

and a mixture of both. However, it's given more emphasis to concentrated review, which permits that almost all controversies can be appreciated by the Supreme Federal Court through a procedure of abstract control of laws. All this mechanism has the main purpose of safeguarding the citizen in his fundamental rights, because it's searching for a real fair and honourable society.

Key words: Constitution. Constitutional Control. Constitutional principle of "normative strength of Constitution". Supreme Federal Court.

9. REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Artigos Clássicos – Direito constitucional. **Constitucionalidade e legitimidade da criação do Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <http://www.google.com.br>. Acesso em 15/05/2009.
- BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade: Elementos Materiais e Princípios Processuais**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1.988. *Diário Oficial da União*. Brasília, 5 out. 1.988.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. 14 ed. rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CUNHA Júnior, Dirley. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 3 ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2008.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- NERY Júnior, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.
- PAULO, Vicente, ALEXANDRINO Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
- PINHO, Judicael Sudário de. **Temas de direito constitucional: e o Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Atlas, 2005.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- SLAIBI Filho, Nagib. Artigos Clássicos – Direito constitucional. **Breve história do controle de constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.google.com.br>. Acesso em 15/05/2009.
- STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.



OS LIMITES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE LEGISLAR: O PROCESSO LEGISLATIVO E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Simone Silva Prudêncio¹

Resumo:

Este artigo tem como escopo comentar a atuação do Poder Legislativo brasileiro que, na esfera criminal, tem criado dificuldades à concretização dos direitos fundamentais, pela edição de leis penais e processuais penais violadoras de princípios e garantias constitucionais. O processo legislativo tem seu trâmite delineado pela Constituição Federal e seus limites fixados pelo princípio da proporcionalidade, que estabelece tanto a proibição do excesso, como da infraproteção. Entretanto, a legislação produzida nas últimas décadas demonstra adesão ao Movimento de Lei e Ordem e ao Direito Penal e Processual Penal do Inimigo, de tal sorte que aqueles parâmetros constitucionais deixaram de ser observados por muitas leis no ordenamento jurídico vigente.

Palavras-chave: Limites constitucionais. Processo Legislativo. Princípio da proporcionalidade. Proibição do excesso. Proibição da infraproteção.

SUMÁRIO

1. Introdução – 2. Do Processo Legislativo no Estado Democrático de Direito – 2.1 Bases constitucionais do processo legislativo – da constitucionalidade formal e da técnica legislativa – 2.2 Da constitucionalidade material das leis – 2.3 Da omissão legislativa e suas consequências para o ordenamento jurídico – 3. Os limites constitucionais ao poder de legislar – 3.1 Noções gerais sobre o princípio da proporcionalidade – 3.2 O princípio da proporcionalidade e seus subprincípios – 3.3 O princípio da proporcionalidade e a proibição do excesso – 3.4 O princípio da proporcionalidade e a proibição da infraproteção – 4. Conclusão – 5. Abstract – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O processo legislativo tem suas normas fixadas pela Carta Magna de 1988 e seu descumprimento gera inconstitucionalidade formal, por excesso do Poder Legislativo. Todavia, ainda que uma lei tenha sido elaborada à risca dos moldes legais, ela pode ser materialmente inconstitucional. Em outras palavras, o objeto da lei deve ser compatível com a Constituição Federal, tanto no aspecto formal, quanto no material.

Contudo, não é essa a realidade da produção legislativa brasileira, vez que muitas leis apresentam inconstitucionalidade. E, em razão da inobservância dos vetores do Estado Democrático de Direito, o verdadeiro acesso à justiça, não raro, permanece inalcançável, face às dificuldades práticas para concretizá-lo nas várias esferas do Direito, sobretudo na criminal.

Diante de tais acontecimentos, é imperiosa a reflexão sobre a importância da atuação

¹ Doutoranda em Processo Penal pela PUC-SP. Professora de Processo Penal da Universidade Federal de Uberlândia. E-mail: simoneprudencio@yahoo.com.br



adequada do Poder Legislativo para a concretização de direitos, que vão desde o respeito ao trâmite legislativo estabelecido até os limites impostos por meio de princípios constitucionais e, entre eles, o princípio da proporcionalidade.

2. DO PROCESSO LEGISLATIVO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Brasil adotou a tradição jurídica do sistema romano-germânico de Direito, denominado *civil law*, baseado em codificações. Além disso, desde as mudanças institucionais desencadeadas pela Revolução Francesa, em 1789, os Estados Democráticos de Direito cultuam o primado da lei.

No Brasil, a primazia da lei existe desde a Constituição de 1824, outorgada pelo Estado Imperial, que criou o Poder Legislativo. Desde então, elegemos nossos representantes pelo voto e, por meio deles, elaboramos nossas próprias leis. As leis são, portanto, o limite à atuação do Estado e os vetores do comportamento social.

Mas, para que surtam os efeitos desejados, as leis devem ser válidas. Maria Helena Diniz² explica os aspectos essenciais da validade na norma jurídica. São eles: validade formal (ou vigência, que significa ter sido a norma elaborada pelo órgão competente, segundo o devido processo de elaboração); validade fática (adequação da norma ao comportamento humano que pretende regular, ou seja, os destinatários ajustam seu comportamento, em maior ou menor grau, às prescrições normativas) e validade ética (quando a norma jurídica consegue implantar uma ordem justa na vida social).

Em termos de validade das leis editadas, também Luigi Ferrajoli³ ensina-nos que nem toda norma emanada do legislador tem validade material na atualidade. Afirmo o autor que tal possibilidade é típica “nos ordenamentos jurídicos de estrutura elementar nos quais o legislador é *legibus solutus*, de forma que qualquer norma dele emanada e da maneira que ele queira é uma norma válida”.

Luigi Ferrajoli⁴ assevera que nos modernos Estados constitucionais de direito as normas devem ser harmônicas entre si. Vejamos:

[...] nos modernos Estados constitucionais de direito, nos quais a validade das normas – assim como das leis, dos regulamentos, sentenças e atos administrativos – reside na sua correspondência não somente formal, como também material com normas de categoria superior, que não só regulam as formas senão que estabelecem também limitações de conteúdo ao exercício do poder normativo, tal concepção resulta totalmente insuficiente.

Leis que não possuem validade, nos termos retromencionados, certamente impedirão a concretização de direitos, ainda que sejam elas vigentes e, dessa maneira, jamais será alcançada a segurança jurídica.

² DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2008, págs. 396, 404 e 405.

³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et al.* 2ª ed São Paulo: RT, 2006, p. 327.

⁴ *Ibidem*, mesma página.



2.1 Bases constitucionais do processo legislativo – da constitucionalidade formal e da técnica legislativa.

O processo legislativo brasileiro é definido pela Carta Magna de 1988, nos termos do art. 59. Interessa-nos, em particular, a elaboração de leis ordinárias, por afetarem, diretamente, o Direito Penal e o Direito Processual Penal. Podemos dizer que a constitucionalidade formal de uma lei é alcançada sempre que ela emane de autoridade competente e obedeça as regras previstas nos arts. 67, 67 e 69 da Carta Maior.

A iniciativa das leis ordinárias, nos termos do art. 61 da Lei Maior, pode ser de qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, órgãos integrantes do Poder Legislativo. Em relação ao Poder Judiciário, o mesmo artigo atribui iniciativa ao Supremo Tribunal Federal e aos Tribunais Superiores. No que tange ao Poder Executivo, o Procurador-Geral da República e o Presidente da República podem iniciar o processo legislativo, sendo que o segundo conta, também, com situações em que sua iniciativa para legislar é privativa. Por fim, a iniciativa popular é outra possibilidade prevista no art. 61, § 2º da Constituição Federal de 1988.

