Tal senhor transferiu a ligação para "Milene", a qual após indagar a depoente sobre o tempo de gravidez, ofereceu-lhe os medicamentos por um determinado custo, orientando-a de que por se encontrar com cerca de três meses de gravidez, necessitaria tomar cerca de três comprimidos. A declarante ligou novamente para "Milene", após levantar a quantia de, salvo engano, R\$ 400,00, combinando com a última de se encontrarem na altura do Boliche de Taguatinga Centro. "Milene" informou à depoente que lá estaria em companhia do marido. Encontraram-se no local ajustado, tendo a depoente negociado com "Milene" e seu suposto marido, no interior do carro de ambos. Salvo engano, tratava-se de um Siena escuro. Entregou a quantia em dinheiro a ambos, tendo sido orientada a tomar oito comprimidos, os quais lhe foram entregues ainda no interior do veículo. A depoente conversou com o pai do nascituro, o qual a dissuadiu da idéia de abortar. Por isso, não chegou a ingerir os comprimidos que lhe foram entregues. Sabe que a polícia chegou aos acusados por intermédio de escuta telefônica realizada, a qual interceptou a conversa da depoente com aqueles, durante as tratativas de negociação (...) não teve qualquer relacionamento com a polícia, antes dos fatos. Jogou os comprimidos fora. Chegou a reconhecer a pessoa de "Milene" na delegacia, a qual lhe foi apresentada sozinha, na oportunidade do reconhecimento. O acusado não lhe foi apresentado perante a autoridade policial,*



Código de Verificação:

DVZV.2012.Q984.KXXL.LX9X.CIQMDVZV.2012.Q984.KXXL.LX9X.CIQM

GABINETE DA DESEMBARGADORA SANDRA DE SANTIS



*para fins de reconhecimento. (...) exibidos os acusados por meio do visor da sala de audiência, juntamente com outras pessoas de características semelhantes, a depoente reconhece ambos os acusados como sendo as pessoas que lhe venderam medicamentos CITOTEC, no interior do Siena, tal como narrado na denúncia. Reconhece a acusada como sendo a pessoa que se fez passar por "Milene". Deseja esclarecer que esta se mostrou uma pessoa que quis tranquilizar a depoente, no momento em que esta se encontrava desesperada. (fls.229/230)*

Os depoimentos de RENATA GONÇALVES DORNAS DE ALMEIDA (fls. 200/201), ALEXANDRE MATOS VENTURA (fl. 202) e JULLYANA RODRIGUES DA SILVA (fl. 198/199) são no mesmo sentido e confirmam a autoria:

*que trabalhou na apuração dos fatos; que a seção recebeu denúncia anônima, e tal denúncia foi distribuída para a delegacia em que trabalha a depoente; que a denúncia anônima mencionava apenas um site; que através do Google conseguiram o email e o site, e através do email iniciaram negociações com uma pessoa que se identificava como Milene; que em uma conversa, conseguiram os telefones dos acusados e começaram a fazer escutas; que os acusados comercializavam o produto, sem formalidades; que havia um volume grande de transações realizadas por telefone, vendendo inclusive para fora de Brasília; que os acusados ensinavam inclusive o modo de usar o medicamento; que através das escutas, ouviu uma menina, de nome Alessandra, que afirmava que o feto teria ficado vivo, ao seu lado antes de morrer; que o acusado informou à menina Alessandra que era normal; que em outra ligação interceptada, ouviu a conversa com Priscila, que disse ter tomado o medicamento, mas que não havia funcionado; que com Priscila, a interlocutora era a acusada; que Priscila pediu novamente mais comprimidos, e a acusada os vendeu; que Priscila tomou/introduziu cerca de trinta e dois comprimidos; que era difícil realizar o flagrante, tendo em vista o numero elevado de transações; que no*



Código de Verificação:

DVZV.2012.Q984.KXXL.LX9X.CIQMDVZV.2012.Q984.KXXL.LX9X.CIQM

GABINETE DA DESEMBARGADORA SANDRA DE SANTIS

dia do flagrante, um dos policiais ouviu a conversa, agendando o horário em frente ao Banco Bradesco, no Núcleo Bandeirante; que os investigadores ficaram de campana, e que nesta ocasião já sabiam o modelo e placa do carro; que Jullyana chegou e entrou no carro; que Jullyana não sabia de nenhuma campana realizada pelos policiais; que os policiais fizeram a abordagem após o acusado entregar uma cartela à Jullyana; que revistaram o carro e encontraram outras cartelas debaixo do banco; que na delegacia, o acusado afirmou que trabalhava sozinho e que sua esposa não participava; que era ele quem fazia a voz de mulher; que Priscila foi à delegacia e reconheceu a acusada como sendo a pessoa que vendeu os medicamentos para ela, por duas vezes, e que se identificava como Milene; que não conseguiram chegar aos fornecedores; que acredita que os medicamentos eram trazidos do Paraguai, pois se recorda que havia outro inquérito, e tal inquérito parece que possuía esta informação (...) que não se recorda se o reconhecimento da acusada foi feito obedecendo ao que dispõe as normas legais; que foi a depoente quem buscou Priscila para fazer o reconhecimento; que Priscila queria ficar em sala reservada; que a depoente ficou na sala com Priscila, e que em seguida, o delegado levou Priscila para fazer o reconhecimento; que não acompanhou o reconhecimento; que não fizeram investigação se a acusada exercia outro tipo de comércio, como venda de bijuterias; que não sabe quem foi buscar a acusada para prestar depoimento na delegacia; que a acusada não foi flagrada vendendo pessoalmente o medicamento, só na interceptação; que a acusada não foi conduzida coercitivamente até a delegacia; que foi ser ouvida espontaneamente, pois sabia que seu marido estava lá; que não se recorda o nome dos policiais que foram até a casa dos acusados; que foi buscar Priscila, e quando chegou à delegacia, a acusada já estava lá. (...) que sabe que a acusada não foi conduzida coercitivamente pela forma como ela se portava na delegacia, inclusive respondendo todas as perguntas, de forma calma; que acha que a acusada não chegou a ser interrogada; que não se lembra se a acusada foi interrogada; que formalmente não toma depoimento de nenhuma pessoa, e por esse motivo não ouviu a acusada. (Renata)



Código de Verificação:

DVZV.2012.Q984.KXXL.LX9X.CIQMDVZV.2012.Q984.KXXL.LX9X.CIQM

GABINETE DA DESEMBARGADORA SANDRA DE SANTIS

*que participou do flagrante do acusado; que é de outra divisão, e por isto não está completamente a par das investigações do presente caso; que estava na delegacia pela manhã, e foi solicitado apoio para o Núcleo Bandeirante, em frente ao Bradesco; que o acusado estava em um Fiat Strada, chegou uma mulher e adentrou no carro; que efetuaram o flagrante em seguida; que do contato visual que teve, viu que a mulher recebeu algo e deu dinheiro para o acusado; que o medicamento estava de posse da mulher que entrou no carro no momento da abordagem. (...) que não fez parte da equipe que conduziu a acusada à delegacia. (...) que se recorda que foi encontrada uma folha, um papel azul, com alguns nomes; que não se recorda se foram encontrados outros medicamentos no carro. (Alexandre)*

*que adquiriu os medicamentos do acusado, que usava o nome Paulo; que entrou em contato com o acusado por email; que adquiriu seu email pela internet; que o acusado entregou o medicamento em frente ao banco Bradesco, no Núcleo Bandeirante; que pagou R\$ 360,00 pela compra; que sabia que era produto de venda proibida; que não levou o medicamento para casa, pois a polícia autuou o acusado Márcio após a compra; que sabe que o remédio é remédio abortivo; que ele a disse que iria mandar as instruções de como usar o medicamento por email; que confirma as suas declarações prestadas na delegacia, juntadas às fls. 13/14 dos autos; que leu o depoimento prestado na delegacia. (...) que no caso da depoente, só manteve contato unicamente com o acusado Márcio, e que não teve contato com a acusada presente nesta assentada; que havia mais uns quatro contatos na internet para venda do medicamento; que reside na Candangolândia, e por receio marcou com o acusado no Núcleo Bandeirante; que a depoente não foi instruída pelos policiais para ir ao Bradesco; que foi de livre e espontânea vontade, tendo sabido posteriormente que os policiais estavam na escuta do acusado, e que inclusive*



Código de Verificação:

