

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

NAYARA KAROLYNNE DE OLIVEIRA LUCAS

**ANTINOMIAS DO DIREITO PENAL: PROBLEMAS PARA A SEGURANÇA
JURÍDICA**

NATAL/RN

2019

NAYARA KAROLYNNE DE OLIVEIRA LUCAS

**ANTINOMIAS DO DIREITO PENAL: PROBLEMAS PARA A SEGURANÇA
JURÍDICA**

Trabalho de Conclusão a ser apresentada ao Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN) como requisito final para a obtenção do título de Pós-graduação em Direito Penal e Processual Penal.

Orientador: Prof. João Batista Machado Barbosa.

NATAL/RN
2019

FICHA CATALOGRÁFICA

NAYARA KAROLYNNE DE OLIVEIRA LUCAS

**ANTINOMIAS DO DIREITO PENAL: PROBLEMAS PARA A SEGURANÇA
JURÍDICA**

Trabalho de Conclusão de apresentado
ao Centro Universitário do Rio Grande do
Norte (UNI-RN) como requisito final para a
obtenção do título de Pós-graduação em
Direito Penal e Processual Penal.

Aprovado em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof. João Batista Machado Barbosa
Orientador

Prof. Edinaldo Benício de Sá Júnior
Membro

Prof. Rodrigo Cavalcanti
Membro

Dedico este trabalho aos meus pais, Luiz Lucas e Suerda Lucas, por se constituírem como exemplos de pessoas admiráveis em essência, caráter e honestidade, estímulos que me impulsionam a buscar a realização dos meus sonhos a cada dia.

AGRADECIMENTO

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus por ter me proporcionado mais essa conquista, bem assim, por colocar na minha vida pessoas dispostas a torcer e a apoiar os meus êxitos.

A essas pessoas também deixo meu agradecimento, sobretudo aos meus pais que me incentivam a acreditar nas minhas escolhas, mesmo nos momentos mais difíceis e até quando a desistência passa a ser uma ideia. Obrigada por me ensinaram, por meio de atitudes e palavras, a nunca desistir e que é possível à realização de nossos sonhos por meio da persistência, disciplina e fé em Deus, sem precisar passar por cima de ninguém.

Ao meu namorado, Murilo Pontes, que, por muitas vezes, apoiou e acreditou no meu potencial nos momentos cruciais de dúvidas acerca da minha capacidade, como também pela compreensão ao se privar da minha companhia por conta dos meus estudos.

Ao meu orientador pela atenção e pelo empenho em suas orientações prestadas na elaboração deste trabalho, colaborando para o seu desenvolvimento.

“A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada, a impotência do direito. Uma completa a outra, e o verdadeiro estado de direito só pode existir quando a justiça sabe brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança.”

(Rudolf Von Ihering)

RESUMO

O presente trabalho objetivou discutir, analisar e propor solução diante da problemática jurídico-social a qual envolve a antinomia, na seara do direito penal e processual penal, com a finalidade precípua de melhor aplicabilidade da segurança jurídica, colaborando, para tanto, com as inovações do pensamento jurídico. Portanto, o estudo se concentra na existência de variados dispositivos penais que se apresentam conflitantes entre si na sua literalidade, bem como na sua interpretação. Nesse contexto, a presente pesquisa utiliza-se o método indutivo, por meio de pesquisa bibliográfica e análise de exemplos que estimule a compreensão. Por fim, conclui-se que ao operador do direito deve analisar cada caso concreto a fim de respeitar os postulados da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e, sobretudo, a não infringência dos direitos fundamentais mais relevantes. E, dessa maneira, não ceder as mais variadas pressões da sociedade para com a elaboração de novos tipos penais que, muitas vezes, já existem no ordenamento, causando o fenômeno da inflação legislativa.

Palavras-chave: Conflitos de normas. Antinomias. Dignidade da pessoa humana. Proporcionalidade. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

This paper aims to discuss, analyze and propose solutions to the legal-social problematic that involves the contradiction, in the field of criminal law and criminal procedure, with the purpose of establishing better legal security applicability, collaborating with the innovations of legal thinking. Therefore, the study focuses on the existence of various devices that are conflicting among themselves due to their literalness and interpretation. Finally, we conclude that the law operator must analyze each particular case to respect the dignity postulates of the human person, proportionality and, above all, the non-infringement of the most relevant fundamental rights. And, thus, not compromise to the various pressures of the society with the elaboration of new criminal types that, in most cases, already exist in the legal system, causing the phenomenon of legislative inflation. In this context, the present research uses the inductive method through bibliographical study and analysis of examples that encourage understanding.

Keywords: Conflicts of norms. Antinomies. Dignity of the human person. Proportionality. Fundamental Rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	12
3 DIREITOS FUNDAMENTAIS	15
3.1 ORIGEM E CONCEITO	15
3.2 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	19
3.3 MULTIFUNCIONALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	19
3.4 EFICÁCIAS VERTICAL E HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	20
3.5 COLISÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	21
4 PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE	22
4.1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO ÂMBITO DO GARANTISMO PENAL E PROCESSUAL PENAL	26
5 AS ANTINOMIAS JURÍDICAS	32
5.1 CLASSIFICAÇÕES DAS ANTINOMIAS JURÍDICAS	35
5.2 SOLUÇÕES PARA O CONFLITO DE NORMAS	39
5.2.1 Hermenêutica Jurídica	39
5.2.2 Critérios próprios para a solução das antinomias	41
6 CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS	47
ANEXO 1	49

1 INTRODUÇÃO

A temática do presente estudo, “Antinomias do Direito Penal: problemas para a segurança jurídica” concentrou-se na existência de variados dispositivos penais que se apresentam conflitantes entre si na sua literalidade, bem como na sua interpretação.

Estudiosos como Bobbio (1999) e Diniz (2005) enfatizam que a multiplicidade de leis representa um problema no campo do sistema jurídico, confundindo a aplicabilidade de ordenamento, quando há duas normas de mesma posição hierárquica e de mesma abrangência em confronto.

Diante do exposto, suscita-se a seguinte problemática: quais os meios de solução para a incompatibilidade entre normas jurídicas? Desse modo, o estudo proposto objetivou discutir, analisar e propor solução diante da problemática jurídico-social a qual envolve a antinomia, na seara do direito penal e processual penal, com a finalidade precípua de melhor aplicabilidade da segurança jurídica, colaborando, para tanto, com as inovações do pensamento jurídico.

Ressalta-se que estudos dessa natureza tornam-se primordiais no sentido de subsidiar a busca por diretrizes que viabilizem a resolução dos conflitos gerados pelas antinomias no sistema jurídico brasileiro. Nesse contexto, a presente pesquisa utiliza-se do método indutivo, por meio de pesquisa bibliográfica e análise de exemplos que estimule a compreensão.

O estudo comprometeu-se em discutir o princípio da dignidade humana na sessão 2, onde se conclui que a dignidade, como fundamento de todo o sistema jurídico, não pode ser violada sob nenhuma hipótese, nem contra si próprio. Logo, torna-se primordial que todo o operador do Direito se empenhe pela eficácia de tal postulado, assim como não permita seu abandono ao interpretar, aplicar os criar os atos jurídicos, haja a vista a Constituição Federal dispor acerca de sua efetividade.

Após, expõe os direitos fundamentais, sua origem, conceito, multifuncionalidade, eficácia vertical e horizontal, e sua colisão na sessão 3, complementando o capítulo anterior, de forma que todos os atos do Estado, sobretudo as decisões do Judiciário e a atividade legiferante, são vinculados pela força jurídico normativo dos direitos fundamentais. Aqui, foram citados Alexy (2015) e Canotilho (2008) e Kelsen (2011) para embasar o presente estudo.

Igualmente, o princípio da proporcionalidade, em seu sentido geral e no

âmbito penal e processual penal foi analisado na sessão 4, para firmar o entendimento de que a proporcionalidade busca controlar os excessos pelo Estado e permitir que os direitos fundamentais alcancem a todos os cidadãos e finalizar ressaltando a importância de sua aplicabilidade por quem legisla até a quem julga a fim de que as penalidades aplicadas sejam adequadas, necessárias e proporcionais, sob pena de gerar as incoerências normativas, incluído nesse aspecto a proibição do excesso e da proteção deficiente. Neste capítulo, foi citados doutrinadores como Canotilho (1989), Gilmar Mendes (2009), Ferrajoli (2002), Baratta (2002) e Beccaria (2001).

Por conseguinte, as antinomias jurídicas em suas classificações, solução para o conflito das normas, a hermenêutica jurídica e os critérios de solução próprios das antinomias na sessão 5; onde afirma que os conflitos normativos se dá em razão da complexidade do sistema jurídico, em que não é possível a ciência prevê todas as situações que envolvem as relações humanas, as quais se modificam de tempos em tempos. Kelsen (2011), Bobbio (1999), Maria Helena Diniz (2005) e Ferraz Junior (1994) foram os principais inspiradores para evolução do presente capítulo.