As fases do processo legislativo foram esboçadas por José Luis Díez Ripollés⁵, a saber: pré-legislativa, legislativa e pós-legislativa, sucessivas e circulares no tempo. Ainda nos dizeres deste Autor, a fase pré-legislativa inicia-se quando se problematiza socialmente a falta de relação entre a realidade social e sua correspondente resposta jurídica e termina com a apresentação de projeto de lei.⁶

Sobre este prisma, importante observação faz Guilherme Costa Câmara⁷ ao destacar que o medo do crime tem sido objeto de crescente preocupação acadêmica e, por isso, constitui importante componente da pesquisa criminológica mais recente. Nesse caminho, percebe-se que a difusão do sentimento de insegurança faz com que o Poder Legislativo elabore leis simbólicas, as quais servem apenas como rápida satisfação social, mas não resolvem, efetivamente, o problema da insegurança gerada pela criminalidade.

A tendência de usar o Direito Penal de modo compulsivo, de atribuir-lhe o emprego em primeira *ratio* revela que o Poder Legislativo se deixa influenciar, fortemente, pelos grupos de pressão da mídia. É como José Luis Díez Ripollés⁸ afirma: “(...) deve-se destacar a frequência cada vez maior com que uma opinião pública favorável é capaz de desencadear, por si só respostas legislativas penais.” Como se pode constatar, torna-se evidente que a inspiração do legislador para elaborar projeto de lei é contaminada pelo do sentimento social e este, por sua vez, refletirá o mal-estar causado pelo crime. Até aí, não vemos problema.

A situação se complica quando a fase pré-legislativa é absolutamente influenciada por parte da opinião pública, que nem sempre reflete os interesses da maioria da população, mas apenas de pequeno grupo detentor do poder político e do fluxo de informações. É assim que

⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*; tradução de Luiz Régis Prado. São Paulo: RT, 2005, p. 18.

⁶ *Ibidem*, p. 19

⁷ CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de Política Criminal: orientado para a vítima do crime*. São Paulo: RT, 2008, p.223.

⁸ *Ibidem*, p. 36.

surtem os “leading cases”⁹ que se tornam a motivação para que leis penais simbólicas sejam criadas.

Na fase legislativa, composta pelo conjunto de atos formais do Parlamento destinados a propor, discutir e aprovar leis, não se pode deixar de considerar que o substrato político é dominante e leva em conta a ideologia do partido que apresenta a proposta de lei. Com tais considerações, é possível afirmar que a fase em comento é evada de interesses daquela minoria detentora do poder de legislar, interesse este que, não raro, ignora o bem estar público.

A fase pós-legislativa avalia os efeitos da decisão legal após sua entrada em vigor e perdura até o momento em que se questiona se é socialmente plausível sua adequação à realidade social ou econômica que se pretende regular, momento em que nova fase pré-legislativa terá início¹⁰.

E, a respeito do trâmite, de forma sintética, assevera Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹¹ que o processo de formação da lei apresenta a fase introdutória, a iniciativa (não propriamente esta, mas sim, o ato que a desencadeia), a fase constitutiva, que compreende a deliberação e a sanção, e a fase complementar, na qual residem a promulgação e também a publicação.

Além das previsões constitucionais retromencionadas a técnica legislativa deve ser, rigorosamente, observada, a fim de que as leis produzidas sejam capazes de gerar os devidos efeitos no ordenamento. Para tanto, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, a Lei Complementar nº 95/98, modificada pela Lei Complementar nº 107/01, dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos aos quais faz referência.

Sobre o tema, explica Kildare Gonçalves Carvalho¹², que

[...] a técnica legislativa consiste no modo correto de elaborar leis, de forma a torná-las exequíveis e eficazes. Envolve um conjunto de regras e normas técnicas que vão desde a necessidade de legislar até a publicação da lei.

Em outra obra¹³, o mesmo Autor assevera que “de fato, uma lei mal redigida e apresentada pode acarretar errôneas interpretações, comprometendo a certeza das relações jurídicas e a segurança social”. Nessa mesma linha de raciocínio, ao abordar, de forma crítica, os excessos do Poder Legislativo, Alberto Silva Franco¹⁴ comenta que

[...] a enxurrada, na última década do século passado, de alterações pontuais, nos vários diplomas legais, seja de matéria codificada, seja de leis especiais, lesa a visão orgânica que um sistema penal deve exibir e põe à mostra a falta de técnica na elaboração de tipos penais.

⁹ Vale lembrar, como exemplo, entre outros, a motivação da Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8072/90), em razão da extorsão mediante sequestro de um famoso e rico empresário brasileiro.

¹⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. A racionalidade das leis penais: teoria e prática; tradução de Luiz Régis Prado. São Paulo: RT, 2005, p. 62.

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do processo legislativo. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 206.

¹² CARVALHO, Kildare Gonçalves. Técnica legislativa: (de acordo com a Lei Complementar nº 95, de 26.2.1998, alterada pela Lei Complementar nº 107, de 26.4.2001). 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 31.

¹³ CARVALHO, Kildare Gonçalves, Direito Constitucional. 12ª ed, Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 846.

¹⁴ FRANCO, Alberto Silva. Submissão de Criança ou Adolescente à Prostituição ou à Exploração Sexual. Boletim do IBCCRIM ANO 9, Nº 109, 2001.

Não bastassem os problemas já apontados, é preciso ainda mencionar que o legislador insere palavras na lei que, muitas vezes, não são definidas em termos jurídicos e trazem grandes dificuldades aos operadores do Direito. Por exemplo, podemos citar termos legais como tortura e organização criminosa, que não se encontram definidos juridicamente no Brasil. Assim, José Luis Díez Ripollés¹⁵, critica tais neologismos quando diz:

[...] os novos e às vezes refinados progressos conceituais não têm sequer uma mínima utilidade na aplicação judicial; em desconcertante contraposição, permitiu-se que o campo de criação das leis a serem interpretadas ficasse em mãos da improvisação e do oportunismo social e político.

Com idêntico sentimento, Guilherme Nucci¹⁶, ao comentar a Lei nº 11.343, de 07 de agosto de 2006, que “cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher...” destaca que “é preciso findar, de vez, o mau vazo de se editar leis que contém palavras inúteis. A legislação brasileira mereceria uma *limpeza*, em homenagem, no mínimo, à lógica e à harmonia normativa.” (grifo do autor).

Outros exemplos estão na Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, que modificou o Título VI da Parte Especial do Código Penal, o qual passou a ser denominado de “Dos crimes contra a dignidade sexual”. Ao tratar, no art. 215, da violação sexual mediante fraude, ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima, temos um problema. O significado de “fraude” é claro, mas o de “outro meio que dificulte a livre manifestação de vontade da vítima” causará insegurança jurídica. Afinal, o grau de livre manifestação de vontade é característica personalíssima, pois aquilo que pode impedir uma pessoa de manifestar sua vontade livremente, nas mesmas condições, pode não impedir outra de fazê-lo.

Ainda com referência ao mesmo diploma legal, temos o art. 217-A, que trouxe nova definição jurídica da situação que era denominada de “presunção de violência”, no que concerne à condição da vítima, e passou a denominá-la de “vítima vulnerável”. Vejamos:

Estupro de vulnerável

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º. Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. [...]

Segundo o novo conceito, vulnerável é, então, o menor de quatorze anos, bem como aquele que por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. Tal mudança não apresenta maiores consequências.