DVZV.2012.Q984.KXXL.LX9X.CIQMDVZV.2012.Q984.KXXL.LX9X.CIQM

GABINETE DA DESEMBARGADORA SANDRA DE SANTIS

*anteriormente soube que houve entrega, mas que eles não conseguiram abordar o acusado na primeira ocasião. (Juliana)*

O dolo dos apelantes está evidenciado nos autos, em especial nas escutas telefônicas e emails (fls. 165/172 – Autos 85418-0), nos quais indicam a posologia da medicação. Nos diálogos interceptados, verificou-se que a ré perguntava à cliente qual era o estágio da gravidez, para indicar a dosagem do remédio:

*Autos 85418-0 – fl. 143 (conversa com Iara)*

*(...)*

*- é normal e bem simples, até devido a quantidade de semanas que você ta, entendeu, é bem simples mesmo nada de complicado, entendeu?*

*- uhum.*

*- ou seja,, o procedimento a gente, o negócio eu passo tudo certinho, tudo passo a passo, você não vai ter dúvida nenhuma, entendeu?*

*(...)*

*- é se for o caso de precisar, mas é muito raro com essa quantidade de semanas que você ta, ser necessário, entendeu?*

*- ir pra hospital, não há necessidade, só depois que a gente aconselha, que de tudo concluído, realmente concluiu tudo direitinho entendeu, a gente aconselha que depois de 3 dias vá fazer uma ecografia para ter certeza exata entendeu que ocorreu tudo certinho, ??? pocua (sic) coisa, caso você precise fazer curetagem opu não, entendeu, mas assim, com essa quantidade de semana pra ser necessário ir pra um hospital mesmo por causa de hemorragia ou qualquer outra coisa não há necessidade, entendeu?*



Código de Verificação:

DVZV.2012.Q984.KXXL.LX9X.CIQMDVZV.2012.Q984.KXXL.LX9X.CIQM

GABINETE DA DESEMBARGADORA SANDRA DE SANTIS



fl. 145. (conversa com Helena)

(...)

- Pois é, é o seguinte, deu tudo certo ta, só depois é que eu continuo sangrando.

- tem quantos dias?

- já tem 11 dias

- 11?

- é, é assim, não ta assim, ta como se eu tivesse menstruada no segundo dia de menstruação, entendeu?

- mas é normal, entendeu?

- tem pessoas que fica mais outras menos, igual ta no procedimento, você leu lá direitinho?

(...)

- você tomou o METERGIN?

- to tomando ainda, porque eu não tomei assim exatamente no dia seguinte, entendeu? Tomei já uns 3 dias depois, mas ainda estou tomando.

- porque ele ajuda também a cortar, entendeu?

- e se eu tomar um anticoncepcional será que corta?

- Olha eu não sei, mas assim, eu no seu lugar não tomaria nada, continuaria tomando só o METERGIN mesmo e esperar cessar por ele mesmo.

(...)

Fl. 147 – conversa com Iara

- é, por exemplo, é cem por cento de eficácia, como funciona?



Código de Verificação:

DVZV.2012.Q984.KXXL.LX9X.CIQMDVZV.2012.Q984.KXXL.LX9X.CIQM

GABINETE DA DESEMBARGADORA SANDRA DE SANTIS

- ele é cem por cento original, agora de eficácia, não sei se você já viu com esse método, entendeu? Como qualquer outro medicamento é noventa por cento, entendeu?

- certo, e como é que é feito assim o procedimento, tal, depois de quanto tempo na verdade começa?

- olha isso varia, entendeu? Depende entre uma e oito horas mais ou menos, depende de cada pessoa, entendeu?

Os depoimentos das testemunhas também corroboram a certeza do dolo. Incabível a absolvição ou a desclassificação da conduta para a modalidade culposa.

Passo à dosimetria.

As penas foram fixadas no mínimo legal.

O regime inicial fechado é o previsto pelo *quantum* das penas.

Nego provimento ao recurso.

**O Senhor Desembargador ROMÃO C. OLIVEIRA - Revisor**

Com o Relator

**O Senhor Desembargador MARIO MACHADO - Vogal**

Com o Relator.

## DECISÃO

DESPROVER. UNÂNIME..



Código de Verificação:

DVZV.2012.Q984.KXXL.LX9X.CIQMDVZV.2012.Q984.KXXL.LX9X.CIQM

GABINETE DA DESEMBARGADORA SANDRA DE SANTIS



## PODER JUDICIÁRIO

Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Pato Branco – Paraná

### AUTOS Nº 216/2004

1. O Ministério Público do Estado do Paraná ofereceu denúncia em face de Adair Fernandes de Oliveira, imputando-lhe conduta tipificada no artigo 273, §§ 1º, 1º-A e 1º-B, inciso I do Código Penal, porque, conforme descreve a denúncia:

*“Em 07 de agosto de 2003, data do auto de infração efetuado pela Vigilância Sanitária do Município de Pato Branco/PR (fls.30), na Rua Clarice Cerqueira, nº39, Bairro Santa Terezinha, nesta cidade e Comarca, o denunciado ADAIR FERNANDES DE OLIVEIRA, na qualidade de sócio proprietário da empresa Adair Fernandes de Oliveira ME, dolosamente, com vontade livre e consciente, vendia, distribuía e entregava para consumo o saneante “Amonix”, sem registro, exigível no órgão de saúde competente, ou seja, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, conforme verifica-se pelas fls.67”.*

Assim está redigido o tipo penal imputado ao denunciado:

*“Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais*

*Art. 273. Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:*

*Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.*

*§ 1º. Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.*

*§ 1º-A. Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.*

*§ 1º-B. Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:*

*I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;*



## PODER JUDICIÁRIO

Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Pato Branco – Paraná

*II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior;*

*III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização;*

*IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade;*

*V - de procedência ignorada;*

*VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.”*

A Lei 9.677/98 acrescentou o §1º-A e o §1º-B ao artigo 273 do Código Penal. O §1º-B prevê que está sujeita a mesma pena de 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão quem pratica as ações previstas no §1º (importar, vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma distribui ou entrega a consumo) em relação a produtos nas condições previstas nos incisos acima transcritos. Transformou infrações administrativas (art.10, inciso IV da Lei 6.437/77) com brandas punições em graves ilícitos penais, considerados hediondos (art. 1º, inciso VII-B da Lei 8.072/90).

Entendo que a Lei 9.677/98 padece do vício de inconstitucionalidade no ponto que cominou pena de reclusão de 10 (dez) a 15 (quinze) anos para a hipótese do §1º-B, inciso I, por violação ao princípio da proporcionalidade que “(...) exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, uma inaceitável desproporção” (Teoria Constitucional do Direito Penal, p. 421, RT, 2000).

A pena prevista para a conduta imputada ao denunciado é, por certo, desproporcional. Por fabricar e vender produto de limpeza (saneante) sem registro no órgão de vigilância sanitária competente, o denunciado está sujeito à pena mínima em abstrato



## PODER JUDICIÁRIO

Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Pato Branco – Paraná

prevista no tipo penal de 10 (dez) anos de reclusão. Por vender substância entorpecente, ou seja, praticar o delito do artigo 12 da Lei 6.368/76, o agente ficaria sujeito à pena mínima de 3 (três) anos de reclusão. Ou seja, por exercer atividade empresarial na fabricação de detergentes, produtos de limpeza, etc, a pessoa fica sujeita a uma pena mais grave do que para aquele que pratica profissionalmente o tráfico ilícito de entorpecentes, independente de qualquer resultado lesivo.

Inúmeros outros exemplos podem ser mencionados, bastando, no entanto, observar que por matar alguém ficaria o agente sujeito a pena mínima de 6 (seis) anos de reclusão e por roubar a pena mínima seria de 4 (quatro) e máxima de 10 (dez) anos de reclusão.

A desproporcionalidade, como se verifica, é evidente.