Por fim, apresenta-se as principais conclusões acerca da problemática na sessão 6.

2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O entendimento sobre a dignidade humana se originou na Roma Antiga e, nesse período, servia para marcar a hierarquia entre as diferentes classes sociais. Com o advento do iluminismo e após a Segunda Guerra Mundial, é utilizado, transnacionalmente, para negar a existência desta hierarquia entre as pessoas, sobretudo para impedir violações aos direitos humanos como as que existiram na Alemanha Nazista.

Antes de ser um princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana é, *a priori*, o fundamento de todo o sistema ao qual nos é posto. Além disso, constitui a base axiológica de todos os direitos fundamentais, esses intimamente ligados à ideia de dignidade. Deste modo, o homem, pela própria condição humana, é proprietário de direitos, aos quais devem ser respeitados independentemente da posição social que ocupa e do meio social em que cresce e convive com os seus iguais.

A Constituição Alemã, na segunda parte do seu artigo 1º, dispõe: “o povo alemão reconhece, portanto, os direitos invioláveis e inadiáveis da pessoa humana como fundamento de qualquer comunidade humana, da paz e da Justiça no mundo” (BUNDESTAG, 2011, pg. 18).

Do mesmo modo, o primeiro artigo da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (ONU, 1948).

Em suma, o que se defende é a ideia de que as pessoas têm a mesma dignidade. Percebe-se, ademais, que a ideia da dignidade ultrapassa a soberania estatal e atinge a ideia universal de todas as nações.

Na nossa Lei Maior, o instituto é ressaltado como fundamento da República, em seu artigo 1º, inciso III¹, juntamente com a soberania. Além disso, é tratada como finalidade no nosso sistema econômico brasileiro, como institui o artigo 170² da Constituição da República. Ou seja, o objetivo principal do Estado Brasileiro, conforme a Carta Magna, é a promoção da dignidade da pessoa humana.

Sarlet (2002, p. 17) dispõe sobre a matéria:

Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver uma limitação do poder, enfim, onde a liberdade e autonomia, a igualdade em direitos e dignidade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana.

A filosofia de Kant (1980), ligada às ideias iluministas que permeou o século XVII, propõe que o ser humano possui dignidade porque é capaz de dar fins a si mesmo, em vez de ser instrumento de realizações de terceiros. Ele denominou essa capacidade de ser visto como um fim em si mesmo de autonomia e para isso argumentou que é preciso agir de acordo com a razão, ou seja, agir segundo o imperativo categórico, o qual representa imediatamente uma ação como objetivamente necessária, de forma que sua autonomia seja considerada como lei universal.

¹Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e [...] III – a dignidade da pessoa humana.

²Art. 170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a **existência digna**, conforme os ditames da justiça social [...] (BRASIL, 1988).

Para tanto, utiliza-se a lei moral particular de cada indivíduo. Nas quais, a principal característica da dignidade da pessoa humana é a de ser insubstituível. Em outras palavras, não há nada equivalente a ser trocado; portanto não tem preço (KANT, 2004).

A proposta de Barroso (2013) consiste em três elementos para garantir a unidade e a objetividade da dignidade humana. São eles: o valor intrínseco, a autonomia e o valor comunitário.

O primeiro se encontra presente na natureza do ser humano, a qual nasce com ele, sem qualquer interferência das suas escolhas particulares. Cabe exemplificar, desse modo, que até mesmo o pior do criminoso tem direito à dignidade, uma vez que nascem pessoas e são pessoas, independente da forma como tratam seus semelhantes ou como se portam diante do Estado. É possível que o infrator das leis impostas a uma dada coletividade tenha seus outros direitos reduzidos, como por exemplo, o exercício da liberdade, mas nunca deve a sua dignidade ser restringida, renunciada ou alienada.

A autonomia, já mencionada por Kant (2004), a qual compõe o segundo elemento da proposta de Barroso, dá as pessoas a capacidade de agir livremente, de acordo com a visão particular do que é certo e errado, sendo também capazes de resistir às tentações. Diferente ocorre com os animais, por exemplo, que não gozam dessa capacidade e, como veremos adiante, não necessita da proteção da dignidade humana da mesma forma que os indivíduos.

Em relação ao terceiro elemento dessa mesma proposta, o valor comunitário relaciona-se com o Estado em estabelecer metas coletivas no sentido, inclusive, de limitar a autonomia e os direitos individuais, a favor de outros direitos e/ou das garantias sociais. Para Barroso, essas limitações estatais somente são legítimas se justificadas com base no respeito a outros direitos fundamentais ou quando fere a dignidade da própria pessoa.

O respeito e a proteção da dignidade humana como dever jurídico fundamental do Estado Constitucional constituem a premissa para todas as questões jurídico-dogmáticas particulares. Assim, conclui-se que a dignidade da pessoa humana institui a norma fundamental do Estado, contudo, é muito mais do que isso: ela fundamenta também a sociedade constituída e ainda forma uma força protetiva em face das situações de perigo que ameaça os bens jurídicos tutelados

constitucionalmente. De toda sorte, a dignidade humana, como tal, é resistente a ponderação, vez que fundamenta todo o sistema.

Diante do exposto, afirma-se que a dignidade da pessoa humana é violada sempre que o sujeito é reduzido à coisa, a mero instrumento. Logo, implica-se que a dignidade não pode ser violada, nem mesmo contra si próprio. Por isso, é de fundamental importância que o operador do Direito se empenhe para tornar eficaz o princípio da dignidade da pessoa humana, assim como não permita o seu abandono ao interpretar, aplicar ou criar os atos jurídicos mormente às normas. Isso porque, como fundamento de toda ordem jurídica, deve ser considerado em qualquer situação, tendo em vista que até a Constituição Federal, direta ou indiretamente, dispõe acerca de sua efetuação concreta.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 ORIGEM E CONCEITO

A origem dos direitos fundamentais se deu com a necessidade da proteção do homem em face do poder estatal, bem como a partir das ideias iluministas que permeou no século XVIII, particularmente com o surgimento das constituições escritas. Embora, muito antes desse surgimento, houvesse documentos que se preocupavam com essa proteção em favor do cidadão contra o Estado.

Para fins de definição acerca dos direitos fundamentais, ainda não existe um conceito totalmente pacificado e preciso. O fato da ampla evolução histórica e social e de existir variadas designações para esses direitos dificulta ainda mais a ocorrência do conceito pronto e sintético acerca dos direitos fundamentais.

Dimoulis e Martins (2012, p. 40) conceituam:

Direitos fundamentais são direitos públicos subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Essa expressão, portanto, não é a única existente, sendo também designados como direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais,

direitos públicos e subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.

Por direitos naturais se entende os direitos inerentes à natureza do homem. Hodiernamente, não se aceita mais a tese de que tais direitos seriam naturais porque provenientes da razão humana ou da natureza das coisas, em razão do seu fundamento, estão baseados nas relações sociais de cada momento histórico.

Os direitos humanos, por sua vez, já seriam a expressão preferível no âmbito internacional, no que se refere aos seus documentos, como os provenientes dos tratados internacionais. Aqui, afirma-se que só o ser humano pode ser titular de direitos. Ademais, entende-se que são valores ético-políticos ainda não positivados e, portanto, com surgimento anterior ao próprio direito e sendo também fundamento deste.

Direitos individuais dizem respeito aos direitos das pessoas como sujeito isolado. Correspondem aos direitos ou liberdades civis, bem como a expressão é utilizada pela Constituição para se referir ao conjunto de direitos fundamentais concernentes à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade, expressos no *caput* do artigo 5º da Lei Maior.

Quanto à expressão “direitos públicos subjetivos”, constitui-se como conceito técnico-jurídico do Estado Liberal vinculado, como nos direitos individuais, a uma noção individualista do homem. Além disso, revela a situação jurídica subjetiva do indivíduo em relação ao Estado, na qual visa pelos direitos fundamentais no campo do Direito Positivo. Por liberdades fundamentais, demonstram-se os direitos de forma ilimitada ou insuficiente, haja em vista ao referir-se a algumas liberdades de forma restrita.

Enquanto que, liberdades públicas, nominadas pela doutrina francesa como direitos do homem desprovidos de qualquer concepção jusnaturalista e concebida pelo positivismo, tornam-se, ainda, um conceito muito pobre em relação ao seu conteúdo. Isto, por estarem ligadas à ideia dos direitos públicos subjetivos e dos direitos individuais no campo tradicional do individualismo.

Por fim, a expressão “direitos fundamentais do homem” se constitui como mais adequada, em razão de se relacionar aos princípios que resumem a visão do mundo e por indicar a ideologia política de cada ordenamento jurídico. O termo “fundamentais” informa as situações jurídicas sem as quais a pessoa não sobrevive;

“do homem”, refere-se a ideia de que devem ser efetivados formal, concreta e materialmente a todos, por igual e sem qualquer distinção.