¹⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. A racionalidade das leis penais: teoria e prática; tradução de Luiz Régis Prado. São Paulo: RT, 2005, p. 14.

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. São Paulo: RT, 2006, p. 862.

Mas, ao observar o disposto no artigo adiante - o 218-A - vemos que o próprio legislador se confundiu. Vulnerável, segundo o art. 217-A, no que se refere ao menor, compreende o menor de quatorze anos apenas. Entre quatorze e dezoito anos, a pessoa, apenas pela idade, não é considerada como vítima vulnerável nos termos da lei. Logo, ao atribuir o título de "favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável" àquele, criou-se uma contradição entre os dois artigos, no tocante à definição legal de vulnerável, inicialmente atribuída. Comparemos:

Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável

Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém **menor de 18 (dezoito) anos** ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.[...]. Grifos nossos.

Constatamos, mais uma vez, que a falta de precisão no emprego dos termos que devam expressar conteúdo jurídico relevante dá margem à insegurança jurídica.

Observação interessante sobre a Lei n. 12.015/09 faz Luiza Nagib Eluf¹⁷, ao apontar

[...] que o artigo 213 do Código Penal, embora tenha acertado ao determinar que tanto o homem quanto a mulher podem ser vítimas do delito (antes só a mulher poderia ser vítima de estupro), cometeu o exagero de considerar igualmente grave a prática de qualquer "outro ato libidinoso".

Essa reflexão nos leva a verificar que um beijo lascivo está compreendido na disposição legal em comento e tal conduta é punida desproporcionalmente em relação à sua gravidade. Logo, clara está a incoerência carreada pelo trabalho legislativo de má qualidade.

Em razão de tudo o que expusemos até aqui, torna-se inevitável analisarmos a constitucionalidade de uma lei, que deve ser aferida tanto no campo formal, quanto no material. Passemos a este estudo.

2.2 Da constitucionalidade material das leis.

Uma vez analisadas as questões formais, faz-se *mister* observar outra hipótese de inconstitucionalidade de uma lei: a material. Ela surge quando o Poder Legislativo cria leis que contemplam o sentido contrário do que dizem os preceitos constitucionais, mesmo que a sociedade aplauda, num primeiro momento, o seu conteúdo.

Não se pode olvidar que mudanças no panorama legislativo, ao longo dos anos, sejam necessárias para atualização das leis em relação às necessidades sociais, de modo que os conflitos surgidos possam ser pacificados. No entanto, o Poder Legislativo não pode se valer de mazelas sociais para ultrapassar limites impostos à sua atuação pela Lei Magna, sob pena de legislar casuisticamente e gerar antinomias entre garantia e concretização de direitos.

¹⁷ ELUF, Luiza Nagib. *A reforma nos crimes sexuais* - publicado no dia 31/08/09 Disponível em <http://www.estadao.com.br/busca/JSearch/CBQM!cBQM.action?e=&s=Eluf%20dignidade%20sexual>. Acesso dia 02/09/09.

A despreocupação do Poder Legislativo com as bases sistemáticas que norteiam o Direito é, realmente, motivo de inquietação, pois revela verdadeiro descaso e falta de compromisso com a ciência penal e com o sistema jurídico. É bastante compreensível que a necessidade social venha a impor certas mudanças no pensamento político-criminal do legislador. No entanto, não se pode ignorar o fato de que todo o ordenamento deve ser orientado segundo princípios e regras constitucionais. Nesse sentido é a lição de Luiz Alberto David ARAUJO¹⁸:

[...] a Constituição deve ser compreendida como um conjunto de regras e princípios. Não é possível conceber um sistema jurídico formado apenas por regras, pois este, embora pudesse ser considerado um "sistema de segurança", não permitiria a sua própria complementação e desenvolvimento. Da mesma forma, um sistema exclusivamente constituído por princípios seria inaceitável, por conduzir à indeterminação e incerteza, devido à inexistência de regras precisas.

Logo, está evidenciado que a harmonia e todo o sistema jurídico depende da submissão inarredável aos princípios e regras estabelecidos pela Carta Magna. O que se percebe com a análise da legislação penal e processual penal hodierna é que o legislador, com adoção de política criminal punitivista, partidária do Direito Penal simbólico, tem produzido leis sem qualquer cuidado com os princípios e regras constitucionais, penais e processuais, a fim de dar resposta aparente, porém sem efetividade, às lesões causadas aos bens jurídicos penalmente tutelados.

Em particular, no que diz respeito àquelas leis seguidoras do Direito Penal Simbólico, por sua vez atrelado ao punitivismo exacerbado e mascarado pelo Movimento de Lei e Ordem, destinado a fazer o povo crer que tudo está bem e que o legislador é atento às necessidades sociais, diz Renato de Mello Jorge Silveira¹⁹:

[...] vários são os pressupostos observados do simbolismo penal. De um lado é patente que ele somente ganha sentido em consideração a um Direito Penal orientado às consequências em que são explícitas as intenções também simbólicas do legislador. De outro lado, viciando-se as metas de uma Política Criminal coerente, ele aparece como elemento de crise de um Direito Penal orientado às consequências, não se preocupando pois, em termos preventivos.

Criticamente, o autor ressalta que "aceitar-se uma legislação cunhada nos moldes puramente simbólicos, além de perder qualquer base dogmática, implica em uma ingerência desvirtuada da necessidade pragmática." ²⁰

Certo é que a sociedade brasileira vive momento de crise na segurança pública, com a violência que tem assolado o país, além da criminalidade oculta - *cifra negra* - e a praticada por meio de corrupção no âmbito do Poder Público. Apesar disso, o Poder Legislativo não deve legislar ao sabor das paixões e do calor dos fatos e colocar em xeque o exercício sua precípua função estatal. Esclarece Antônio Luís Chaves Camargo²¹ que "a dogmática jurídico-penal e a política criminal estão unidas para cumprirem os objetivos de reafirmação dos valores vigentes,

¹⁸ ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 85.

¹⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003, p. 170.

²⁰ Idem, p. 171.

²¹ CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Sistema de Penas, Dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 194.

tendo como apoio às suas teses os princípios constitucionais que as orientam...".

Indubitavelmente, o movimento legislativo rumo ao Direito Penal simbólico destoa da dogmática penal moderna, da política criminal eficiente e obsta o acesso à justiça e a concretização dos direitos. Além disso, em nada contribui para a diminuição da criminalidade. É por parte de Luiz Flávio Gomes²², ao delinear a função da pena no Direito Penal Moderno, que se detecta mais uma crítica rigorosa ao movimento legislativo recente. Vejamos:

O forte selo intimidatório, de outro lado, típico das concepções preventivo-gerais, traduz-se no desmedido rigor penal que as últimas reformas introduziram no nosso sistema. Exemplo paradigmático disso são as várias leis dos crimes hediondos (Lei nºs 8.072/90, 8.930/94 e 9.695/98).

As reformas penais nos últimos anos, em suma, esquecendo-se do relativo equilíbrio estabelecido fundamentalmente nas alterações legislativas de 1984 (ocasião em que foi modificado o Código Penal – Parte Geral – e aprovada a Lei de Execução Penal) vêm reforçando, por razões utilitárias e de oportunidade, o pensamento prevencionista (ora no sentido da prevenção especial – com a aprovação das penas restritivas, v.g. –, mas sobretudo no sentido da prevenção geral – constantes aumentos de pena e agravamento da execução, que se deram, por exemplo, com as várias Leis dos Crimes Hediondos, que contam com enorme força apelativa e simbólica, como se a cominação abstrata fosse, por si só, solução para o grave problema da criminalidade no nosso país).