A utilização do direito penal, nesse contexto, é desprovida de razoabilidade. Conforme assevera Alberto Silva Franco<sup>1</sup> *“O caput do art. 273 do Código Penal e os diversos parágrafos que lhe foram apostos revelam, sob o ângulo da tipificação, impropriedades inadmissíveis num texto penal. (...) No §1º-A do art.273 do Código Penal, o legislador penal incluiu, entre os produtos merecedores de tutela penal análoga, os “medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos e saneantes e os de uso diagnóstico”. Igualar cosméticos e saneantes a produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais é, sem margem de dúvida, equiparar produtos de importância desigual.(...) O desatino do legislador penal não se resumiu apenas ao processo tipificador do art.273 do Código Penal. Era ainda pouco. Foi muito além: cominou, para as condutas descritas no caput e nos parágrafos dele derivados, pena reclusiva variável entre dez e quinze anos, além de multa. Não é necessário nenhum esforço concentrado para concluir que o legislador penal, ao atribuir esse quantum punitivo aos*

<sup>1</sup> Crimes Hediondos, 4ª Edição, RT, 2000, pág. 255, 256 e 257



## PODER JUDICIÁRIO

Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Pato Branco – Paraná

*autores das ações enumeradas no art.273 e seus parágrafos, lesionou, de forma inquestionável, os princípios constitucionais da proporcionalidade e da ofensibilidade.(...) Destarte, não há como aplicar um preceito sancionatório muito superior à gravidade da conduta. Por outro lado, é imprescindível que a conduta criminosa lesione ou ponha em perigo um bem jurídico. Fere o princípio da lesividade que o legislador tipifique condutas delitivas que não são necessárias para a tutela de um bem jurídico, digno de proteção penal e dela necessitado. Ora, na hipótese do art.273 do Código Penal, tanto o princípio da proporcionalidade como o da ofensividade foram postos de lado.”.*

Continua o jurista afirmando que “*Além disso, para as ações exemplificadas são cominadas penas reclusivas chocantes (entre dez e quinze anos), o que evidencia a total carência de proporção entre a gravidade das condutas empreendidas e as conseqüências punitivas delas decorrentes. (...) A conclusão final é, portanto, pela manifesta ofensa aos princípios constitucionais da ofensividade e da proporcionalidade (...) na formulação da Lei 9.677/98, que deu nova estrutura ao artigo 273 do Código Penal.” (Op.cit, p.257/258, ).*

Comentando o §1º-B, inciso I do artigo 273 do Código Penal afirma Miguel Reale Jr.<sup>2</sup> Que “*Tamanho aberração legislativa é verdadeiramente incontornável. Não há interpretação que possa ser feita para conformar a norma aos valores e princípios constitucionais. A interpretação congruente com a Constituição tem limites, pois deve-se neste esforço, para salvar a norma, analisar as possibilidades de ambos os textos, o constitucional e o a ser conservado, de acordo com o telos de ambos. Com relação à norma do inc. I do §1º-B do art.273, bem como referentemente aos demais incisos, frustra-se a tentativa de conservação dos dispositivos, porque para tanto seria*

<sup>2</sup> A Inconstitucionalidade da Lei dos Remédios, RT 763, p.426, Editora RT, maio de 1999.



## PODER JUDICIÁRIO

Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Pato Branco – Paraná

*necessário impedir a realização absoluta dos valores e princípios constitucionais.”.*

Conclui Miguel Reale Jr. que “A aberrante desproporção entre a gravidade do fato de vender (...) saneante sem registro e a gravidade da sanção cominada impõe que se reconheça como inafastável a inconstitucionalidade da norma penal do artigo 273, §1º-B, I, do CP, introduzido pela Lei 9.677/98 e do art. 1º da Lei 9.695/98, em virtude de lesão a valores e princípios fundamentais da Constituição. O mesmo ocorre com relação aos demais incisos, excetuando o já aludido inc. IV.”. (RT 763/427).

Dessume-se que é inarredável a declaração de inconstitucionalidade da Lei 9.677/98 no que se refere ao também inconstitucional artigo 273, §1º-B, inciso I do Código Penal, por violação ao princípio da proporcionalidade e ofensividade, declaração esta que ora se faz.

**2.** Diante do exposto, com fundamento no artigo 43, inciso I do Código de Processo Penal, **rejeito** da denúncia de fls.02/03, porquanto em razão da declarada inconstitucionalidade do tipo penal, a conduta descrita na denúncia é atípica.

A busca e apreensão deverá ser requerida ao Juízo Cível competente.

Ciente o Ministério Público.

Pato Branco, 13 de julho de 2004.

**Geraldo Dutra de Andrade Neto**  
**Juiz Substituto**

*Superior Tribunal de Justiça*

**RECURSO ESPECIAL Nº 915.442 - SC (2007/0010944-9)**

**RELATORA** : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**  
**RECORRENTE** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**RECORRIDO** : VILMA MARIA SEGALIN  
**ADVOGADO** : JOSÉ HENRIQUE DAL CORTIVO E OUTRO(S)

**RELATÓRIO**

**MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):**

Trata-se de Recurso Especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, com fundamento na alínea "a" do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, impugnando acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, ementado *verbis*:

"CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA – TER EM DEPÓSITO, PARA VENDA, MEDICAMENTO SEM REGISTRO E ADQUIRIDO EM ESTABELECIMENTO SEM LICENÇA DA AUTORIDADE COMPETENTE – INTELIGÊNCIA DO ART. 273, § 1º-B, I E VI, DO CÓDIGO PENAL. RECURSO DEFENSIVO – ARGUIÇÃO DE NULIDADE DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO E DO DOCUMENTO APREENDIDO – EXISTÊNCIA DE DENÚNCIAS ANÔNIMAS – CIRCUNSTÂNCIA SUFICIENTE PARA A EXPEDIÇÃO DO MANDADO – ORDEM QUE AUTORIZA A APREENSÃO DE QUALQUER DOCUMENTO RELEVANTE PARA O DESLINDE DO PROCESSO – AUSÊNCIA DE NULIDADE. LEVANTADO CERCEAMENTO DE DEFESA – INDEFERIMENTO DOS PEDIDOS DE ALARGAMENTO E DE SUBSTITUIÇÃO DO ROL DE TESTEMUNHAS – AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA DOS PLEITOS FORMULADOS – NEGATIVA DE REALIZAÇÃO DA PROVA PERICIAL REQUERIDA NA FASE DO ART. 499 DO CPP – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO – PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADOS. ALEGAÇÃO DE QUE FOI IMPOSSIBILITADA DE CONTRADITAR A TESTEMUNHA – ATO A SER PRATICADO ANTES DA OITIVA DO TESTIGO E NÃO A PÓS A REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA, QUANDO A INQUIRÇÃO JÁ HAVIA SE PERFECTIBILIZADO – QUESTÃO PRECLUSA. ARGUIÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE DAS ALEGAÇÕES FINAIS APRESENTADAS PELA ACUSAÇÃO – PEÇA PROCESSUAL OBRIGATÓRIA – MERA IRREGULARIDADE QUE NÃO ACARRETA NULIDADE. PREFACIAIS AFASTADAS. MÉRITO – RECURSO DEFENSIVO PRETENDENDO A ABSOLVIÇÃO – ALEGAÇÃO DE FALTA DE PROVAS – DENÚNCIAS ANÔNIMAS CONFIRMADAS PELA APREENSÃO DE 28 (VINTE E OITO) COMPRIMIDOS DO MEDICAMENTO 'CYTOTEC' NA RESIDÊNCIA DA RÉ, PELOS DEPOIMENTOS DAS CONSELHEIRAS TUTELARES E DOS POLICIAIS – DEPOIMENTOS CONVERGENTES NAS DUAS FASES EM QUE FORAM COLHIDOS – ALEGAÇÃO DE QUE O MEDICAMENTO ERA PARA USO PRÓPRIO – AUSÊNCIA DE QUALQUER PROVA A RESPEITO – CONFIRMAÇÃO DO DESTINO COMERCIAL DO MEDICAMENTO. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DO



## *Superior Tribunal de Justiça*

FATO – AGENTE QUE VENDE, EXPÕE À VENDA E TEM EM DEPÓSITO PARA VENDER MEDICAMENTO TRAZIDO DO PARAGUAI POR TERCEIRO NÃO IDENTIFICADO – PRODUTO ADQUIRIDO DE ESTABELECIMENTO SEM LICENÇA E SEM REGISTRO DA AUTORIDADE SANITÁRIA COMPETENTE – DELITO CONFIGURADO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – QUANTIDADE DE COMPRIMIDOS APREENDIDAS, VALOR ECONÔMICO E CONSEQUÊNCIAS GRAVES QUE INVIABILIZAM O DEFERIMENTO DO PEDIDO – CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. DESPROPORÇÃO ENTRE A CONDUTA PRATICADA E A PENA ABSTRATAMENTE COMINADA AO DELITO – DECISÃO FUNDADA NA HERMENÊUTICA JURÍDICA – SITUAÇÃO PECULIAR QUE JUSTIFICA A APLICAÇÃO, DE OFÍCIO, DA ANALOGIA, *IN BONAM PARTEM* – UTILIZAÇÃO, NA HIPÓTESE, DA PENA COMINADA AO DELITO DE TRÁFICO – PRECEDENTE – ADEQUAÇÃO DA REPRIMENDA QUE SE IMPÕE. APELO MINISTERIAL PUGNANDO PELA FIXAÇÃO DO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO – INCONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO DA LEI N. 8.072/90 RECONHECIDA PELO STF – DIREITO À PROGRESSÃO DO REGIME ASSEGURADO – MANUTENÇÃO DO REGIME INICIALMENTE FECHADO PARA RESGATE DA PENA – RECURSO DESPROVIDO". (fls. 333/334).