Assim, os direitos fundamentais podem ser vistos sob a concepção formal e material.

O Primeiro, diz respeito aos direitos fundamentais dispostos no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais - da nossa Constituição.

Quanto ao sentido material, admite-se a existência de direitos fundamentais não previstos nesse título; para tanto, é imprescindível a análise de seu conteúdo, ou seja, da circunstância de conter, ou não, uma decisão fundamental acerca da estrutura básica do Estado e sociedade; bem como, de modo especial, no que diz respeito à posição ocupada pela pessoa humana nessa referida estrutura.

Nessa perspectiva, levando em consideração que em uma sociedade complexa e democrática se deve respeitar as diferenças ideológicas, de forma que os interesses de todos os grupos sociais merecem ser tratados em respeito à igualdade, resulta que esses direitos e seus valores vinculados ao Estado Democrático de Direito são potencialmente conflitantes. Logo, como já observado, a dignidade da pessoa humana é um elemento intrínseco ao conceito dos direitos fundamentais, assim, qualquer ato que vá em direção contrária a isso, contribui para destruir essa noção de dignidade.

Importa salientar que o constituinte brasileiro adotou um rol não exaustivo de direitos fundamentais, nos quais eles não se encerram apenas nos que estão contidos no Título II da nossa Constituição, como também não se acabam nos previstos em tratados internacionais quando observado o quórum qualificado disposto no artigo 5º, §3º. Também se enquadra como direitos fundamentais os que estão fora da nossa Carta Magna, por força do artigo 1º, inciso III, somado com o artigo 5º, §2º³ da referida Constituição de 1988.

Desta forma, quando esse último dispositivo dispõe que os direitos e garantias expressas na Constituição não retira outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, implica dizer que outros direitos mesmo que não expressos na Carta Magna e, mais especificamente, no seu Título II, sejam

³Art. 5º [...] §2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, 1988).

considerados direitos fundamentais, sendo, por isso intitulado pela maioria doutrinária como um sistema constitucional aberto aos direitos fundamentais através da ideia da fundamentalidade material, como já observado. Por isso, também, é chamado de cláusula de abertura.

Os direitos, expressos ou implícitos, precisam ser fundamentados com base nos próprios valores constitucionais, guardando forte vinculação com o princípio da dignidade da pessoa humana ou com a necessidade de limitação do poder. Há de ser também essa cláusula de abertura convincente o suficiente para justificar que tais direitos sejam decorrentes do regime e dos princípios adotados pela constituição. A título de exemplos, temos o direito ao sigilo bancário, o direito à proteção ao local do trabalho contra invasões arbitrárias de agentes públicos, o direito à alimentação, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o princípio da anterioridade tributária, às imunidades fiscais e o direito à livre iniciativa, entre outros.

De mais a mais, diferente dos direitos fundamentais materiais como a liberdade, a educação, o meio ambiente e outros, existem os direitos fundamentais processuais os quais servem de instrumentos para garantir a tutela dos direitos materiais. Exemplo maior acerca disto é o direito fundamental de ação. Pode se dizer que os direitos fundamentais materiais dependem, em termos de efetividade, do direito fundamental de ação. Além dos princípios constitucionais gerais que atuam no processo, há os específicos, onde a incidência é direta, como é o caso do devido processo legal.

Como todo direito fundamental deve estar embasada na dignidade da pessoa humana, com os direitos fundamentais processuais não devem ser diferentes. Logo, esses direitos estão subordinados aos princípios constitucionais gerais, entre os quais o que fundamenta e legitima todo o ordenamento jurídico, a dignidade humana.

Assim, os direitos fundamentais materiais dependem, em termos de efetividade, do direito de ação ou do devido processo legal como direitos fundamentais processuais, em ocasiões em que o Estado proíbe a tutela privada ou o uso da força privada para realizar e proteger os direitos. É mais do que necessário que o direito de ação seja pensado como direito fundamental para que haja uma tutela jurisdicional efetiva e, assim, garantir o direito material de cada cidadão.

3.2 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não há divergências doutrinárias acerca das características dos direitos fundamentais. Portanto, é costume adjetiva-los das seguintes formas: historicidade, universalidade, relatividade, cumulatividade, extrapatrimonialidade, irrenunciabilidade, intransmissibilidade, imprescritibilidade e indisponibilidade.

É atribuída a característica da historicidade em virtude dos direitos fundamentais decorrerem de um longo processo histórico evolutivo, modificando-se de acordo com o momento histórico vivido pela humanidade. A universalidade ou generalidade corresponde a garantia dada a todos os homens, sem qualquer distinção ou exclusão dada por determinadas parcelas da sociedade. Ademais, são relativos porque, em regra, podem sofrer limitações para garantir a aplicação de outros direitos ou de determinadas leis.

A cumulatividade é decorrente da possibilidade ao titular exercer mais de um direito fundamental no mesmo lapso de tempo. Também se caracteriza pela extrapatrimonialidade, uma vez em que esses direitos não têm natureza econômica imediata e, se houver, é conteúdo econômico reflexo. Além disso, os direitos fundamentais são irrenunciáveis em razão do titular, mesmo que por algum motivo deixe de exercê-lo, não pode renunciá-los de forma alguma. São intransmissíveis, porque se extinguem com a morte do titular e, ainda, são imprescritíveis, haja vista a não existência de prazo para o exercício desses direitos, bem como não há que se falar em perda de tais direitos pelo não uso deles. Por fim, são indisponíveis em razão de sua inalienabilidade, isto é, não podem ser vendidos ou comprados.

3.3 MULTIFUNCIONALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As mais importantes classificações funcionais dos direitos fundamentais estão a de Alexy (2015) e Canotilho (2008). No Brasil, destaca-se a de Ingo Wolfgang Sarlet (2015). Eles foram os precursores que dividiram os direitos fundamentais em dois grupos: os direitos de defesa e os direitos a prestações.

Se na era liberal, os direitos fundamentais eram vistos apenas como o direito do indivíduo em impedir a ingerência do Poder Público, ou seja, como direitos de defesa, atualmente, os direitos à prestação pelo Estado passou a ser relevante. Assim, a multifuncionalidade oferece não somente o suporte para o controle das

atividades do poder público e proteção em face de sua arbitrariedade, como também confere à sociedade os direitos de prestação pelo Estado. Prestações essas de natureza social (direito à moradia, à educação, etc.), de cunho protetivo (direito de defesa ao consumidor, por exemplo) e voltadas a viabilizar a participação social (exemplos da ação popular e ação coletiva).

Diante disso, hoje o Estado Constitucional é caracterizado pela força jurídico-normativa dos direitos fundamentais, os quais vinculam todos os atos do Estado, incluindo as decisões do Judiciário e atividade legiferante, onde são submetidas ao controle judicial pelo Supremo Tribunal Federal.

3.4 EFICÁCIAS VERTICAL E HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A eficácia vertical dos direitos fundamentais se dá sobre o Poder Público, a qual vincula o gestor, o juiz e o legislador a todos os atos que envolvem os direitos fundamentais. Sob esse aspecto, as relações jurídicas são preconizadas, de um lado, pelo Estado que tem o dever de cumprir com os preceitos dispostos na Constituição Federal, e de outro lado, os particulares, pessoa física ou jurídica, os quais se consideram beneficiários desses direitos.

Já a eficácia horizontal, também denominada de eficácia privada ou eficácia em relação a terceiros, representa as relações jurídicas entre particulares, onde os direitos fundamentais se repercutem entre eles.

Sustenta-se a doutrina, ademais, a existência da relação de natureza vertical em casos de manifesta desigualdade entre dois particulares, tendo em vista a evolução da sociedade, onde o Estado não é mais visto como “inimigo”, assim como na época do liberalismo. Hodiernamente, o Estado tem o poder-dever de colaborar com a sociedade mais justa e igualitária, de forma que regule as relações dos próprios particulares. Dito isso, surge duas correntes doutrinárias acerca da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: a corrente imediatista ou direta e a corrente mediatista ou indireta.

A primeira corrente se embasa no princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, com fundamento no artigo 5º, §1º⁴ de nossa Lei Maior. Logo,

⁴Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

afirma-se que a aplicação dos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional deve ser direta e imediata nas relações entre os particulares, sem ligação ou dependência com qualquer outra norma infraconstitucional que regule essa relação de eficácia horizontal ou de qualquer atuação judicial. Como forma de exemplo, pode-se dizer que qualquer empregado, urbano ou rural, pode exigir do seu empregador, valendo-se do artigo 7º, inciso XVI da Constituição, a renumeração do trabalho extraordinário superior a, no mínimo, cinquenta por cento à do normal, sem que necessite ajuizar uma ação a fim de que o juiz determine tal obrigatoriedade. Importa salientar que o próprio Supremo Tribunal, em variadas oportunidades, já reconheceu a possibilidade de aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais às relações horizontais.