Para exemplificar, na prática, os apontamentos até aqui registrados, faremos menção a um acontecimento legislativo recente: o “sequestro relâmpago”. No dia 17/04/09 entrou em vigor Lei nº 11.923/09, que alterou a redação do art. 158, do Código Penal, que trata do crime de extorsão, para acrescentar-lhe o parágrafo 3º, com a seguinte redação:

Art. 158

[...]

§ 3º Se o crime é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica, a pena é de reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, além da multa; se resulta lesão corporal grave ou morte, aplicam-se as penas previstas no art. 159, §§ 2º e 3º, respectivamente.

Primeiramente, referida modificação em nada melhora a situação da vítima. Afinal, pensamos que, ao contrário, faz com que o agressor fique ainda mais entusiasmado com a prática criminosa, porque seu propósito é o de se livrar impune. Logo, quanto maior a pena, maior é sensação de vitória do criminoso sobre a vítima e sobre o Estado.

Deixemos de lado a questão psicológica que a lei penal simbólica provoca no criminoso e passemos a analisar o conteúdo do dispositivo. O parágrafo em comento traz penas absolutamente desproporcionais, se compararmos os demais tipos penais contra o patrimônio, em especial, o roubo. Afinal, o roubo qualificado pela lesão corporal grave ou pela morte tem

²² GOMES, Luiz Flávio. Funções da Pena no Direito Penal Brasileiro. http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20060410123510722 acesso dia 04/12/06.

penas de 7 a 15 anos e 20 a 30 anos, respectivamente. Já a extorsão, qualificada pelas mesmas causas terá penas semelhantes à da extorsão mediante sequestro - crime infinitamente mais grave - vale dizer, de 16 a 24 anos em caso de lesão corporal grave e, de 24 a 30 anos, em caso de morte.

Além disso, se observarmos que o roubo com causa de aumento de pena pela restrição de liberdade (art. 157, § 2º, IV do CP) tem pena de 5 anos e 4 meses a 15 anos, considerados aí os aumentos de 1/3 nas penas mínimas e máximas, encontraremos diferença desproporcional entre este e a situação da extorsão praticada mediante restrição da liberdade da vítima, nos termos do novo § 3º do art. 159 do CP, que fixa a pena de 6 a 12 anos para situação idêntica à anteriormente mencionada.

Há outros aspectos a serem considerados, como por exemplo, o fato de que a nova figura delitosa não consta no rol dos crimes hediondos e, apesar de ter apenamento mais severo, tem tratamento jurídico mais brando, pois admite graça, anistia, indulto, progressão de regime com 1/6 da pena, e não com 2/5, como ocorre, atualmente, com os crimes da Lei n. 8.072/90.

Além do aspecto material, o processo penal também será atingido, pois caberá ao Poder Judiciário resolver as antinomias para dizer o Direito, por meio do controle de constitucionalidade. Um exemplo disso é o controle difuso, exercido na recente decisão do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, *na medida cautelar em habeas corpus* n. 92.525-1, do Rio de Janeiro, proferida em 31/03/2008, a qual foi deferida para suspender a eficácia da condenação do réu, por ser desproporcional à conduta praticada. *In casu*, o art. 180, caput, do Código Penal, o qual se refere ao delito de receptação, pune com pena de reclusão de um a quatro anos o condenado que *sabe* da origem do bem adquirido. Já o artigo 180, parágrafo 1º, do mesmo Codex, que instituiu a figura da receptação qualificada, pune com reclusão de três a oito anos o condenado que “*deve saber*” sobre a origem do bem. Tal preceito secundário sancionador teve sua redação dada pela Lei nº 9.426/96.

Sem observar o princípio da proporcionalidade das penas e, no afã de dar rápida e superficial satisfação à sociedade, o legislador criou situação em que o crime menos grave é punido com pena mais severa e, por conseguinte, o mais grave é punido com pena mais branda. Diante de tais exemplos, que não esgotam os casos presentes no nosso ordenamento jurídico, não resta dúvida de que o Poder Legislativo tem usurpado de suas funções, ao legislar indevidamente.

2.3 Da omissão legislativa e suas consequências para o ordenamento jurídico.

De outro lado, o Poder Legislativo se omite, por vezes, e não cumpre seu dever de legislar para suprir lacunas existentes no ordenamento jurídico, ou mesmo para dar cumprimento a dispositivos constitucionais, de maneira que seu comportamento dá azo à denominada inconstitucionalidade por omissão.

Podemos apontar como exemplo deste tipo de omissão a falta de lei infraconstitucional para dar cumprimento ao disposto no art. 245 da Lei Maior, sobre a assistência devida pelo Poder Público aos parentes e herdeiros carentes das vítimas de crime doloso. Ao visar à efetividade dos seus dispositivos, a Constituição Federal de 1988 prevê a existência de Mandado de Injunção, sendo este remédio constitucional garantido no art. 5º, LXXI, para fins de obrigar o Poder Legislativo a exercer seu papel, toda vez que sua mora tornar inviável o exercício de

direitos e garantias constitucionais, bem como das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Contudo, há extensa pauta de trinta Mandados de Injunção e ADIs²³ que indicam a necessidade de produção legislativa, nos quais a omissão relevante do Poder Legislativo foi reconhecida. Como não é dado ao juiz deixar de julgar por falta de lei, em razão da proibição do *non liquet*, o Supremo Tribunal Federal tem adotado, reiteradamente, a aplicação de normas correlatas. Vejamos:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE INJUNÇÃO. SERVIDORA PÚBLICA. ATIVIDADES EXERCIDAS EM CONDIÇÕES DE RISCO OU INSALUBRES. APOSENTADORIA ESPECIAL. § 4º DO ART. 40 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR. MORA LEGISLATIVA. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. 1. Ante a prolongada mora legislativa, no tocante à edição da lei complementar reclamada pela parte final do § 4º do art. 40 da Magna Carta, impõe-se ao caso a aplicação das normas correlatas previstas no art. 57 da Lei nº 8.213/91, em sede de processo administrativo. 2. Precedente: MI 721, da relatoria do ministro Marco Aurélio. 3. Mandado de injunção deferido nesses termos. (MI 788/DF. Rel. Min. Carlos Britto. Pleno. 08/05/09)

3. OS LIMITES CONSTITUCIONAIS DO PODER DE LEGISLAR.

É sabido que as funções de cada Poder encontram abrigo e limites na Constituição Federal de 1988. E, como destaca Gilmar Ferreira Mendes²⁴ “o legislador não está apenas autorizado a fixar limites para determinados direitos individuais, como também está obrigado a observar rigorosamente os limites estabelecidos pela Constituição para a imposição de restrições ou limitações.”

O trecho abaixo transcrito expressa o pensamento de Rousseau em relação às leis e ao seu conteúdo, no século XVIII.