Interpôs, então, o recorrente o presente Recurso Especial, às fls. 372/394, sustentando ter havido contrariedade aos artigos 1º, 53, 59, inciso II, e 273, parágrafos 1º e 1º-B, incisos I e VI, todos do Código Penal. Afirma que o Tribunal *a quo*, ao analisar a pena aplicada, desconsiderou o preceito secundário previsto para o crime do artigo 273 do Código Penal, aplicando a pena prevista para o crime do artigo 12 da Lei 6.368/76, com fundamento em analogia *in bonam partem*.

A recorrida, VILMA MARIA SEGALIN, apresentou suas contrarrazões às fls. 397/407 e, às fls. 409/425, interpôs Recurso Especial adesivo, sustentando contrariedade ao artigo 44 do Código Penal, por entender que faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

Ambos os recursos foram admitidos pelo Tribunal de origem às fls. 442/444 e às fls. 446/447.

Em parecer, às fls. 456/464, o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso do *parquet*, e pelo improvimento do recurso da ora recorrida, *verbis*:

"CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA: EXPOSIÇÃO À VENDA E MANUTENÇÃO EM DEPÓSITO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS E MEDICINAIS (273 DO CP) E TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA PSICOTÓXICO – PENA – ANALOGIA: INAPLICABILIDADE. A circunstância de ambos os tipos visarem à proteção de saúde pública não é fundamento suficiente para aplicar o método analógico de interpretação, levando ao nivelamento, por baixo, das penas cominadas diversamente aos tipos, que são diversos. O tipo descrito

## *Superior Tribunal de Justiça*

no art. 273 do CP visa à proteção da saúde em seu aspecto mais específico, físico, orgânico, ou mesmo à própria vida. Ademais, protege também a indústria, o comércio e a ministração lícita de produtos terapêuticos ou medicinais. Já o crime de tráfico ilícito de substância psicotóxica não apresenta esses pressupostos; e a potencialidade nociva à saúde da substância psicotóxica é mediata. Portanto, há razoabilidade da opção legislativa em cominar pena mais elevada ao primeiro.

CRIME HEDIONDO – TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA PSICOTÓXICA – PENA RESTRITIVA DE DIREITO. Aos crimes legalmente definidos como hediondos e àqueles a tanto equiparados não é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44 do CP), porque, por força da lei, a respectiva pena deve ser cumprida inicialmente em regime fechado (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com redação dada pela Lei nº 11.464/07), o que se torna incompatível com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

Parecer no sentido de ser dado provimento ao recurso do Ministério Público, para restabelecer a pena fixada na sentença, e ser negado provimento ao recurso da defesa, mantendo-se a pena privativa de liberdade".

Anote-se, por fim, que a recorrida ingressou com a Medida Cautelar nº 12.271/SC, perante esta Corte, solicitando, liminarmente e no mérito, que se desse efeito suspensivo ao presente recurso. A liminar foi deferida em 18.12.06, para suspender o início do cumprimento da pena privativa de liberdade até o julgamento definitivo da Cautelar pela Turma Julgadora ou até o trânsito em julgado de eventual condenação.

É o relatório.

*Superior Tribunal de Justiça*

**RECURSO ESPECIAL Nº 915.442 - SC (2007/0010944-9)**

**EMENTA**

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 126/STJ. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRARIEDADE AOS ARTS. 1º, 53, 59, II, E 273, § 1º e 1º-B, I e VI, DO CP. NÃO OCORRÊNCIA. MITIGAÇÃO DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273 DO CP. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. RECURSO ESPECIAL ADESIVO. OFENSA AO ART. 44 DO CP. OCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. RECURSO ESPECIAL DO *PARQUET* A QUE SE NEGA PROVIMENTO E APELO ADESIVO A QUE SE DÁ PROVIMENTO, PARA SUBSTITUIR A PENA DA RECORRENTE, ALTERANDO-SE, DE OFÍCIO, O REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA PARA O ABERTO.

1. "É inadmissível o recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário". Inteligência do enunciado 126 da Súmula desta Corte.

2. A Lei 9.677/98, ao alterar a pena prevista para os delitos descritos no artigo 273 do Código Penal, mostrou-se excessivamente desproporcional, cabendo, portanto, ao Judiciário promover o ajuste principiológico da norma.

3. Tratando-se de crime hediondo, de perigo abstrato, que tem como bem jurídico tutelado a saúde pública, mostra-se razoável a aplicação do preceito secundário do delito de tráfico de drogas ao crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.

4. O Superior Tribunal de Justiça, por diversas vezes, já assentou a possibilidade de início do cumprimento da pena em regime aberto, bem como de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, àqueles que tenham praticado crime de tráfico ilícito de entorpecentes ou outro crime hediondo, antes da entrada em vigor das Leis 11.343/06 e 11.464/07.

5. Recurso Especial do Ministério Público não conhecido, dando-se provimento ao Apelo adesivo de Vilma Maria Segalin, para determinar ao Juízo da Vara das Execuções a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, concedendo-se, de ofício, o regime aberto para cumprimento da pena.

**VOTO**

**MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):**

## Superior Tribunal de Justiça

Inicialmente, passo ao exame dos pressupostos de admissibilidade recursal, referentes ao recurso especial interposto pelo Ministério Público. Verifico, contudo, que o recurso não oferece condições de seguimento.

Com efeito, a análise feita pelo Tribunal de origem, acerca da proporcionalidade ou razoabilidade com que atuou o legislador pátrio quanto à alteração da norma insculpida no artigo 273 do Código Penal, tem caráter eminentemente constitucional.

Diante desse contexto, tem-se que a matéria deveria ter sido levada também ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, haja vista o exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade demandar também o controle de constitucionalidade.

Assim, em razão da não interposição simultânea de recurso extraordinário e de recurso especial pelo Ministério Público, incide, *in casu*, o enunciado nº 126 da Súmula desta Corte, *verbis*:

"É inadmissível o recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário."

Ainda que superado o juízo de admissibilidade recursal, verifico não assistir razão ao *parquet*. Com efeito, consta dos autos que a recorrida foi condenada como incurso nas sanções do artigo 273, parágrafo 1º-B, incisos I e VI, do Código Penal, à pena de 10 anos de reclusão, em regime fechado, em virtude de terem sido encontrados em sua residência 28 comprimidos do remédio CYTOTEC. O remédio foi adquirido de uma pessoa que os trouxe do Paraguai, não possuindo o devido registro no órgão competente.

O acórdão recorrido assentou, no entanto, mostrar-se desproporcional o preceito secundário aplicado ao delito previsto no artigo 273 do Código Penal, o qual teve sua pena alterada, pela Lei 9.677/98, para o patamar de 10 a 15 anos de reclusão, sendo também inserido na lista do artigo 1º da Lei 8.072/90, considerando-se, portanto, crime hediondo.

Afirmou-se que "no que tange à pena prevista percebe-se, claramente, incompatibilidade com as demais penas preceituadas para outros delitos considerados mais graves ou tão graves quanto o em discussão, que também possuem a natureza de hediondos ou a estes equiparados. Ao crime de tráfico ilícito, por exemplo, considerado muito grave e de grande repulsa pela sociedade, em razão das consequências que acarreta, é prevista uma pena mínima de 3 (três) anos de reclusão, e a de tortura, de 2 (dois) anos de reclusão. Desta feita, inconcebível aplicar-se a mesma pena àqueles que falsificam, adulteram e corrompem medicamentos em grandes quantidades aos que vendem ou expõem à venda produto que não observa as normas administrativas de controle e procedência. É bem verdade que o produto aqui em exame destinava-se à venda com a finalidade de causar aborto. Todavia, as penas

## *Superior Tribunal de Justiça*

previstas para os delitos de aborto (1 a 3 anos de reclusão – art. 124 do CP) e de aborto provocado por terceiro (3 a 10 anos de reclusão – art. 125 do CP) não atingem tão elevado *quantum*". Considerou-se, dessa forma, que não foi observado o princípio da proporcionalidade para estipulação das penas em abstrato.