Em relação à segunda corrente, de aplicabilidade mediata e eficácia indireta, posiciona-se no sentido de que os direitos fundamentais nas relações entre particulares são dependentes ou da edição de normas infraconstitucionais, sendo o Estado obrigado a prestar normas de proteção; ou dependem da utilização das chamadas cláusulas gerais, como a boa-fé objetiva, ordem pública, justiça contratual, função social do contrato, entre outras.

A lei que impedir qualquer tipo de realização dos direitos fundamentais deve ser suprimida, mas quando existir apenas omissão de lei, na qual representa uma negativa de proteção a um direito fundamental, o juiz poderá se recorrer àqueles conceitos abertos acima referidos, preenchendo-os com auxílio dos valores constitucionais, atentando sempre para uma ponderação ou harmonização entre os direitos fundamentais, vez que a tutela de um direito fundamental com a supressão da omissão legal, sem a devida ponderação, pode atingir outro direito fundamental.

Assim, conclui-se que apenas quando o legislador se omite, negando proteção ao direito fundamental é que se tem de admitir a eficácia direta e imediata sobre os particulares, motivado pelo artigo 5º, §1º da Carta Magna. No entanto, se houver atuação jurisdicional para suprir essa omissão, é que ocorre a aplicação indireta e mediata, com a necessária análise da proporcionalidade dos direitos fundamentais conflitantes.

[...]§1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (BRASIL, 1988).

3.5 COLISÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Foi anteriormente destacado que a colisão entre direitos fundamentais ocorre quando o exercício de um direito fundamental por um titular restringe ou limita o exercício de algum outro direito fundamental de outro titular.

Vale salientar que a ocorrência da figura da colisão entre direitos fundamentais enquanto princípios, não sendo objeto do presente estudo, são dispensados maiores detalhes. Já conflitos entre normas de direitos fundamentais, enquanto regras, são o que constitui o objeto deste trabalho. E quem bem distingue essa diferença é o jurista alemão Alexy (2015, p. 91-92):

A diferença entre regras e princípios mostra-se com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras. Comum às colisões entre princípios e aos conflitos entre regras é o fato de que duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-se jurídico contraditórios. E elas se distinguem pela forma de solução do conflito.

Deste modo, mesmo não sendo o foco do presente trabalho, salienta-se que quando ocorre a colisão entre dois princípios se deve atribuir uma dimensão de peso maior a um deles e, por isso, a ocorrência dos conflitos entre princípios se dá no plano concreto e a sua solução se encontra inserida em sua aplicação.

Como já considerado, os direitos fundamentais, materiais ou processuais são aqueles que têm alguma relação direta ou indireta com a dignidade da pessoa humana e de limitação do poder estatal, positivados no plano constitucional do nosso Estado Democrático de Direito, que, por sua importância, fundamenta e legitima todo o ordenamento jurídico. Portanto, as normas de direitos fundamentais, constituídas por todos os princípios e regras, decorrem direta ou indiretamente do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, tais direitos, de acordo com a famosa teoria da construção escalonada das normas jurídicas formulada por Kelsen (2011), estariam hierarquicamente dispostos com normas de diferentes valores, onde cada uma ocupa uma posição intersistemática, formando um todo harmônico. De forma que para cada norma ter validade é preciso que busque seu fundamento em uma norma superior, a dignidade da pessoa humana, para assim, ser considerado direito fundamental.

4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Sabe-se que nenhum dos direitos fundamentais é ilimitado ou absoluto. Eles encontram seus limites em outros direitos também fundamentais e, muitas das vezes, se chocam entre si e, para dar sentido à aplicabilidade desses direitos, deve ocorrer a ponderação a fim de conceder ao caso concreto uma coerência de aplicabilidade da norma constitucional, pesando a incidência que cada direito fundamental em conflito deve ter. Desse modo, preserva-se o máximo dos direitos e garantias fundamentais consagrados constitucionalmente.

Quando há os conflitos entre os direitos fundamentais e as colisões entre princípios, não significa que um deva ser desprezado, pois o que ocorrerá, devido a certas circunstâncias, é a prevalência de um sobre o outro. O que importa é sempre buscar a concordância dos bens jurídicos conflitantes de forma que fiquem harmônicos e equilibrados entre eles. Essa harmonia e equilíbrio, conforme doutrinadores pátrios e estrangeiros se resolvem com a utilização do chamado princípio da proporcionalidade.

A origem desse princípio é bem antiga, contudo surgiu mais fortemente no Estado Democrático de Direito, derivando ao status constitucional. Importa incluir que muito contribuiu para aliar o direito formal com o direito material e, por consequência, originou uma série de exigências sociais.

É cediço que o princípio da proporcionalidade não está previsto expressamente pela Constituição Federal. No entanto, encontra-se consubstanciada no aspecto material do princípio do devido processo legal, configurando, assim, como garantia da ordem constitucional.

A segunda Turma do Supremo Tribunal, no julgamento do HC 94.016/SP, esclarece que do devido processo legal se procede às seguintes prerrogativas: direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; direito ao contraditório e à plenitude de defesa; direito de não ser processado e julgado com base em leis *ex post facto*; direito à paridade de armas; direito de não ser processado com fundamentos em provas ilícitas; direito ao benefício da gratuidade; direito à observância do princípio do juiz natural; direito ao

silêncio; direito às provas e direito de presença e de participar ativamente nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes.

Para Gilmar Mendes (2009), o devido processo legal é um dos fundamentos da proporcionalidade, assim como possui dois aspectos a ser conceituado, o formal e o material. O primeiro deve ser entendido como limitação à atuação do Poder Público, enquanto que o segundo constitui-se como verdadeira barreira à edição e prática de atos administrativos e normativos arbitrários e irrazoáveis. Para o Processo Penal, torna-se de extrema importância a aplicação do princípio da proporcionalidade, vez que funciona para conter os excessos praticados pelos agentes estatais.

Ademais, a jurisprudência e a doutrina dispõem de outros pressupostos a fim de dar legitimidade ao princípio da proporcionalidade. Dentre outros, tem no pressuposto formal, o princípio da legalidade, e no pressuposto material, o princípio da justificação teleológica.

O princípio da legalidade, no âmbito processual penal, pressupõe que todas as restrições aos direitos fundamentais, deverão ser previstas por lei escrita, estrita e prévia com o intuito primordial de evitar a atuação arbitrária por parte do Estado, desse modo, respeita-se o princípio da proporcionalidade.

O princípio da justificação teleológica, por sua vez, analisa se o objetivo desejado é constitucionalmente legítimo e se possui relevância social. Por constitucionalmente legítimo entende pela necessidade de restringir determinado direito fundamental não apenas para proteger outros direitos fundamentais, mas também bens constitucionalmente tutelados. Enquanto que a relevância social está consubstanciada na ideia de que os objetivos almejados devem ser socialmente relevantes a ponto de justificar a limitação a certo direito fundamental.

Além dos pressupostos acima elencados, o princípio da proporcionalidade também possui requisitos extrínsecos e intrínsecos. O primeiro se subdivide em requisitos da judicialidade, o qual compreende a cláusula de reserva de jurisdição onde as limitações aos direitos fundamentais só podem ocorrer por decisão do órgão jurisdicional competente; e o da motivação, no qual as decisões, sobretudo que envolver limitações aos direitos fundamentais, devem estar baseadas com fundamentos de fatos e de direitos.

Os requisitos intrínsecos são a adequação (também denominado conformidade ou idoneidade), a necessidade (ou exigibilidade) e a proporcionalidade em sentido estrito. Filho (1989, p.75) sintetiza: “resumidamente, pode-se dizer que uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens”.

Com base na adequação, existe uma relação de meio e fim, devendo haver um prequestionamento por parte do aplicador do Direito se o meio adotado é apropriado ao resultado desejado.

Essa adequação se divide em plano qualitativo, quantitativo e no plano subjetivo de aplicação. O primeiro impõe que as medidas a serem adotadas sejam idôneas a alcançar o objetivo proposto, ou seja, se o que se deseja é evitar a fuga do acusado para outro Estado ou País, não é adequado qualitativamente proibi-lo de entrar em contato com seus familiares.

Para o plano quantitativo, observa-se a duração e a quantidade da medida para alcança o fim proposto, deste modo não é adequado no plano quantitativo se deixar perdurar a prisão preventiva para após a instrução processual quando decretada para assegurá-la.

E, por fim, a adequação no âmbito subjetivo de aplicação, baseia-se na individualização do indiciado ou acusado e à proibição de extensão indevida de sua aplicação. Isso nada mais é do que o próprio conceito do princípio da individualização da pena.