O que torna a constituição de um Estado verdadeiramente sólida e duradoura é que sejam as conveniências de tal modo observadas, que as relações naturais e as leis permaneçam sempre de acordo com os mesmos pontos, e que estas só façam,

²³ MI 788 Min. Carlos Britto 15/4/2009; MI 795 Min. Carmen Lúcia 15/4/2009; MI 796 Min. Carlos Britto 15/4/2009; MI 797 Min. Carmen Lúcia 15/4/2009; MI 808 Min. Carlos Britto 15/4/2009; MI 809 Min. Carmen Lúcia 15/4/2009; MI 815 Min. Carlos Britto 15/4/2009; MI 825 Min. Carlos Britto 15/4/2009; MI 828 Min. Carmen Lúcia 15/4/2009; MI 841 Min. Carmen Lúcia 15/4/2009; MI 850 Min. Carmen Lúcia 15/4/2009; MI 857 Min. Carmen Lúcia 15/4/2009; MI 879 Min. Carmen Lúcia 15/4/2009; MI 905 Min. Carmen Lúcia 15/4/2009; MI 927 Min. Carmen Lúcia 15/4/2009; MI 938 Min. Carmen Lúcia 15/4/2009; MI 962 Min. Carmen Lúcia 15/4/2009; MI 998 Min. Carmen Lúcia 15/4/2009; MI 758 Min. Marco Aurélio 1/7/2008; MI 670 Min. Mauricio Corrêa 25/10/2007; MI 708 Min. Gilmar Mendes 25/10/2007; MI 712 Min. Eros Grau 25/10/2007; MI 721 Min. Marco Aurélio 30/8/2007; ADI 3682 Min. Gilmar Mendes 9/5/2007; MI 695 Min. Sepúlveda Pertence 1/3/2007; ADI 3276 Min. Eros Grau 2/6/2005; MI 278 Min. Carlos Velloso 3/10/2001; MI 95 Min. Carlos Velloso 7/10/1992; MI 124 Min. Carlos Velloso 7/10/1992; MI 369 Min. Sidney Sanches 19/8/1992. fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>, consulta realizada em 29/07/2009.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 214.

por assim dizer, assegurar, acompanhar e retificar aquelas. Mas, se o Legislador, enganando-se em seu objetivo, toma um princípio diverso daquele que nasce da natureza das coisas: quando um tende à servidão e a outra à liberdade, um às riquezas e a outra à população, um à paz e a outra às conquistas – ver-se-ão as leis enfraquecerem insensivelmente, a constituição alterar-se. E o Estado não cessará de agitar-se até ser destruído ou modificado, e a natureza invencível, retomar seu império.²⁵

Embora remonte ao Século das Luzes, é notória a atualidade daquele entendimento. Pode-se dizer que o pensamento de Rousseau se consubstancia em verdadeira profecia das consequências que podem advir da elaboração de leis sem a observância dos princípios e das regras constitucionais. Nuno Piçarra²⁶ ressalta que “a própria constituição, como lapidadamente sintetizou Jellinek, acaba por ser o resumo de uma série de determinações legais”.

Se é assim, a atuação do Poder Legislativo está eminentemente traçada no âmbito constitucional e constitui-se em verdadeiro despropósito o fato de o referido Órgão Público produzir leis incapazes de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais.

Para demonstrar, com mais clareza, nossa compreensão do problema, valemo-nos do comentário de Marcia Brandão Zollinger, para quem o Poder Legislativo está vinculado aos direitos fundamentais²⁷. “Os atos do legislador devem manter conformidade com os direitos fundamentais e sujeitam-se à declaração de inconstitucionalidade na medida em que deles se afastam”.²⁸

Nesse giro, é inconcebível que lei ordinária se desvincule do princípio da igualdade, da legalidade, da dignidade humana, da individualização da pena, da proporcionalidade das penas, da proporcionalidade em sentido estrito, da moralidade, da impessoalidade, dentre outros. Optamos por aprofundar os estudos sobre o princípio da proporcionalidade, dada a sua importância para o ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 Noções gerais sobre o princípio da proporcionalidade

Quando estudamos o conteúdo de um princípio, devemos analisá-lo a partir de sua origem, para que ele possa ser melhor compreendido. O princípio da proporcionalidade tem suas bases remotas na Antiguidade, facilmente visualizada pela análise da pena de talião. Após, em momento ulterior, na Escola Clássica com Césare Beccaria em especial, na obra *Dos Delitos e das Penas*. Naquela época, contudo, o termo era utilizado de modo a indicar a relação que deveria sempre existir entre o delito e sua respectiva pena, como forma de evitar o excesso de poder.

Na Alemanha, no contexto do pós-Segunda Guerra, o princípio em comento ganhou

²⁵ ROUSSEAU, Jean Jacques. Do contrato Social; Ensaio sobre a origem das línguas; Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens; Discurso sobre as ciências e as artes. Tradução de Lourdes Santos Machado; introduções e notas de Paul Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural. 1983. (Coleção “Os Pensadores”), p. 68.

²⁶ PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: Um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra Editora, 1989, p.168.

²⁷ ZOLLINGER, Márcia Brandão. Proteção Processual aos Direitos Fundamentais. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 64.

²⁸ Idem, p. 65

notoriedade, para preservar direitos e garantias fundamentais e era reconhecido como desdobramento do princípio da legalidade.

Já nos Estados Unidos, em nome da preservação do devido processo legal, surgiu o princípio da razoabilidade. Para tanto, a restrição a um direito fundamental só será razoável se for imprescindível. Diante disso, o devido processo legal substancial é o resultado do controle de constitucionalidade exercido pela Suprema Corte Americana, que acontece toda vez que o Poder Legislativo não se ativer ao devido processo legal formal e produzir leis que não devem prevalecer no ordenamento jurídico. Naquele sistema jurídico, de tradição da *Common Law*, a decisão judicial prevalece em detrimento da lei. Logo, percebe-se que proporcionalidade é qualidade intrínseca da lei, do ato judicial, do ato administrativo etc. Razoabilidade está ligada à possibilidade de o ato ser mantido no mundo jurídico, a fim de gerar efeitos.

No Brasil, o princípio é denominado das duas formas, indistintamente. Na prática, proporcionalidade e razoabilidade andam juntas, como se fossem as duas faces da mesma moeda. Na verdade, a jurisprudência pátria vê o referido princípio como reflexo tanto do princípio da legalidade quanto do princípio do devido processo legal, vale dizer, aspectos material e formal do princípio da proporcionalidade. É o que demonstra Gilmar Ferreira Mendes²⁹. Vejamos:

Cumpra enfatizar, neste ponto, que a cláusula do devido processo legal - objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição, e que traduz um dos fundamentos dogmáticos do princípio da proporcionalidade - deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público (*procedural due process of law*), mas, sobretudo, em sua dimensão material (*substantive due process of law*), que atua como decisivo obstáculo à edição de atos normativos revestidos de conteúdo arbitrário ou irrazoável. A essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação ou de regulamentação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. (grifos do autor)

Não nos resta outra compreensão a não ser aquela de que o princípio da proporcionalidade representa muito mais do que mero princípio para os Estados Democráticos de Direito.

Nos termos da fala de Rafael Bezerra Cardoso³⁰,

[...] o princípio da proporcionalidade possui natureza mista. Caracteriza-se como princípio por possuir alto grau de generalidade, abstratividade e fundamentalidade, e como regra porque, diante de um fato concreto, impõe hierarquizar-se valorativamente um dos princípios fundamentais conflitantes, visando solucionar a questão litigiosa.

Uma vez esclarecidas a dimensão material e a formal, bem como sua relevância prin-

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Novas leituras. Revista *Diálogo Jurídico*. Ano 1. Vol 1. N.5. Agosto. Salvador (BA), 2001. p. 17. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 28/02/09.

³⁰ CARDOSO, Rafael Bezerra. O princípio da proporcionalidade na CF/88. Revista *Juridica Consulex*. Ano XIII - nº 297: 64-65, 31/05/09.

ciológica estudaremos, a seguir, os critérios os seus subprincípios.