Dessarte, valeu-se o Tribunal *a quo* de analogia *in bonam partem*, para substituir a pena do artigo 273 do Código Penal pelo preceito secundário previsto para os crimes de tráfico de drogas, haja vista a evidente desproporcionalidade da pena mínima cominada ao tipo penal. Salientou-se que, assim como os delitos contra a saúde pública, o tráfico de entorpecentes também tem como bem jurídico tutelado a saúde pública, e ambos são crimes de perigo abstrato. Assim, "nem se estaria negando a gravidade do delito, nem se estaria impondo ao réu pena flagrantemente desproporcional à conduta praticada".

Com esses argumentos, fixou-se a pena definitiva da recorrida em 3 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 50 dias-multa, ou seja, a pena mínima prevista no preceito secundário do crime de tráfico previsto no artigo 12 da Lei 6.368/76, legislação em vigor à época.

Entendo, assim, não merecer reparos o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem. Com efeito, a Lei 9.677/98, ao alterar a pena prevista para os delitos descritos no artigo 273 do Código Penal, mostrou-se excessivamente desproporcional, cabendo, portanto, ao Judiciário promover o ajuste principiológico da norma. Ao ensejo, confirmam-se os ensinamentos de eminentes doutrinadores sobre o tema:

"É de todos conhecida a inflação legislativa que o Direito Penal tem experimentado desde o início da década de 1990, não só com um significativo recrudescimento das sanções penais, mas também com a mitigação de garantias processuais. Foi nesse contexto que se aprovou a chamada Lei dos Remédios (Lei nº 9.677, de 2.7.98), que, além de ampliar os tipos penais, aumentou sobremaneira as penas dos crimes previstos no Capítulo III do Título VIII do CP. Em alguns casos, o aumento da pena foi tão absurdo a ponto mesmo de tornar-se inconstitucional, por violação da garantia do devido processo legal (CR, art. 5º, LIV) em seu aspecto substantivo (*substantive due process of law*), que pressupõe o correto processo de elaboração legislativa e de que as leis sejam proporcionais e razoáveis (são os denominados princípios da razoabilidade e da proporcionalidade). (...). É o caso deste art. 273, cuja antiga pena de dois a seis anos de reclusão passou para a inimaginável pena de dez a quinze anos de reclusão". (Delmanto, Celso; Delmanto, Roberto; Delmanto Junior, Roberto; Delmanto, Fabio M. de Almeida, *Código Penal Comentado*. 7 ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 692/693).

"O grande ponto da modificação trazida pela Lei 9.677/98 foi a elevação abrupta e excessiva da pena de um crime de perigo abstrato, que passou a ser superior à de graves crimes de dano, como é o caso do homicídio simples". "Se exagero houve, foi na fixação da pena elevada, que varia de dez a quinze anos. Nesse ponto, sem dúvida, pode-se sustentar a falta de

## *Superior Tribunal de Justiça*

proporcionalidade entre a pena cominada e o possível resultado gerado pelo delito". (Nucci, Guilherme de Souza, *Código Penal Comentado*. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 968/970).

"Torna-se mais grave ainda a grandeza das sanções cominadas diante das alterações introduzidas nos tipos penais, seja no *caput* do art. 273, que corresponderia ao *caput* do art. 272 da redação anterior do Código Penal acima analisado, seja nos parágrafos criados, 1º-A e 1º-B, que parcialmente reproduzem os termos do antigo art. 273. Acrescentou-se, ainda, a estes parágrafos, incisos descritivos de condutas que se limitam a constituir mera desobediência a normas administrativas. (...). A afronta aos princípios da proporcionalidade e da ofensividade brotam *ictu oculi*, seja no que tange à ausência de relevância penal das novas condutas descritas, seja na desproporção das penas infligidas em ponderação com o dano ou perigo de dano à saúde pública decorrente da conduta incriminada. (...). Em suma, a gravidade do fato para a saúde pública, a análise de suas consequências, se calamitosas ou não à saúde, devem ser sopesadas na esfera administrativa. São, entretanto, as mesmas condutas e consequências despoticamente desprezadas pelo legislador penal, que sanciona, com penas mais graves do que a do homicídio doloso, a venda de remédio, saneante ou cosmético sem registro, independentemente de ter havido qualquer efeito negativo ou perigo à saúde pública. Com efeito, segundo a nova lei, constitui crime hediondo vender medicamento cosmético ou saneante sem registro no órgão de vigilância sanitária, sendo indiferente saber se o produto comercializado sem registro é inócuo ou nocivo à saúde. Basta que não haja registro para configurar-se o crime punido com reclusão de 10 a 15 anos. Assim, pode o medicamento até mesmo ser benéfico ou o cosmético ser eficaz: nada importa, pois a ausência do registro é elemento suficiente, segundo os incisos do § 1º-B, para se consumar o crime hediondo. T tamanha aberração legislativa é verdadeiramente incontornável. Não há interpretação que possa ser feita para contornar a norma aos valores e princípios constitucionais. A interpretação congruente com a Constituição tem limites, pois deve-se neste esforço, para salvar a norma, analisar as possibilidades de ambos os textos, o constitucional e o a ser, de acordo com os telos de ambos". (Reale Jr., Miguel, *A inconstitucionalidade da lei dos remédios*. RT 763/415).

Com efeito, há verdadeira e gritante desproporção entre a gravidade da conduta de vender remédio sem registro e a gravidade da pena cominada. Assim, mostra-se imprescindível que o judiciário dê uma aplicação razoável à norma em apreço, ajustando-a aos princípios constitucionais.

Conforme salientado por Alberto Silva Franco, "a inconstitucionalidade assinalada pelos doutrinadores, principalmente derivada da inobservância aos princípios da razoabilidade e da ofensividade, em que condutas diversas alcançando interesses cuja relevância foi linear e arbitrariamente concebida, com reprimenda penal exagerada (entre 10 e 15 anos de reclusão), poderá ser obviada com o recurso da interpretação conforme à Constituição invocado por Reale Jr., 'ao custo de ponderável esforço hermenêutico' (...).

## *Superior Tribunal de Justiça*

Socorrendo-se o intérprete desse princípio, que 'permite uma renúncia ao formalismo jurídico e às interpretações convencionais em nome da idéia de Justiça material e da segurança jurídica, elementos tão necessários para um Estado democrático de direito', na lição do mestre Celso Ribeiro Bastos (...)" (*Código Penal e sua interpretação*. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 1311).

Destaque-se que a escolha do preceito secundário da Lei de Drogas não se mostra despropositada. Com efeito, tendo sido a recorrida presa em flagrante com remédios sem registro no órgão competente, e sendo o delito do artigo 273 do Código Penal considerado crime hediondo, tem-se por razoável a analogia realizada, de modo a não tornar a pena nem tão severa nem tão branda, mantendo-se, ademais, a hediondez do delito. Ademais, ambos os delitos têm como bem jurídico tutelado a saúde pública e são crimes de perigo abstrato.

Poder-se-ia ter considerado também como preceito secundário, *in casu*, a pena do crime de provocar aborto, artigos 125 e 126 do Código Penal, por ser o crime de dano que pode, eventualmente, decorrer do crime de perigo de vender remédio abortivo. Contudo, não será sempre esse o delito, pois, em hipóteses outras, o produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais pode não ser o Cytotec, devendo-se, portanto, fazer uma analogia mais ampla, de modo a abranger os demais casos análogos.

Não obstante todos os comentários tecidos, deixo de conhecer do recurso especial do Ministério Público, em razão deste não ter ultrapassado o juízo de admissibilidade, incidindo, *in casu*, conforme inicialmente destacado, o enunciado 126 da Súmula desta Corte.

No que concerne ao Recurso Especial adesivo, interposto por VILMA MARIA SEGALIN, observa-se que a insurgência da recorrente, referente à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, merece prosperar.

Com efeito, verifica-se que o Tribunal local deixou de aplicar o artigo 44 do Código Penal, ao fundamento de que "a gravidade e a natureza do delito indicam ser o benefício insuficiente à repressão e prevenção da conduta". (fl. 359). É de se observar, no entanto, que sua pena foi aplicada no mínimo legal, haja vista a ausência de circunstâncias judiciais negativas. Ademais, também não prevalece o argumento no sentido de ser incabível a substituição da pena em crimes hediondos.