Quanto ao segundo requisito da proporcionalidade, a necessidade, percebe-se que, dentre as variadas medidas aptas a atingir o resultado desejado, deve optar pela menos gravosa. Por isso que os doutrinadores se posicionam no sentido de constitucionalizar como princípio da necessidade, vez que deriva da proibição do excesso, obrigando aos aplicadores do direito, sobretudo do direito penal, a preferir medidas que diminua a lesividade na esfera dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Por derradeiro, a proporcionalidade em sentido restrito impõe um juízo de questionamento acerca da interferência na esfera dos direitos dos cidadãos. Ou seja, ponderam-se os danos causados e os resultados que se deseja. Conforme Canotilho (1989, p. 488): “uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional quando adote cargas coativas de direitos, liberdades e garantias

desmedidas, desajustadas, excessivas ou desproporcionais em relação aos resultados obtidos”.

Assim, o que embasa o princípio da proporcionalidade o está contido no binômio meio/fim, buscando, precipuamente, controlar os excessos e permitir que os direitos fundamentais alcancem a todos os cidadãos. Ao mesmo tempo em que funciona como limitador de poder arbitrário, também fornece critérios para as limitações à liberdade individual. Conclui-se, portanto, que o referido postulado apresenta ao operador do direito variados critérios que tem por base tanto os argumentos jurídicos como os bens jurídicos tutelados, sobretudo quando estiverem em rota de colisão entre si, visando, mormente, o restabelecimento do equilíbrio, da harmonia e da justa proporção sob determinada situação colocada em risco. Logo, como princípio substancial do Estado Democrático de Direito, é exigida sua observância em todas as hipóteses em que os direitos e liberdades sejam lesados.

Ressalta-se, ainda, que a proporcionalidade não é o mesmo que razoabilidade, vez que a finalidade desta é no sentido de evitar abusos, enquanto que aquela deve ser analisada, mais amplamente, sob os aspectos da adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

4.2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO ÂMBITO DO GARANTISMO PENAL E PROCESSUAL PENAL

Como foi observado, o referido princípio também serve para limitar o poder arbitrário e, no âmbito da ciência penal, englobando tanto o direito material e o processual, também constitui o referido princípio como uma indispensável ferramenta limitadora do poder punitivo estatal, mas não a única. De toda forma, representa uma garantia individual contra o poder de punir do Estado. Além disso, o princípio da proporcionalidade estabelece uma relação de proporção entre os crimes e as penas cominadas, de modo que os crimes mais graves devem ser punidos mais severamente. Dessa forma, estabelecem-se prioridades de bens e direitos jurídicos a serem protegidos pelo Estado.

A política criminal minimalista⁵, defendida por doutrinadores como Ferrajoli (2002) e Baratta (2002), adotada pelo poder constituinte de 1988, dispõe acerca da mínima intervenção do poder punitivo estatal e que estabelece uma política restaurativa. Assim, configura-se o direito penal como a *“ultima ratio”*, de forma que atua de modo fragmentário e subsidiário aos outros ramos do direito, como também em respeito a todas as garantias penais e processuais penais inerentes a cada cidadão.

No entanto, observa-se que nem sempre os legisladores atentam acerca da fragmentariedade e subsidiariedade, bem como aos princípios instituídos pela nossa Carta Magna, haja vista que se deixam levar pelo clamor público e pela pressão não só da mídia como de determinadas categorias sociais. Com isso, inflaciona a legislação ao criar os mais variados tipos penais, com as penas desproporcionais e que ferem até mesmo a dignidade da pessoa humana, fundamento basilar de todo o ordenamento jurídico. Consequentemente, gera incoerências e conflitos entre as normas, além de inversões valorativas, assim como insegurança jurídica por parte da sociedade.

Esse modelo garantista é apresentado por Ferrajoli (2002) com três significados. O primeiro designa um modelo normativo, relacionado com a estrita legalidade, composto por um sistema de poder mínimo e com a finalidade de maximizar a liberdade em face da minimização da violência, em conformidade com o plano político; já sob o plano jurídico compõe um sistema que limita a função punitiva estatal em prol das garantias dos cidadãos.

Por sua vez, o segundo significado dispõe acerca de uma teoria jurídica de validade-efetividade que consiste numa aproximação teórica do “ser” e do “dever ser” no direito, de forma que denuncia a distância nos ordenamentos complexos entre as normas e as práticas operacionais, a fim de procurar desenvolver no âmbito do garantismo penal um sistema que seja normativo e realista ao mesmo tempo, estimulando o espírito crítico e incerto em relação à validade das leis e suas aplicações práticas. Por fim, o último significado diz respeito à filosofia política que reivindica do estado e do direito a justificação baseada nos bens ou interesses

⁵Princípios sobre os quais se fundamenta o modelo garantista: a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção da inocência (FERRAJOLI, 2002, p. 29)

tutelados e que, portanto, corrobora com o caráter vinculativo do poder público com o Estado de Direito.

Ainda sobre o conceito do minimalismo penal, Baratta (2002) defende que a adoção da política minimalista instrumentaliza a superação cultural dos sistemas punitivos atuais, os quais permitem até mesmo a adoção de políticas criminais abolicionistas.

Ferrajoli (2002) tutela que a intervenção penal estatal deve ser mínima para intermediar os conflitos e controle da violência na sociedade e, ainda, se propõe a encontrar um modelo de direito penal compatível com o Estado Democrático de Direito, questionando-se a base do direito de punir e como se justifica a violência institucionalizada. Assim, o autor busca um novo fundamento, a fim de legitimar a intervenção punitiva do Estado com um modelo intermediário ao modelo de direito penal máximo e o modelo abolicionista, capaz de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos e, portanto, legitimado pela Constituição.

Não obstante, a Constituição Brasileira de 1988 estabelece mandamentos punitivos que devem ser considerados pelo legislador penal, vez que protege determinados bens jurídicos, alvos da tutela do Estado, como é o caso da previsão de tratamento diferenciado aos crimes hediondos. Logo, a política criminal adotada pelo poder constituinte é a garantista, de forma que vincule a aplicabilidade das normas a um conteúdo formal e substancial, na qual prima pela efetividade dos direitos e garantias fundamentais.

Assim, o princípio da proporcionalidade pode ser considerado de importância fundamental para o direito penal, no sentido de instrumentalizar a efetividade dos direitos e garantias constitucionais, sem o qual o Estado concentraria poderes punitivos ilimitados e, conseqüentemente, ensejaria excessos e desrespeitos para com os titulares desses direitos, gerando, desse modo, um amplo retrocesso à sociedade.

Beccaria (2001, p. 29) apresentou o supramencionado postulado em sua obra “Dos Delitos E Das Penas”, na metade do século XVIII, onde defendeu a ideia iluminista francesa aplicada ao direito penal, respeitando os valores da dignidade da pessoa humana. Na obra, destaca-se que, na época, as penas constituíam-se em uma espécie de vingança coletiva, haja vista as penas aplicadas serem bem superiores aos males produzidos pelos delitos. Por isso, ele invoca a utilidade social como fundamento para o direito de punir.

Ainda, enfatiza que penas desproporcionais não alcançam o fim a que se destina, isto é, não ajuda a coibir a criminalidade. Desta maneira, as penas não deveriam ultrapassar o mal causado pelo crime praticado. Caso contrário, pode considerá-las como tirânicas e desnecessárias. Afirma-se, ainda, que quanto mais evoluída uma sociedade, maior é a capacidade de estipular penas proporcionais em razão da dinâmica e peculiaridade dos delitos e, para tanto, deve analisar cada caso concreto a fim de estabelecer uma pena justa.

Beccaria (2001, p. 29), conclui:

É que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei.

Conclui-se, portanto, que o princípio da proporcionalidade, embora não esteja explícito na Constituição da República Federativa do Brasil, é inerente ao Estado Democrático de Direito, bem como é um fundamento da República e, ainda, em conformidade com a dignidade da pessoa e com as garantias penais expressas pela Constituição Federal de 1988. Isso posto, considera-se o postulado da proporcionalidade como uma garantia constitucional especial que vincula os três poderes do Estado e, ao mesmo tempo, é um princípio garantista material ligado à concretização dos direitos humanos.

Agora, analisam-se, mais especificamente no âmbito penal, os três aspectos da proporcionalidade. Na adequação, a medida adotada pelo Estado tem que guardar consonância com a finalidade pretendida, bem como ao ordenamento constitucional. Como a responsabilização penal sacrifica a liberdade individual, limita-se a prática de uma conduta realmente ofensiva a um direito alheio, individual ou coletivo, e não pode ser aplicada a um fato que se baseia a uma conduta meramente comportamental.

Quanto à necessidade, aspecto que averigua o meio menos gravoso, dentre os eficazes, para obter o resultado pretendido. Para o direito penal, é estabelecida previamente na Carta Maior, com prevalência nos interesses socialmente relevantes, de acordo com os preceitos da política criminal adotada. Se esse pressuposto não for observado, claramente indica a afronta da norma ao princípio da proporcionalidade.

Em relação à proporcionalidade em sentido estrito, relaciona-se com a justa medida, por meio da qual se balanceia as desvantagens dos meios e às vantagens dos fins. Aqui é exigido um juízo de ponderação, onde se verifica que as vantagens da finalidade se sobressaem às desvantagens da restrição do direito fundamental. Desse modo, analisa-se essencialmente o equilíbrio entre a sanção penal prevista e a abstratamente necessária e adequada dentro da eficácia pretendida.