3.2 O princípio da proporcionalidade e seus subprincípios

Antes de prosseguir, vale à pena comentar, ainda que de modo sucinto, a semelhança e distinção existentes entre regras e princípios. Ambas são reunidas sob o conceito de norma, por dizem o que deve ser.³¹ Em termos de distinção, Robert Alexy³² define princípios como normas que ordenam que algo seja realizado na sua maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. São mandamentos de otimização³³. As regras são normas que contêm determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível e podem ou não ser satisfeitas.³⁴

Edilson Mougenot Bonfim³⁵, na mesma linha de raciocínio, pondera que o princípio da proporcionalidade é um super-princípio, porque, ao compará-lo com os demais princípios, explica que estes são relativos e admitem flexibilização ou balanço de valores e aquele é método interpretativo e de aplicação do direito para a solução do conflito de princípios. Nota-se que o referido princípio é, realmente, vital para o bom funcionamento do ordenamento jurídico, na medida em que possibilita a harmonização entre os demais princípios, bem como, em relação às regras existentes. Daí a importância que lhe tem sido atribuída, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência.

Esclarecidas, grosso modo, a semelhança e a diferença entre princípios e regras, passemos a analisar o princípio da proporcionalidade como limite ao poder de legislar. Sem maiores delongas, o princípio em comento apresenta características importantes, visualizadas pela exploração de seu conteúdo analítico: idoneidade (adequação), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Estes são também conhecidos como seus subprincípios.

Para Luciano Feldens³⁶, “os exames da adequação e da necessidade perfazem a proporcionalidade em sentido amplo”. Continua sua explicação e acrescenta que

[...] ‘o meio previsto pelo legislador deve ser adequado e exigível para alcançar o objetivo proposto’. Um meio é considerado adequado ‘quando, mediante sua utilização, torna-se possível lograr o resultado desejado’; é necessário (exigível) ‘quando o legislador não poderia ter optado por um meio distinto, igualmente eficaz, que não limitasse, ou que fizesse em menor grau, o direito fundamental’.³⁷

Já a proporcionalidade em sentido estrito leva em conta o fato de que as vantagens trazidas pela intrusão praticada no âmbito do direito fundamental restringido superam possíveis

³¹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

³² ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

³³ Para Lenio Luiz Streck, princípios não são mandados de otimização. São deontológicos. Confira: STRECK, Lenio Luiz. O princípio da proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. p. 19. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40. Acesso dia 03/08/09.

³⁴ ALEXY, Robert. Op.cit. p. 91

³⁵ BONFIM, Edilson Mougenot. Código de Processo Penal Anotado. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15.

³⁶ FELDENS, Luciano. A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 161.

³⁷ FELDENS, Luciano. Op. Cit., p. 162.



desvantagens.³⁸

Em resumo, o cabimento do princípio da proporcionalidade será aferido sempre que estiverem presentes os requisitos que enfeixam seus subprincípios, ou seja, se o caso concreto indicar que há idoneidade, porque o meio utilizado é adequado e, sem ele, não seria possível alcançar o fim proposto e, por fim, que este mesmo meio seja, também, o menos gravoso, o menos tormentoso para o sacrifício do outro interesse em jogo.

3.3 O princípio da proporcionalidade e a proibição do excesso

Na Alemanha, o princípio em comento é denominado, também, de proibição do excesso. Entre nós, essa denominação é igualmente comum. Serve para indicar o limite da atuação do Estado, nas esferas administrativa, legislativa e judiciária.

Compete-nos, nesse momento, comentar a repercussão da proibição do excesso no âmbito legislativo. Para tanto, é importante frisar que o legislador possui certa discricionariedade, mas nem por isso, está livre das rédeas constitucionais, sob pena de praticar excesso.

No mesmo sentido observamos o pensamento de Gilmar Ferreira Mendes³⁹, para quem “o poder discricionário de legislar contempla, igualmente, o dever de legislar. A omissão legislativa (*Ermessensunterschreitung; der Ermessensmangel*) parece equiparável, nesse passo, ao excesso de poder legislativo”. Segundo esta visão, o excesso ocorre tanto pelo fato de o Poder Legislativo atuar além ou fora dos limites constitucionais, como também, pela sua inércia quando houver determinação constitucional para legislar.

Em contrapartida, Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁰ entende ser a omissão legislativa reflexo da proteção insuficiente.

No âmbito de atuação do Poder Judiciário, a título de mera complementação sobre a proibição do excesso, impressão interessante é a esposada por Luciano Feldens⁴¹, quando afirma que a mais evidente aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito do Direito Penal é o princípio da insignificância. É de sabença geral que o princípio da insignificância exclui a tipicidade do crime, no caso concreto, de tal maneira que a intervenção estatal se torna proibida, por ser desarrazoada, pois, diante da intervenção mínima do Direito Penal, não haverá tutela jurisdicional a ser prestada quando inexistir efetiva lesão ao bem jurídico penalmente protegido.

Neste giro, a proibição do excesso representa o limite contra os abusos estatais. Mas, advirta-se, entretanto, que este é apenas um dos lados da moeda. Nas palavras de Lenio Luiz

³⁸ FELDENS, Luciano. *Ibidem*, mesma página.

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Novas leituras. Revista *Diálogo Jurídico*. Ano 1. Vol 1. N.5. Agosto. Salvador (BA), 2001. p. 2. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 28/02/09.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. Revista Brasileira de Ciências Criminas. N° 47. Ano 12. Mar-Abril 2004, págs. 60 e seguintes.

⁴¹ FELDENS, Luciano. A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 191.



Streck.⁴²

Assim, é possível afirmar, com base em doutrina que vem se firmando nos últimos anos, que a estrutura do princípio da proporcionalidade não aponta apenas para a perspectiva de um garantismo negativo (proteção contra os excessos do Estado), 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 estar-se-á em face do que, a partir da doutrina alemã, passou-se a denominar de “proibição de proteção deficiente” (*Untermassverbot*).

Na prática, os excessos do Poder Legislativo podem ser observados nas leis que abrigam desproporção entre a gravidade do delito e a pena, bem como, quando violações semelhantes a bens jurídicos tutelados são tratadas de forma diferente, ou seja, com dois pesos e duas medidas. Exemplo da última hipótese está nos crimes contra a Ordem Tributária, marcados com a recente alteração legislativa promovida pela Lei nº 11.941/09, nos seus artigos 67, 68 e 69⁴³. Com as referidas modificações, aquele que não tiver condições de pagar o débito tributário será punido, enquanto aquele que fizer o parcelamento terá sua punibilidade extinta. Clara está a falta de razoabilidade no tratamento da violação ao bem jurídico tutelado diante daquele que parcela o débito e daquele outro que não o faz.⁴⁴

Não basta, portanto, que contra o Estado haja limites estabelecidos para evitar o abuso de poder ou o excesso na sua atuação. Ele deve contar, por outro lado, com o limite do mínimo necessário para atuar no sentido de conservar intactos seus interesses mais caros como, por exemplo, a preservação de direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

3.4 O princípio da proporcionalidade e a proibição da infraproteção

Outra vertente do princípio em estudo é a da proibição da infraproteção, também denominada de proibição da proteção deficiente. Embora seja ainda pouco estudada pela doutrina, é relevante indicar a lição de Luciano Feldens⁴⁵ a respeito deste tema, no âmbito da legislação penal. Para este Autor, o que se pretende é identificar um padrão mínimo das medidas estatais

⁴² STRECK, Lenio Luiz. *O princípio da proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*. p. 15. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40. Acesso dia 03/08/09.

⁴³ Art. 67. Na hipótese de parcelamento do crédito tributário antes do oferecimento da denúncia, essa somente poderá ser aceita na superveniência de inadimplemento da obrigação objeto da denúncia.