De fato, a controvérsia acerca da vedação ao cumprimento progressivo da pena aos condenados pela prática de crimes hediondos, prevista na antiga redação do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 8.072/90, foi resolvida com o advento da Lei 11.464/07, que alterou a redação do referido comando legal, estabelecendo que o cumprimento de tais penas se dará no regime *inicialmente* fechado.

Antes do advento da nova lei, esta Corte já havia se posicionado no sentido da inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime prisional em casos de condenação pela prática de crimes hediondos, seguindo o entendimento adotado pelo Plenário do Supremo

## *Superior Tribunal de Justiça*

Tribunal Federal que, por ocasião do julgamento do HC 82.959/SP, declarou a inconstitucionalidade do artigo da Lei dos Crimes Hediondos que trazia referido óbice.

Por esta razão, inúmeras ordens foram concedidas para afastar tal ilegalidade, determinando-se aos juízos das execuções criminais que analisassem a presença dos requisitos objetivos e subjetivos necessários para a concessão da progressão de regime, nos moldes da legislação aplicável, ou seja, o artigo 112 da Lei de Execuções Penais. Nesse sentido, confirmam-se os julgados da 5ª e 6ª Turma deste Superior Tribunal:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. 1. CRIME HEDIONDO. AUSÊNCIA DE LESÃO CORPORAL GRAVE OU MORTE. IRRELEVÂNCIA. 2. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À PROGRESSÃO DE REGIME. PRECEDENTES. 3. PENA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA SEMI-ABERTO. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. ARTIGO 33 DO CP. 4. ORDEM CONCEDIDA. 1. O atentado violento ao pudor, ainda que em sua forma simples caracteriza crime hediondo. Precedentes do STF E STJ. 2. Diante da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, deve ser afastado o óbice à progressão de regime aos condenados pela prática de crime hediondo. 3. Aplicada a pena no mínimo legal, e compatível o quantum da reprimenda com a imposição do regime semi-aberto, nos termos do artigo 33 do CP, não há óbice à aplicação do regime semi-aberto para o início do cumprimento da pena, cometido o crime antes da Lei 11.464/07. 4. Ordem concedida em parte para afastar o óbice à progressão de regime por parte do paciente, fixando, outrossim, como regime inicial de cumprimento da pena o regime semi-aberto." (HC 81.312/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 27/05/2008, DJe 16/06/2008).

"*HABEAS CORPUS*. DIREITO PROCESSUAL PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ABSOLVIÇÃO. FALTA DE PROVA. INOCORRÊNCIA. AGENTE CASADO. CAUSA DE AUMENTO. REVOGAÇÃO PELA LEI Nº 11.106/2005. AFASTAMENTO DO ÓBICE À PROGRESSÃO E ESTABELECIMENTO DO REGIME PRISIONAL SEMI-ABERTO. CABIMENTO. 1. Inviável, na augusta via do remédio heróico, o puro e simples reexame do conjunto da prova, mormente em se tratando de condenação fundamentada não só nas declarações da vítima. 2. A Lei nº 11.106/2005 revogou a causa de aumento de pena prevista no inciso III do artigo 226 do Código Penal, sendo a retroatividade da *lex mitior* imperativo constitucional (artigo 5º, inciso XL). 3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria de votos, a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, afastando, assim, o óbice da progressão de regime aos condenados por crimes hediondos ou equiparados. 4. Tal questão perdeu atualidade, pois que a Lei nº 11.464/2007, que alterou a Lei nº 8.072/90, afastou a impossibilidade de progressão de regime, fazendo do regime fechado apenas o inicial obrigatório. 5. Na compreensão que se firmou na 3ª Seção desta Corte Superior de Justiça, ressaltando o entendimento contrário desta Relatoria, se a consideração das circunstâncias judiciais funda a fixação da



## *Superior Tribunal de Justiça*

pena-base no mínimo legal, é de rigor a imposição do regime prisional menos grave, pena de se ensejar a afirmação da existência de contradição no julgado. 6. Ordem denegada. *Habeas corpus* de ofício." (HC 51.832/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2007, DJe 22/04/2008).

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. REVALORAÇÃO DA PROVA. ATO LIBIDINOSO. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. REGIME PRISIONAL. SEMI-ABERTO. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90 DECLARADA PELO STF. (...). V - O Pretório Excelso, nos termos da decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC 82.959/SP, concluiu que o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 é inconstitucional. VI - Assim, uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o paciente cumprir a pena privativa de liberdade no regime inicial semi-aberto (Precedentes). Recurso provido. *Habeas corpus* concedido de ofício para afastar o óbice previsto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 e fixar o regime semi-aberto para o início do cumprimento da reprimenda." (REsp 831.058/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/09/2007, DJ 12/11/2007 p. 276).

"PENAL. *HABEAS CORPUS*. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. BEIJO LASCIVO. FATO INCONTROVERSO. PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAVENÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. CRIME HEDIONDO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE TODO O § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90 PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. ART. 33, § 2º, ALÍNEA C, DO CÓDIGO PENAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. (...). 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 23/2/2006 (HC 82.959/SP), ao declarar a inconstitucionalidade incidental do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, remeteu para o art. 33 do Código Penal as balizas para a fixação do regime prisional também nos casos de crimes hediondos. 3. Na hipótese em exame, não havendo notícia de reincidência e tendo a pena-base sido fixada pelo Tribunal a quo no mínimo legal, ou seja, em 6 (seis) anos de reclusão, justamente por força do reconhecimento das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal como totalmente favoráveis ao paciente, impõe-se a fixação do regime semi-aberto para o início do cumprimento da reprimenda, em observância ao disposto no art. 33, § 2º, letra c, do referido diploma legal. 4. Ordem parcialmente concedida para fixar o regime semi-aberto para o início do cumprimento da condenação. (HC 72.425/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 03/04/2007, DJ 07/05/2007 p. 347).

Não poderia a matéria ter outro rumo, diante do direito fundamental à individualização da sanção penal, constante do artigo 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal. Esta deflui do princípio da humanidade da pena, como ensina ALBERTO SILVA FRANCO:

## Superior Tribunal de Justiça

"(...) o modelo ressocializador não dispensa, na atualidade, um programa básico, um mínimo ético que deve estar fundamentado em dois vetores: o princípio da atenuação ou compensação e o princípio do *nihil nocere*. E o que significa cada um desses dois princípios? O princípio da atenuação ou compensação tem seu núcleo essencial na idéia de que o cumprimento da pena na prisão não deve resumir-se exclusivamente no trancafiamento de uma pessoa em estabelecimento prisional para efeito de ser submetida a normas de segurança e de disciplina. Ao afastamento obrigatório do recluso da vida em liberdade, devem corresponder compensações que visem estimulá-lo ao exercício de direitos não atingidos pela condenação, atenuado, assim, os efeitos desse afastamento e possibilitando a promoção de um processo gradual de reintegração social. Já o princípio do *nihil nocere* fundamenta-se na idéia de que os efeitos deletérios da internação forçada devem ser evitados através de um procedimento prisional que reduza significativamente o perigo da dessocialização. O princípio da humanidade da pena importa, portanto, no acolhimento de um sistema progressivo de cumprimento de pena, através do qual se possibilite ao condenado, por meio de etapas, e ainda, em razão de seu mérito, alcançar a liberdade. Assim, um texto legal que proscruva toda e qualquer progressividade no cumprimento da pena privativa de liberdade, deixando o recluso subordinado unicamente ao regime fechado, num estabelecimento prisional de segurança máxima, tem, assim, um significado claro e preciso: transforma a finalidade da pena numa resposta estatal que paga o mal causado com outro mal, de igual ou superior intensidade, dela eliminando não apenas qualquer intento ressocializador (que pode ter expressão até na evitação de um processo dessocializador), mas também o 'mínimo ético' que é exigível na execução penal." (Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, São Paulo, RT, 2001, vol. 1, Parte Geral, p. 10).

Nos mesmos moldes, passou a se entender também ser possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, no que concerne aos delitos praticados antes da entrada em vigor das Leis 11.343/06 e 11.464/07. Ao ensejo, vejam-se os seguintes julgados desta 6ª Turma, noticiados nos informativos de jurisprudência desta Corte:

Informativo nº 358 (2 a 6 de junho de 2008).

SUBSTITUIÇÃO. PENA.