Um exemplo característico da proporcionalidade em sentido estrito é a aplicação do princípio da insignificância, aos crimes de bagatela, em que o mínimo da lesividade não justifica a penalização, mesmo que a conduta esteja tipificada como ilícita.

Ainda sobre a proporcionalidade estrita, existem dois aspectos a serem considerados: a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente. A primeira traduz no supracitado princípio da insignificância; a segunda, ligada à atividade legiferante, a qual não pode ser deficiente quanto aos bens jurídicos fundamentais.

Estefam (2012, p. 139) assim dispõe:

Há situações em que o Juiz deve classificar determinadas condutas sob pena de uma gigante desproporcionalidade entre a pena prevista e a pouca gravidade do fato. [...] A proibição de proteção deficiente consiste em não permitir uma deficiência na prestação legislativa, de modo a desproteger bens jurídicos fundamentais.

Cabe aqui exemplificar um descumprimento ao princípio da proporcionalidade que é a cominação de penas para os crimes de homicídio culposo pelo Código Penal e quando da direção de veículo automotor previsto no Código de Trânsito Brasileiro. Para o primeiro é cominada pena de detenção de um a três anos e o segundo a pena é de detenção de dois a quatro anos, acrescida pela suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor. Observa-se que se trata de uma sanção com pena mínima em dobro da prevista no Código Penal Brasileiro, além de restringir a liberdade de locomoção do indivíduo sem encontrar uma justificativa que obedeça a teoria do princípio da proporcionalidade, vez que os crimes com o potencial lesivo semelhante devem ter sanções igualmente semelhantes.

Outro problema observado na legislação penal é a cominação de penas iguais para dois ou mais comportamentos que contém gravidade diversa, expressos por

meio da mesma disposição normativa, como é o caso do artigo 289⁶, do Código Penal, onde estabelece os mais variados verbos penalizadores com reclusão de três a doze anos e multa; e o parágrafo 1º prevê a mesma sanção para quem importa ou exporta, adquire, vende, troca, sede, empresta, guarda ou introduz na circulação moeda falsa. Consta-se, portanto, que são condutas com potencial lesivo diverso, contudo punidas na mesma medida, situação a qual afronta diretamente o princípio da proporcionalidade e da proibição do excesso.

Cabe mencionar também a importância de se considerar a proibição do excesso e da proteção deficiente nos casos em que se aplica o tipo penal do tráfico de drogas, onde deve o aplicador do direito avaliar no caso concreto a diferenciação da figura do traficante “chefe” para o traficante “aviãozinho”. Uma vez que o bem jurídico o qual deve prevalecer não é sancionar aquele que muitas vezes sobrevive de migalhas na seara do tráfico por não ter outra expectativa de vida. É mais proporcional reprimir, até mesmo em respeito a proibição da proteção deficiente, aquele traficante que comanda, inclusive, as variadas organizações criminosas.

Outro exemplo que se pode citar no qual fere o princípio da proporcionalidade é quando os aplicadores jurídicos considerem o tipo de maus tratos aos animais mais grave que os cometidos contra aos humanos. Essa linha de pensamento defendido por uma minoria, além de ferir a própria dignidade humana, vez que esse fundamento do nosso sistema tem o condão de proteger à vida humana, não alcançando a dos animais; fere também a proporcionalidade. Não se afirma aqui o bem jurídico tutelado ao ser humano deva ser mais importante, mas ao menos que eles sejam colocados em patamar equivalentes.

Outra incoerência normativa desproporcional diz respeito a nossa realidade de valorizar a proteção dos bens jurídicos relacionados à propriedade em detrimento à vida humana, o que mais uma vez desrespeita a proteção penal no Estado Democrático de Direito fundada na dignidade da pessoa humana, o qual deveria ser o bem máximo a ser tutelado.

Exemplo disso são as penas atribuídas aos crimes de furto simples e lesão corporal leve dolosa, cuja pena aplicada ao primeiro é de reclusão de um a quatro

⁶Art. 289. Falsificar, fabricando-a ou alternando-a, moeda metálica ou papel moeda de curso legal no País ou no estrangeiro:
Pena – reclusão de três a doze anos, e multa.

anos, enquanto que ao segundo se aplica a pena de detenção de três meses a um ano, classificada, deste modo, como infração de menor potencial ofensivo.

No Supremo Tribunal Federal é possível verificar a aplicação do princípio da proporcionalidade relacionando à proibição do excesso e da proteção deficiente. A seguir, o julgamento de habeas corpus impetrado por paciente que portava arma de fogo sem munição, argumentando a inconstitucionalidade da lei por ser considerado um crime de perigo abstrato e, portanto, sua conduta deveria considerar como atípica. Contudo, o Tribunal aplicou o princípio da proporcionalidade quanto à proibição da proteção deficiente sob o fundamento de que portar a arma de fogo, por si só, caracteriza-se a lesividade, objetivando, assim, a proteção de um bem jurídico supra individual, que seria a segurança pública.

Nesse julgado (íntegra em anexo 1), reconheceu-se a constitucionalidade de crimes de perigo abstrato.

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAS.

(...)

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Ubermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). (...)

O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Ubermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais. (...)

Logo, considera-se legítima a punição dos delitos praticados apenas passada a análise dos pressupostos supramencionados, haja vista que a proporcionalidade vincula a todos que operam o Direito, sobretudo os legisladores e juízes, para a aplicação de penalidades adequadas, necessárias e proporcionais a fim de evitar

incoerências endonormativas⁷. Assim, o postulado da proporcionalidade enquadra tanto a proteção das garantias fundamentais, sob o aspecto da proibição do excesso, como a proteção da sociedade contra os abusos cometidos pelos meliantes, considerando o aspecto da proibição da proteção deficiente.

5 AS ANTINOMIAS JURÍDICAS

A ideia dos conflitos normativos surgiu no período da Revolução Francesa, com seus ideais políticos e jurídicos consolidados. Glissen (2013), quando firmou a concepção do direito como sistema, tornou imprescindível para a problemática jurídica o conceito das antinomias. Assim, com o surgimento do constitucionalismo, a partir do século XIX, se passou a ter noção da sobreposição de uma norma sobre outra, além do vínculo com a Constituição.

Para Kelsen (2011), as normas gerais devem ser normas, as quais suas sanções e/ou requisitos é dependente de certas condições, sendo essa dependência expressada pelo conceito de “dever ser”⁸, a conduta está diretamente ligada à norma, uma norma poderá estabelecer várias condutas, ou ter normas semelhantes para condutas diversas, o que ocasiona conflitos normativos.

Outras causas que originam a variedade de conflitos existentes na contemporaneidade, qualificadas pelas antinomias, se dá em razão do ordenamento jurídico ser elaborado por diversas pessoas, que atuam em espaços diversos, motivados também por interesse diversos, em tempos divergentes. Bobbio (1999) caracteriza o ordenamento jurídico como complexo, por ter as mais variadas fontes geradoras de normas já produzidas por ordenamentos precedentes, como também, pela delegação a poderes ou órgãos inferiores de produzir normas jurídicas⁹.

⁷Trata-se da falta de referência lógica na criação e aplicação das leis que disciplinam a mesma matéria. No direito penal, por exemplo, é a penalização discrepante para condutas similares que protegem o mesmo bem jurídico.

⁸O “dever ser” expressa o sentido específico em que a conduta humana é determinada por uma norma (KELSEN, 1988, p. 51).

⁹“A complexidade de um ordenamento jurídico deriva do fato de que a necessidade de regras de conduta numa sociedade é tão abrangente que inexiste poder ou órgão com capacidade de satisfazê-la sozinha. (...) A complexidade de um ordenamento jurídico deriva, portanto, da multiplicidade das fontes das quais afluem regras de condutas, em última análise, do fato de que essas regras são de proveniências diversas e chegam à existência (adquirem validade) partindo de pontos os mais diferentes” (Bobbio, 1999, p. 38).

Logo, para solucionar esses conflitos, Kelsen (2011, p. 94) entende que um conjunto de normas não forma uma unidade, e para existir uma unidade tem que haver uma norma maior, a qual ele chamou de norma fundamental. Assim, ele estabelece:

É a norma fundamental que constitui a unidade na pluralidade de todas as normas que integram um ordenamento, de modo que uma norma só pertence a determinado ordenamento porque sua validade pode ser imputada à norma fundamental.

Mendes (2009) ao tratar acerca da norma fundamental a classifica como aquela norma que numa comunidade política unifica e confere validade as suas normas jurídicas, nas quais a partir delas se organizam e se estruturam em sistema.

Portanto, conclui-se que a norma fundamental é considerada como ponto de partida para todas as leis e nelas encontram sua validade ou sua existência dentro da norma fundamental. Logo, uma norma jurídica só é válida porque cumpre requisitos ou está em acordo com a norma fundamental.