Art. 68. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, limitada a suspensão aos débitos que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento, enquanto não forem rescindidos os parcelamentos de que tratam os arts. 1º a 3º desta Lei, observado o disposto no art. 69 desta Lei.

Parágrafo único. A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

Art. 69. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

Parágrafo único. Na hipótese de pagamento efetuado pela pessoa física prevista no § 15 do art. 1º desta Lei, a extinção da punibilidade ocorrerá com o pagamento integral dos valores correspondentes à ação penal.

⁴⁴ Para maiores detalhes, consulte a (ADI) 4273, ajuizada com pedido de liminar, a qual questiona os artigos 67, 68 e 69, todos da Lei 11.941/09.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 109.

com vistas a cumprir com deveres existentes de tutela, o qual deve ser exigido do legislador, como se fosse o limite inferior de seu espaço de configuração.

Na mesma linha de raciocínio está a opinião de Edilson Mougenot Bonfim⁴⁶, para quem o Estado, quando se compromete pela via constitucional, a tutelar bens jurídico deve, então, fazê-lo da melhor maneira possível. Dito de outro modo, ao Estado não é dado o privilégio de ser inerte. Cabe a ele buscar a melhor maneira de atuar para garantir, mínima e suficientemente, os direitos fundamentais.

Podemos demonstrar outra ocorrência de infraproteção legislativa com a pertinente observação de Sílvia Pimentel⁴⁷. Ela aponta hipótese fática que se encontra sem a devida proteção por parte do Poder Legislativo, vez que a tutela das relações familiares é garantida pela Constituição Federal. Vejamos:

[...] Um exemplo é a união civil homoafetiva. Esse projeto de lei, apresentado por Marta Suplicy há tantos anos, não consegue ser aprovado no Legislativo. Ao mesmo tempo, em nove Estados brasileiros e no Distrito Federal, temos decisões judiciais reconhecendo a união, de fato, de um par homossexual como aspecto de relação familiar.

Em resumo, o Estado deve tutelar as uniões afetivas, sejam elas heterossexuais ou homossexuais.

Lenio Luiz Streck⁴⁸ informa a origem da proibição de infraproteção ao anotar e explicar a decisão do Tribunal Alemão que inaugurou a aplicação desta vertente. Vejamos:

A proibição de proteção deficiente (ou insuficiente) – que pode ser vista, se assim se quiser, como a “outra face” do princípio da proporcionalidade – adveio da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, decidindo sobre a obrigatoriedade de conferir-se proteção jurídico-penal à vida intra-uterina sob determinados pressupostos, cabendo destaque para a seguinte passagem da sentença: Nos casos extremos, quando a proteção determinada pela Constituição não se consiga de nenhuma outra maneira, o legislador pode estar obrigado a recorrer ao direito penal para proteger a vida em desenvolvimento. BverfG, Urteil v. 25.02.1975 – 1 BVF 1-6/74.

Do exposto, depreende-se que a decisão do Tribunal Alemão é um marco paradigmático sobre as verdadeiras obrigações impostas pela Constituição de um determinado Estado Democrático de Direito.

No Brasil, podemos exemplificar a infraproteção quando o legislador deixa de promover o acesso à justiça ao editar leis lacônicas ou que inviabilizam a proteção de direitos fundamentais.

⁴⁶ BONFIM, Edilson Mougenot. *Código de Processo Penal Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 17.

⁴⁷ PIMENTEL, Sílvia. *Quando gritar não é suficiente*. Publicado no dia 20/08/09. Disponível em http://www.estadao.com.br/suplementos/not_sup426652,0.htm. Acesso dia 02/09/09.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. *O princípio da proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*. p. 17. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40. Acesso dia 03/08/09.

É o caso da denominada sentença de impronúncia, que faz parte do rito dos crimes dolosos contra a vida e é prevista no art. 414 do Código de Processo Penal. Apesar da recente reforma processual, a sentença de impronúncia foi mantida em sua essência. Ao prever que o réu possa ser processado novamente, se existirem novas provas, enquanto não tiver ocorrido a prescrição do crime, o Poder Legislativo atuou de forma insuficiente para garantir os direitos fundamentais.

Embora, ao que tudo indica, o legislador de 1938 pretendia criar saída legal para que persecução penal pudesse ser realizada enquanto não houvesse prescrição da pretensão punitiva do crime, nos termos do Dec. 167/38. Porém, o atual quadro de garantias constitucionais não mais se compatibiliza com a referida regra.

Nesse sentido, a infraproteção pode ser detectada no momento em que se percebe que a lei atual pretende assegurar o devido processo legal formal, mas deixa ao desamparo direitos fundamentais como a presunção de inocência, a proibição de processar alguém duas vezes pelo mesmo fato (*ne bis in idem*), a vedação da revisão *pro societate*, a duração razoável do processo, entendida essa, especificamente nesse caso, como o tempo decorrente do início e do fim (definitivo) da persecução criminal estatal e, ainda, a dignidade da pessoa humana.

O ideal para resolver a situação que, atualmente, leva à sentença de impronúncia seria, ao invés, que o magistrado conduzisse o réu a julgamento pelo Tribunal do Júri, por meio da decisão de pronúncia e, assim, deixar que o juiz natural da causa decida o seu destino.

4. CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 regula, inteiramente, o processo legislativo brasileiro ao estabelecer, de modo cogente, todos os limites de atuação do Poder Legislativo. Tais limitações, formais e materiais, foram impostas com o objetivo de preservar direitos fundamentais. No caso das primeiras, vimos que se cingem à competência ou à iniciativa para legislar, ao trâmite processual e à técnica legislativa. Quanto às últimas, podemos dizer que todo o arcabouço de princípios constitucionais, implícitos e explícitos, serve de parâmetros para a produção legislativa.

Dentre todos os limites constitucionais estudados, destacamos, na área penal, o princípio da proporcionalidade, devido à sua crescente relevância para os Estados Democráticos de Direito. Por meio dele, o Poder Legislativo encontra, tanto na proibição do excesso, quanto na vedação à infraproteção, os graus máximo e mínimo ideais para a promoção dos direitos fundamentais e da convivência harmônica entre as leis no ordenamento jurídico.

O Poder Legislativo desrespeitará a Constituição sempre que atuar fora dos parâmetros que ela estabelece, situação que configura abuso tanto pelo excesso em relação ao poder de legislar, quanto pela omissão na produção de leis. Já a infraproteção decorre da proteção insuficiente para garantir a vontade da Constituição de assegurar ao cidadão seus direitos fundamentais, tais como o direito à vida, à saúde, à integridade física, ao patrimônio, à honra, à dignidade humana, entre outros.

Contudo, ao longo de pouco mais de duas décadas de existência da Carta Magna, o que percebemos é a falta de cumprimento, por parte do Poder Legislativo, das atribuições constitucionais que lhe foram impostas e, na prática, essa conduta leva à construção de um

ordenamento jurídico falho, incoerente, inconstitucional e, por conseguinte, inapto a promover segurança jurídica nas relações sociais.

Apesar da existência de mecanismos constitucionais, criados para dar ciência ao Poder Legislativo da sua má atuação ou da sua inércia, tais como as ações diretas de inconstitucionalidade e o mandado de injunção, respectivamente, nem sempre estes conseguem compeli-lo a legislar devidamente.

No caso concreto, parece-nos ser o controle de constitucionalidade difuso o único instrumento capaz de fazer com que a certeza do direito seja restabelecida e, por meio dela, sejam os direitos fundamentais preservados, até que o Poder Legislativo se conscientize de sua verdadeira função no Estado Democrático de Direito.