Em fato anterior à vigência da Lei n. 11.343/2006, uma vez atendidos os requisitos dispostos no art. 44 do CP, é possível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, mesmo em crime de tráfico de entorpecentes, já que o STF julgou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), devendo o juízo das execuções criminais promover a execução daquelas (art. 147 e segs. da Lei n. 7.210/1984). Precedentes citados do STF: CC 84.715-SP, DJ 29/6/2007; do STJ: HC 66.722-MS, DJ 19/3/2007; HC 67.481-DF, DJ 26/3/2007, e HC 97.933-RJ, DJ 25/4/2008. HC 83.254-RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 3/6/2008.

## *Superior Tribunal de Justiça*

Informativo nº 334 (1º a 5 de outubro de 2007)  
TRÁFICO. SUBSTITUIÇÃO. PENA. ESTRANGEIRO.  
RESIDÊNCIA. PAÍS.

O acusado foi preso no aeroporto, enquanto tentava transportar consigo grande quantidade de cocaína para o exterior. Por isso foi condenado e agora busca a substituição da segregação pela pena restritiva de direitos. É certo que a hediondez do crime não é mais incompatível com a substituição da pena, porém pesa o fato de que o acusado é estrangeiro sem residência no país e estava em trânsito no território nacional, quando da prática do crime. O art. 5º da CF/1988 iguala os brasileiros aos estrangeiros residentes no país, daí o complicador. Além disso, as circunstâncias, as condições judiciais, não são de todo favoráveis ao ora recorrente, pois consignado que, motivado pelo lucro fácil, transportava grande quantidade de substância entorpecente. Com esse entendimento, a Turma negou provimento ao recurso especial. O Min. Hamilton Carvalho, por sua vez, ressaltou não se cuidar da lei nova e, para acompanhar a Turma, apegou-se mais ao fundamento de a resposta alternativa não se mostrar suficiente, no caso concreto, para prevenção e reversão do crime. Precedentes citados: HC 55.503-SC, DJ 22/5/2006; HC 32.498-RS, DJ 17/12/2004, e HC 9.464-SC, DJ 16/8/1999. REsp 908.384-SP, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 4/10/2007.

Informativo nº 324 – (18 a 22 de junho de 2007)  
DIFERENÇA. COMPROVAÇÃO. CÓPIAS. INTERNET. TRÁFICO.  
SUBSTITUIÇÃO. PENA PRIVATIVA. LIBERDADE. RESTRITIVA.  
DIREITOS.

Dispensa-se a indicação de repositório oficial onde publicado o acórdão paradigma que comprova a divergência quando esse é do próprio Superior Tribunal de Justiça, bastando, inclusive, que o documento para comprovação do dissenso tenha sido extraído da página eletrônica disponível no *site* deste Superior Tribunal. A nova redação dada ao art. 541, parágrafo único, do CPC autoriza a hipótese. Assim, preenchidos os requisitos do art. 44 do CP, é possível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, mesmo no crime de tráfico de entorpecentes, uma vez que declarada pelo STF a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990. Precedentes citados do STF: HC 88.879-RJ, DJ 2/3/2007; do STJ: HC 60.407-SP, DJ 7/5/2007; HC 66.978-SP, DJ 14/5/2007; HC 67.481-DF, DJ 26/3/2007; EREsp 430.810-MS, DJ 9/2/2005, e REsp 327.687-SP, DJ 15/4/2002. REsp 845.746-DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19/6/2007.

Informativo nº 299 (Período: 2 a 6 de outubro de 2006)  
TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO. PENA.

O art. 44 do CP é aplicável aos crimes hediondos e equiparados, uma vez que não há qualquer incompatibilidade com a Lei n. 8.072/1990. A norma penal autoriza a aplicação de sanções que não a pena privativa de liberdade para crimes de pequena e média gravidade, como meio eficaz de combater a crescente ação criminógena no cárcere. Assim, na espécie, a Turma concedeu a ordem para a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito a serem estabelecidas pelo juízo da execução. Precedentes citados: HC 32.498-RS, DJ 17/12/2004, e REsp

## *Superior Tribunal de Justiça*

754.630-BA, DJ 21/11/2005. HC 47.670-SP, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 5/10/2006.

Informativo nº 277 (13 a 17 de março de 2006)  
TRÁFICO. ENTORPECENTE. SUBSTITUIÇÃO. PENA.

Trata-se de paciente condenado à pena de reclusão por 4 anos e ao pagamento de 66 dias-multa pelo valor mínimo, como incurso no art. 12 c/c art. 18, III, ambos da Lei n. 6.368/1976. A Turma, ao prosseguir o julgamento, afirmou, à unanimidade, que é admissível a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, ainda que se trate dos crimes denominados hediondos, quando, como no caso, a pena aplicada, privativa de liberdade, seja não-superior a 4 anos. Precedente citado: HC 32.498-RS, DJ 17/12/2004. HC 45.876-SP, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 16/3/2006 (ver Informativo n. 276).

Confirmam-se, ainda, os seguintes precedentes da 5ª Turma:

"*HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO PELO TRIBUNAL *A QUO* EM CONSEQUÊNCIA DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DA LEGISLAÇÃO FEDERAL. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA PENAL. ORDEM CONCEDIDA PARA QUE A PACIENTE AGUARDE EM LIBERDADE O TRÂNSITO EM JULGADO DO PROCESSO-CRIME. INOBSERVÂNCIA DO RITO PROCEDIMENTAL ESTABELECIDO PELA LEI N.º 10.409/2002. AUSÊNCIA DE DEFESA PRELIMINAR. NULIDADE RELATIVA. PRECLUSÃO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO. INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RÉ PRIMÁRIA, DE BONS ANTECEDENTES. REGIME FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. IMPROPRIEDADE. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA C, E § 3.º DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. 1. (...). 4. Afastado o óbice à progressão de regime consubstanciado no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado, não subsiste qualquer empecilho ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. 5. Ordem concedida para que a Paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado do processo-crime e fixar o regime aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais, o qual também deverá decidir sobre o deferimento da substituição das penas, nos exatos termos do art. 44 do Código Penal". (HC 104.147/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2009, DJe 06/04/2009).

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. REGIME PRISIONAL. IMPOSIÇÃO DA FORMA FECHADA TÃO-SOMENTE EM RAZÃO DE SER O CRIME EQUIPARADO À HEDIONDO. FIXAÇÃO NO ABERTO. POSSIBILIDADE. DELITO COMETIDO ANTES DAS LEIS 11.343/06 E

## *Superior Tribunal de Justiça*

11.464/07. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA. 1. Diante da declaração da inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º, com a redação dada pela Lei n. 8.072/90, perfeitamente possível, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados praticados na vigência da Lei 6.368/76, a fixação de quaisquer dos regimes prisionais legalmente previstos, devendo a nova redação conferida ao citado dispositivo legal pela Lei n. 11.464/07 atingir somente os casos posteriores à sua entrada em vigor. 2. Tendo a sanção-básica sido estabelecida no mínimo legalmente previsto para o tipo, ante a inexistência de circunstância judiciais desfavoráveis, e observada a quantidade de pena definitivamente irrogada, de ser fixado o regime aberto para o resgate da sanção corporal. DOSIMETRIA. PENA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 11.464/07. ADMISSIBILIDADE DA PERMUTA. PROIBIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 E DO 44 DA NOVEL LEI DE DROGAS. NÃO INCIDÊNCIA. TRIBUNAL IMPETRADO QUE NÃO ANALISOU A POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. 1. Após a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime nos casos de crimes hediondos e a eles equiparados, afastando o óbice à execução progressiva da pena, e tendo em conta a superveniência da edição e entrada em vigor da Lei 11.464/07, perfeitamente possível a substituição da reprimenda reclusiva por restritivas de direitos nos delitos cometidos na vigência da Lei 6.368/76, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal. 2. As vedações constantes no § 4º do art. 33 e no art. 44 da Lei 11.343/06 não são aplicáveis aos condenados pelo crime de tráfico de entorpecente praticado na vigência da antiga Lei de Tóxicos. 3. É patente o constrangimento ilegal decorrente da ausência de análise, pelo Tribunal impugnado, quando do julgamento da apelação criminal, da possibilidade de substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos, objetivamente viável na espécie. 4. Ordem concedida para fixar o regime aberto para o cumprimento da sanção aplicada e, afastado o óbice constante no § 4º do art. 33 e no art. 44 da Lei n. 11.343/06, determinar que o Tribunal impetrado examine a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos". (HC 106.298/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2009, DJe 09/03/2009).

"PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE TODO O § 1º DO ART. 2º DA LEI 8.072/90 PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. FIXAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA APLICADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS RECONHECIDAS COMO FAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. ILEGALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. RETROAÇÃO DA LEI PENAL NOVA MAIS BENÉFICA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 82.959/SP, remeteu para o art. 33 do Código Penal as balizas para a fixação do regime prisional também nos

## *Superior Tribunal de Justiça*

casos de crimes hediondos e equiparados. 2. Nos termos do art. 33, § 2º, letra c, do Código Penal, o condenado não-reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. 3. Presentes os requisitos do art. 44 do estatuto repressivo, impõe-se o reconhecimento do direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, já que o delito foi praticado ainda na vigência da Lei 6.368/76, revogada pela Lei 11.343/2006, que, em seu art. 44, veda expressamente o benefício em questão. 4. Pela interpretação sistemática do art. 33 da Lei 11.343/06, verifica-se que a nova tipificação das condutas, anteriormente definida no art. 12 da Lei 6.368/76, tem como preceito secundário um espectro de pena que varia de 20 meses a 15 anos de reclusão. 5. Sendo mais benéfica ao réu, a norma penal deve retroagir à luz do art. 5º, XL, da Constituição Federal (*novatio legis in melius*). 6. Ordem concedida para reformar o acórdão ora impugnado, determinando que prevaleça o voto vencido, proferido pelo Desembargador Ivan Leomar Bruxel". (HC 119.276/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 02/03/2009).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL ART. 12 DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 07/STJ. NÃO CONHECIMENTO. RITO PROCEDIMENTAL PREVISTO NO ART. 38 DA LEI Nº 10.409/02 INOBSERVADO. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DE NULIDADE NÃO ACOLHIDA. PECULIARIDADES DO CASO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE APRECIÇÃO DE TESE DEFENSIVA PELA R. SENTENÇA CONDENATÓRIA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITO. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90 DECLARADA PELO STF. I - (...). VII - O Pretório Excelso, nos termos da decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC 82.959/SP, concluiu que o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, é inconstitucional. VIII - Da mesma forma, não mais subsiste razão para que não se aplique aos condenados por crimes hediondos ou a ele equiparados, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, desde que preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal (Precedentes). IX - Embora já esteja em vigor o dispositivo legal que veda a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados pelo crime de tráfico (art. 44, caput, da Lei nº 11.343/2006) e determina o regime inicialmente fechado (art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07), ele não se aplica à hipótese dos autos, uma vez que se trata de *lex gravior*, incidindo, portanto, somente aos casos ocorridos após a sua vigência. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente provido, devendo o e. Tribunal *a quo* analisar os demais requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos". (REsp 1056376/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 16/03/2009).

Assim, verificando-se que o crime foi cometido antes da entrada em vigor da

## *Superior Tribunal de Justiça*

Lei 11.464/07, a qual determinou o regime inicialmente fechado para cumprimento da pena no caso dos crimes hediondos, não se verifica qualquer óbice legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Importante salientar, ademais, que, caso haja descumprimento das condições estabelecidas para o cumprimento das penas restritivas de direitos, deve a recorrida cumprir sua pena em regime aberto, haja vista suas circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, prestigiando-se, assim, os dispositivos normativos que regem a individualização da pena no Código Penal. Nesse sentido, confirmam-se os julgados da 5ª e 6ª Turma deste Superior Tribunal:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. 1. CRIME HEDIONDO. AUSÊNCIA DE LESÃO CORPORAL GRAVE OU MORTE. IRRELEVÂNCIA. 2. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À PROGRESSÃO DE REGIME. PRECEDENTES. 3. PENA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA SEMI-ABERTO. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. ARTIGO 33 DO CP. 4. ORDEM CONCEDIDA. 1. O atentado violento ao pudor, ainda que em sua forma simples caracteriza crime hediondo. Precedentes do STF E STJ. 2. Diante da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, deve ser afastado o óbice à progressão de regime aos condenados pela prática de crime hediondo. 3. Aplicada a pena no mínimo legal, e compatível o quantum da reprimenda com a imposição do regime semi-aberto, nos termos do artigo 33 do CP, não há óbice à aplicação do regime semi-aberto para o início do cumprimento da pena, cometido o crime antes da Lei 11.464/07. 4. Ordem concedida em parte para afastar o óbice à progressão de regime por parte do paciente, fixando, outrossim, como regime inicial de cumprimento da pena o regime semi-aberto." (HC 81.312/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 27/05/2008, DJe 16/06/2008).

"*HABEAS CORPUS*. DIREITO PROCESSUAL PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ABSOLVIÇÃO. FALTA DE PROVA. INOCORRÊNCIA. AGENTE CASADO. CAUSA DE AUMENTO. REVOGAÇÃO PELA LEI Nº 11.106/2005. AFASTAMENTO DO ÓBICE À PROGRESSÃO E ESTABELECIMENTO DO REGIME PRISIONAL SEMI-ABERTO. CABIMENTO. 1. Inviável, na augusta via do remédio heróico, o puro e simples reexame do conjunto da prova, moimento em se tratando de condenação fundamentada não só nas declarações da vítima. 2. A Lei nº 11.106/2005 revogou a causa de aumento de pena prevista no inciso III do artigo 226 do Código Penal, sendo a retroatividade da *lex mitior* imperativo constitucional (artigo 5º, inciso XL). 3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria de votos, a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, afastando, assim, o óbice da progressão de regime aos condenados por crimes hediondos ou equiparados. 4. Tal questão perdeu atualidade, pois que a Lei nº 11.464/2007, que alterou a Lei nº 8.072/90, afastou a impossibilidade de progressão de regime, fazendo do regime fechado



## *Superior Tribunal de Justiça*

apenas o inicial obrigatório. 5. Na compreensão que se firmou na 3ª Seção desta Corte Superior de Justiça, ressaltando o entendimento contrário desta Relatoria, se a consideração das circunstâncias judiciais funda a fixação da pena-base no mínimo legal, é de rigor a imposição do regime prisional menos grave, pena de se ensejar a afirmação da existência de contradição no julgado. 6. Ordem denegada. *Habeas corpus* de ofício." (HC 51.832/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2007, DJe 22/04/2008).

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. REVALORAÇÃO DA PROVA. ATO LIBIDINOSO. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. REGIME PRISIONAL. SEMI-ABERTO. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90 DECLARADA PELO STF. (...). V - O Pretório Excelso, nos termos da decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC 82.959/SP, concluiu que o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 é inconstitucional. VI - Assim, uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o paciente cumprir a pena privativa de liberdade no regime inicial semi-aberto (Precedentes). Recurso provido. *Habeas corpus* concedido de ofício para afastar o óbice previsto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 e fixar o regime semi-aberto para o início do cumprimento da reprimenda." (REsp 831.058/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/09/2007, DJ 12/11/2007 p. 276).

"PENAL. *HABEAS CORPUS*. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. BEIJO LASCIVO. FATO INCONTROVERSO. PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. CRIME HEDIONDO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE TODO O § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90 PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. ART. 33, § 2º, ALÍNEA C, DO CÓDIGO PENAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. (...). 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 23/2/2006 (HC 82.959/SP), ao declarar a inconstitucionalidade incidental do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, remeteu para o art. 33 do Código Penal as balizas para a fixação do regime prisional também nos casos de crimes hediondos. 3. Na hipótese em exame, não havendo notícia de reincidência e tendo a pena-base sido fixada pelo Tribunal a quo no mínimo legal, ou seja, em 6 (seis) anos de reclusão, justamente por força do reconhecimento das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal como totalmente favoráveis ao paciente, impõe-se a fixação do regime semi-aberto para o início do cumprimento da reprimenda, em observância ao disposto no art. 33, § 2º, letra c, do referido diploma legal. 4. Ordem parcialmente concedida para fixar o regime semi-aberto para o início do cumprimento da condenação. (HC 72.425/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 03/04/2007, DJ 07/05/2007 p. 347).



*Superior Tribunal de Justiça*

Ante o exposto, **não conheço do Recurso Especial do Ministério Público e dou provimento ao Apelo adesivo** de Vilma Maria Segalin, para determinar ao Juízo da Vara das Execuções a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. No mais, de ofício, determino como regime inicial do cumprimento da pena o aberto.

É como voto.