Ultrapassada a ideia da importância em relação à norma fundamental, Hans Kelsen doutrina sobre a existência de um conflito entre duas normas quando há incompatibilidade entre o que é disposto como devido por uma norma e o que outra estabelece.

E uma das formas de conflitos entre normas é a antinomia jurídica, definida por Bobbio como “aquela situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento” (Bobbio, 1999. p. 86).

Ferraz Junior (1996, p. 14), conceitua Antinomia Jurídica:

A oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente) emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado.

Percebe-se, então, que a existência de conflitos não é o único caracterizador de uma antinomia, pois como Bobbio salientou, para que reste configurado o conflito chamado de antinomia, se faz necessário que as normas conflitantes pertençam ao mesmo ordenamento e o mesmo âmbito de validade.

No mesmo sentido se extrai a definição de Freitas (1995, p. 62):

Sendo incompatibilidades possíveis ou instauradas entre normas, valores ou princípios jurídicos, pertencentes, validamente, ao mesmo sistema jurídico, tendo de ser vencidas para a preservação da unidade interna e coerência do sistema e para que se alcance a efetividade de sua teleologia constitucional.

Assim, as antinomias, devido à complexidade do sistema jurídico em razão das variadas fontes, é um elemento inerente do próprio mundo das leis. Não há como a ciência do direito prever toda a complexidade das relações humanas que se modificam e se aprofundam de tempos em tempos.

Maria Helena Diniz, em sua obra “Lei de introdução ao código civil interpretada” bem ressalta a impossibilidade do legislador em conhecer todos os dispositivos legais que existem no ordenamento jurídico. Logo, constata-se que a interrelação das normas jurídicas necessita ser antinômica e não harmônica, pois não é a coerência normativa que evita os conflitos sociais entre os indivíduos, e sim, a discussão pluralista de valores que existem internamente no ordenamento. Ao aceitar a existência de uma posição antagônica, o sistema como o todo pode dar a ensejo a harmonia conscientemente, sem ser necessário a imposição coercitiva e dominante como hoje se encontra¹⁰.

Diante disso, constata-se que a razão da existência do direito são os valores que compõem os conflitos antinômicos e, em determinado tempo e espaço, não é alguma verdade única e absoluta que as soluciona, e sim a preponderância dos valores e argumentos numa discussão pluralista.

Passamos então a analisarmos as classificações das antinomias.

5.1 CLASSIFICAÇÕES DAS ANTINOMIAS JURÍDICAS

¹⁰“A antinomia jurídica, devido a esta dinamicidade e complexidade, é um elemento inerente ao sistema jurídico. Não há como a ciência do direito prever em seus escopos toda a complexidade das relações humanas que se modificam e se aprofundam cotidianamente. Este fenômeno jurídico existe, e que transforma o conceito teórico de sistema jurídico no conceito prático da sistematicidade jurídica, na medida em que o mesmo prevê critérios para sua solução, por ser a coerência do sistema jurídico algo tendencial e não pressuposto da existência do sistema. Assim, a inter-relação dos elementos da sistematicidade jurídica, normas jurídicas, é da ordem antinômica e não harmônica, invertendo os polos da causa e do efeito do conceito de sistema jurídico: não é do fechamento de uma coerência da harmonia normativa que se evita os conflitos sociais entre os indivíduos, e sim integrando abertamente os conflitos sociais das coletividades em um ordenamento que se pode fazer com que a harmonia seja conscientemente tentada e não coercitivamente imposta”. (BOAVENTURA, 2009).

As antinomias podem ser classificadas de várias formas e, conforme a classificação trazida por Diniz (2005), quatro são as formas de classificar as antinomias: quanto ao critério de solução, quanto ao conteúdo, quanto ao âmbito, quanto à extensão da contradição. A primeira, quanto ao critério de solução, é dividida em antinomia aparente e antinomia real. Tem-se a aparente se os critérios para sua solução forem normas integrantes do ordenamento jurídico. A antinomia real, ao contrário, ocorre quando não existir no ordenamento qualquer critério normativo para solucioná-la. Nesse caso, a solução seria à edição de uma nova norma.

Nesse sentido, dispõe Diniz (2005, p.25):

Antinomia aparente, se os critérios para solucioná-la forem normas integrantes do ordenamento jurídico; e antinomia real, se não houver na ordem jurídica qualquer critério normativo para sua solução, sendo, então, imprescindível para sua eliminação, a edição de uma nova norma.

No entanto, é cediço que no direito brasileiro, conforme artigo 4º da Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro¹¹, o julgador não poderá eximir-se em dar uma solução para determinado caso por lacuna normativa. Ferraz Junior (1994, p. 211), explica:

O reconhecimento desta lacuna não exclui a possibilidade de uma solução efetiva, quer por meios ab-rogatórios (edita-se nova norma que opta por uma das normas antinômicas), quer por meio de interpretação equitativa, recurso ao costume, à doutrina, a princípios gerais do direito, entre outros.

O referido autor (1994, p. 212), ainda argumenta:

O fato, porém, de que estas antinomias ditas reais sejam solúveis desta forma não exclui a antinomia, mesmo porque qualquer das soluções, ao nível da decisão judiciária, pode suprimi-la no caso concreto, mas não suprime a sua possibilidade no todo do ordenamento, inclusive no caso de edição de nova norma, que pode por suposição, eliminar uma antinomia e, ao mesmo tempo dar origem a outras. O reconhecimento de que há antinomias reais indica, por fim, que o direito não tem o caráter de sistema lógico-matemático, pois sistema pressupõe consistência, o que a presença de antinomia real exclui.

¹¹Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Logo, a antinomia terá seu critério de solução aplicado por estar incluso no ordenamento jurídico ou por meio de critérios estabelecido previamente para a solução de casos sem previsão legal para o mesmo.

No tocante à classificação da antinomia quanto ao conteúdo, a qual sua importância se torna evidente em razão de limitar a atuação dos projetos de consolidação das leis, divide-se em própria e imprópria. A primeira ocorre quando uma conduta aparece ao mesmo tempo prescrita e não prescrita, proibida e não proibida, prescrita e proibida. Diniz (2005, p. 26) cita um exemplo:

Se a norma de Código Militar prescreve a obediência incondicionada a ordens de um superior e disposição do Código Penal proíbe a prática de certos atos (matar, privar alguém de liberdade), quando um capitão ordena um fuzilamento de um prisioneiro de guerra, o soldado vê-se às voltas com duas normas conflitantes, a que obriga a cumprir ordens do seu superior e a que proíbe de matar um ser humano. O mesmo se diga de uma norma que determina a proibição do aborto e de outra que o permite. Somente uma delas pode ser tida como aplicável, e essa será determinado por critérios normativos.

Na própria, o sujeito pratica um comportamento que irá violar qualquer uma das normas, ou a que proíbe ou a que permite. Aqui, pode-se solucionar por meio dos critérios cronológico ou o hierárquico, além da especialidade, a depender do caso concreto.

A segunda subclassificação, a imprópria, ocorre em virtude do caráter material das normas, podendo se apresentar como antinomia de princípios, antinomia valorativa e antinomia teleológica¹².

Há antinomias de princípios quando existir desarmonia numa ordem jurídica pelo fato dela fazer parte de diferentes ideias fundamentais entre as quais se pode estabelecer um conflito. Ressalta-se, ainda, que essa antinomia pode ser aparente, uma vez ser possível a coexistência dos princípios que se contradizem em um mesmo caso concreto.

Por sua vez, a antinomia valorativa imanente ou de valoração, ocorre se o legislador não for fiel a uma valoração por ele próprio realizado, pondo-se em conflito com as próprias valorações. Um corriqueiro exemplo utilizado pelos doutrinadores é quando uma norma prescreve pena mais leve para um delito

¹²Dentre esses tipos de antinomias impróprias, a quem entenda haver mais de uma, denominada antinomia técnica, relativa à falta de uniformidade da terminologia legal. Maria Helena Diniz traz como exemplo: “o conceito de posse em direito civil é diverso do conceito de posse no direito administrativo”.

considerado como mais grave ou ainda quando no sistema se encontram normas que dispõem acerca da mesma conduta, mas as penalizam desigualmente.

Por último, a antinomia teleológica se apresenta pela incompatibilidade entre os fins propostos por certa norma e os meios previstos por outra para consecução daqueles fins, sendo que o legislador em uma busca pela finalidade da norma e em outra rejeita o meio para se obter o fim.

Outra classificação que se dá para as antinomias é quanto ao âmbito, que assim como a maioria possuem ramificações, podendo ser de direito interno, de direito internacional e de direito interno-internacional.

A antinomia de direito interno ocorre quando as normas entram em conflito dentro da mesma área do direito, por exemplo, quando uma lei penal entra em confronto com outra do mesmo código penal. Ainda, pode acontecer com diferentes ramos do direito, ou seja, uma norma constitucional e uma do Código Civil podem ser consideradas antinômicas entre si.