Por fim, é válido dizer que a existência do Poder Legislativo é fundamental para o regime democrático e, apesar de suas falhas, não podemos dele prescindir. Espera-se deste Poder, todavia, comprometimento com a segurança jurídica na elaboração de leis, visto que, no Estado de Direito, elas são essenciais e, para tanto, medidas simples podem ser tomadas como, por exemplo, o acatamento na íntegra dos pareceres técnicos das comissões, compostas, em regra, por juristas consagrados pelo seu notório saber jurídico e por estudiosos do sistema constitucional brasileiro, criadas para analisar a formulação de leis.

Vemos, não raro, projetos natimortos que, a despeito de pareceres sobre a inviabilidade jurídica das propostas, apresentados pelas retromencionadas comissões, são aprovados por votos de lideranças partidárias, ou por maioria em plenário, com todos os vícios materiais e, na sequência, sancionados. O resultado é a baixa qualidade da produção legislativa. Ressalte-se que tal providência não seria, por si só, suficiente. É preciso elevar o grau de especialização do Poder Legislativo, o que somente ocorrerá com a escolha de representantes bem preparados.

Em outras palavras, a sociedade precisa votar bem, indicar os seus melhores representantes para que boas leis sejam produzidas, o que só ocorrerá com o exercício contínuo e aprimorado da democracia, inclusive com liberdade de expressão e informação, organização da sociedade civil, educação do eleitorado e, principalmente, transparência do Poder Legislativo.

5. ABSTRACT:

This paper aims to comment on Brazilian Legislative Power activities, especially in the criminal area, once it has been causing troubles to the human rights consolidation when it produces criminal and procedural laws which break constitutional principles and guarantees. The legislative procedure is regulated by the Federal Constitution and its limits are set by the proportionality principle, which says that both the excess and the subprotection are not allowed. However, the latest laws are influenced by The Law and Order Movement and also The Criminal and Procedural Law of the Enemy and that has led to an abandon of those constitutional parameters in the present juridical order.

6. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo:

Saraiva, 2000.

BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico*. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 2 Fascículo 5, 1994, págs. 5-24.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Código de Processo Penal Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de Política Criminal: orientado para a vítima do crime*. São Paulo: RT, 2008.

CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Sistema de Penas, Dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CARDOSO, Rafael Bezerra. *O princípio da proporcionalidade na CF/88*. *Revista Jurídica Consulex*. Ano XIII – nº 297: 64-65, 31/05/09.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Técnica legislativa: (de acordo com a Lei Complementar nº 95, de 26.2.1998, alterada pela Lei Complementar nº 107, de 26.4.2001)*. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *Direito Constitucional*. 12ª ed, Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O controle de constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*; tradução de Luiz Régis Prado. São Paulo: RT, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2008.

ELUF, Luiza Nagib. *A reforma nos crimes sexuais*. Publicado no dia 31/08/09. Disponível em <http://www.estadao.com.br/busca/JSearch/CBQM!cBQM.action?e=&s=Eluf%20dignidade%20sexual>. Acesso dia 02/09/09.

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 et al. 2ª ed São Paulo: RT, 2006.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo*. São Paulo: RT, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. *Submissão de Criança ou Adolescente à Prostituição ou à Exploração Sexual*. Boletim do IBCCRIM ANO 9, Nº 109, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. *Funções da Pena no Direito Penal Brasileiro*. http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20060410123510722 acesso dia 04/12/06.

_____. *Hiperinflação legislativa: um mal crônico no Brasil*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 13 nov. 2006.

LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris,

1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

_____. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Novas leituras*. Revista *Diálogo Jurídico*. Ano 1. Vol 1. N.5. Agosto. Salvador (BA), 2001. p. 17. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 28/02/09.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: RT, 2006.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra Editora, 1989.

POSSAS, Mariana Thorstensen. *Política, direito e o problema da produção da lei penal: uma nova maneira de observar antigas (e complexas) relações*. São Paulo Boletim IBCCRIM, Ano 14, nº 165, 2006 págs. 11-12

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato Social; Ensaio sobre a origem das línguas; Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens; Discurso sobre as ciências e as artes*. Tradução de Lourdes Santos Machado; introduções e notas de Paul Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural. (Coleção "Os Pensadores"), 1983.

PIMENTEL, Sílvia. *Quando gritar não é suficiente*. Publicado no dia 20/08/09. Disponível em http://www.estadao.com.br/suplementos/not_sup426652,0.htm. Acesso dia 02/09/09.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Nº 47. Ano 12. Mar-Abril 2004, págs. 60-122.

STRECK, Lenio Luiz. *O princípio da proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*. p. 19. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40. Acesso dia 03/08/09.

ZOLLINGER, Márcia Brandão. *Proteção Processual aos Direitos Fundamentais*. Salvador: JusPODIVM, 2006.



A SOCIEDADE VIGIADA

Cláudio Réche Iennaco¹

RESUMO:

Faz-se, pelo presente trabalho, uma análise menos ortodoxa, porém com enfoque bastante contemporâneo, da problemática da segurança pública em sentido lato. Por outro turno, busca-se um enfoque específico dentro da amplitude do tema, qual seja a questão da vigilância social e comportamental, com o nem sempre evidente objetivo de controle de atitudes, deslocamentos, comportamentos e padrões de consumo, sempre sob o poder manipulador do capital que se vale da mídia para formar e conformar os pensamentos de forma utilitarista dos desejados sujeitos consumidores.

Palavras-chave: Medo. Pós-modernidade. Vigilância. Segurança. Comportamento. Consumidor.

SUMÁRIO

1. A função do medo na atualidade – 2. A liberdade e a segurança (liberdade x segurança?) – 3. O panóptico: breve histórico e descrição – 4. A mídia e o controle das massas – 5. Novas tecnologias, velhas idéias – 6. O medo e os padrões de comportamento – 7. Garantia de liberdade efetiva: princípio relativo – 8. O desejável equilíbrio entre a liberdade individual e a segurança pública – 9. Conclusão – 10. Abstract – 11. Referências.

1. A FUNÇÃO DO MEDO NA ATUALIDADE

Na primeira noite, eles se aproximam e colhem uma flor de nosso jardim. E não dizemos nada. Na segunda noite, já não se escondem, pisam as flores, matam nosso cão. E não dizemos nada. Até que um dia, o mais frágil deles entra sozinho em nossa casa, rouba-nos a lua, e, conhecendo nosso medo, arranca-nos a voz da garganta. E porque não dissemos nada, já não podemos dizer nada.²

É difícil prever o quanto atinge o efeito do medo incutido na sociedade atual, no que se refere ao perigo causado pela dita criminalidade. Até mesmo delimitar o alcance e o propósito do medo atual é tarefa extremamente complexa, dependente de esforços dos sociólogos, juristas, historiadores, economistas, pedagogos e cientistas de uma forma generalizada.

Há os que já definiram nosso tempo como o que comporta a *sociedade do risco*, como aquela em que vimos o progresso, em sua forma negativa, sendo foco de debates e discussões, criando perigos até então não existentes, e maximizando outros já conhecidos. Tal assertiva

¹ Pós-graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Estácio de Sá. Mestrando em Ciências Políticas, Cidadania e Governança pela Universidade Lusófona. Assessor técnico-jurídico do Município de Leopoldina/MG. Contabilista. Advogado.

² MAIAKOVSKI, Vladimir. <http://www.pensador.info/frase/MTc5ODU2/>