Contudo, os conflitos podem ocorrer entre as normas que ultrapassam o direito interno, que é o caso da antinomia de direito internacional, a qual engloba as normas de direito internacional público. Pode acontecer entre tratados ou convenções internacionais, costumes internacionais, princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas, decisões judiciais, opiniões dos publicistas mais qualificados como meio de determinação das normas de direito. Sobre o assunto, o Estatuto da Corte Internacional de Justiça, em seu artigo 38, ressalta:

Art. 38. I. A Corte, cuja função seja decidir conforme o direito internacional às controvérsias que sejam submetidas, deverá aplicar; II. As convenções internacionais, sejam gerais ou particulares, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; III. O costume internacional como prova de uma prática geralmente aceita como direito; IV. Os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas. (BRASIL, 2005).

Encerrando a antinomia quanto ao âmbito, resta o conflito que pode se dar entre a norma internacional e a norma local, isto é, a antinomia de direito interno-internacional. Diniz (2005, p. 29) explica: “caracterizada por uma norma de direito internacional que é oposta, ou contradiz, uma norma de direito interno, esta questão resume-se no problema das relações entre dois ordenamentos”.

Por último, resta a antinomia quanto à extensão da sua contradição. Ela é dividida em total-total, total-parcial e parcial-parcial. Quando uma norma não tem

possibilidade de ser aplicada sem caracterizar um confronto com outra norma a qual tem conteúdo totalmente oposta àquela, resta configurado a antinomia total-total. Bobbio (1999, p.88) exemplifica: “é proibido, aos adultos, fumar das cinco às sete na sala de cinema” e “é permitido fumar, aos adultos, fumar das cinco às sete na sala de cinema”. Já Diniz (2005., p. 29) traz outro exemplo: “norma que prescreve que é proibido pisar na grama e outra que estatui que é permitido pisar na grama”.

Em relação à antinomia total-parcial, Bobbio (1999, p. 89), dispõe:

Duas normas incompatíveis, uma tem âmbito de validade igual ao da outra, porém mais restrito, ou, em outras palavras, se seu âmbito de validade é, na íntegra, igual a uma parte do da outra, a antinomia é total por parte da primeira norma com respeito à segunda, e, somente parcial por parte da segunda com respeito à primeira.

Esse tipo de situação antinômica pode ser encontrada nas relações entre a norma geral e a norma especial. Deste modo, os elementos especializantes de uma norma tornam-se aplicáveis sem qualquer contradição com a norma geral, sendo a busca da exceção à regra para dar a um fato tratamento desigual proporcional a sua desigualdade (ou seja, a igualdade material aristotélica).

Por outro lado, a antinomia parcial-parcial ocorre quando se tem uma norma em que parte entra em conflito com a outra.

Kelsen (1998, p. 193), assim conceitua:

Haverá conflito entre duas normas quando uma estabelecer como certo inconciliável com o que a outra estatuir como devido, e a observância ou a aplicação de uma delas contraria, necessária ou possivelmente, a violação da outra. Logo, o conflito pode ser: bilateral, se a aplicação ou observância de uma das normas comportar, necessária ou possivelmente, uma violação da outra; unilateral, se apenas a observância ou aplicação de uma das normas comportar a violação da outra; total, se uma norma prescreve um comportamento e a outra proíbe; e parcial, se o conteúdo de uma diferir apenas em parte do da outra.

5.2 SOLUÇÕES PARA O CONFLITO DE NORMAS

Como já mencionado, duas regras não podem existir juntas, quando elas são contraditórias; enquanto que os princípios conflitantes podem coexistir sem se invalidarem. Assim, o conflito de regras só possibilita a declaração de invalidez de uma das regras ou pode acontecer de incluir uma exceção com o fito de eliminar o

conflito; a colisão de princípios, por sua vez, como já explicado, não admite essa invalidação de um deles ou a inclusão de uma exceção, posto que é resolvido pela ponderação ou atribuição de peso dos princípios no caso concreto.

Em se tratando de conflito de regras e normas, o qual é objeto do presente estudo, a solução comumente utilizada é a hermenêutica e os critérios próprios de solução das antinomias.

5.2.1 Hermenêutica Jurídica

Como forma para a solução de conflitos de normas ou de soluções para casos de maior complexidade, há tempos que a hermenêutica jurídica vem sendo utilizada, sendo comumente conceituada pelos doutrinadores como uma atividade intelectual de revelação do sentido, alcance e conteúdo de determinados postulados normativos.

Usualmente, contudo, a hermenêutica é confundida com a interpretação, tanto que, para o senso comum, são utilizadas como palavras sinônimas. No entanto, a hermenêutica, na verdade, significa a “teoria da interpretação”.

Importa ressaltar que essa ideia de ciência da interpretação cabe suas controvérsias. Grau (2017) defende que a interpretação das leis é um saber prático, uma “prudência” e que a interpretação do direito não pode ser desagregada da sua aplicação, tendo em vista que ao interpretar se dá concretização ao direito e, por isso, reconhece que o único interprete é o Juiz, o responsável pela construção de uma decisão.

Enquanto que outros doutrinadores defendem que a função interpretativa se estende para além do Juiz.

Nesse sentido, Diniz (2002) esclarece que a função das interpretações são as seguintes: primeiro, conferir à aplicabilidade da norma jurídica as relações sociais que lhe deram origem; após, conseqüentemente, acrescer ao sentido das normas a novas relações, inexistentes ao tempo de sua criação; por último, atenuar o alcance do preceito legal a fim de corresponder às necessidades contemporâneas e sociais, isto é, adequar a norma aos fins sociais e aos valores que pretendem atingir. Logo, sob essa perspectiva, a atividade interpretativa da norma não se restringe ao

magistrado, e sim a todo o operador do Direito que lida com as normas e suas interpretações.

Ademais, os critérios próprios das antinomias jurídicas, os quais estão mencionados abaixo, em geral, não são utilizados perante às normas constitucionais, tendo em vista que não há hierarquia nem cronologia entre elas, à exceção das emendas; como também se entende que a constituição é algo homogêneo, não havendo especificidade entre as suas normas. Portanto, na ocorrência de conflitos entre as normas constitucionais, se vale prioritariamente da hermenêutica jurídica e de seus subprincípios, dentre outros a proporcionalidade e razoabilidade, a interpretação conforme a constituição, a unidade da constituição e a máxima efetividade.

Assim sendo, a hermenêutica jurídica é considerada uma solução eficiente para os conflitos normativos, posto que toda a prática interpretativa faz com que doutrinadores, operadores do direito e julgadores possam solucionar casos complexos e até sem previsões legais com uma interpretação diferenciada ou mais abrangente, sem que haja a necessidade de acionar o Poder Legislativo para criação de uma nova norma.

5.2.2 Critérios próprios para a solução das antinomias

No ordenamento jurídico há critérios solucionadores das antinomias jurídicas, classificados como jurídico-positivista. Lembrando que, para que haja conflito normativo, se faz necessário que as normas em questão sejam válidas, pois não sendo, não existem conflitos, já que a norma não existiria juridicamente.

Estes critérios próprios solucionadores das antinomias são pressupostos implícitos para a concretização da necessidade social das decisões uniformes, bem como uma saída para todos os aplicadores e intérpretes das normas, a fim de evitar recorrer a valorações mais subjetivas. Portanto, estes critérios mais objetivos garantem com mais vigor a aplicação da segurança jurídica, haja vista os aplicadores se encontrarem afastados de extrema subjetividade (MACHADO, 1998).

Para solucionar as antinomias de direito interno, os critérios são: o hierárquico, o cronológico e de especialidade. Os dois primeiros possuem natureza formal, tendo em vista que ignoram a natureza material das normas contraditórias.

Enquanto que o critério da especialidade já leva em consideração a natureza material das normas, logo se caracteriza como um critério interpretativo.

O critério denominado hierárquico (*“lex superior derogat legi inferior”*), baseado na superioridade de uma norma sobre a outra. Diniz (2005, p. 3) define: “um conflito entre normas de diferentes níveis, a de nível mais alto, qualquer que seja a ordem cronológica terá preferência em relação à de nível mais baixo”.

Deste modo, qualquer que seja a norma inferior, ela necessita estar em consonância com a previsão da norma superior ou pela norma fundamental. Kelsen (2011, p. 33), ainda, pontua: “não há, em normas de diferentes escalões, conflito, porque a norma inferior tem seu fundamento de validade na superior. Só será válida a norma inferior que estiver em harmonia com a do escalão superior”. Assim, é a norma superior, na maioria das vezes, que serve de base legal para criação de norma inferior, não podendo essa última contradizer a primeira.

O outro critério utilizado e acima mencionado é o cronológico (*“lex posterior derogat legi priori”*). Aqui, a validade da norma estabelecida anteriormente é condicionada à compatibilidade com a norma prescrita por último. Vale dizer, que as normas conflitantes devem possuir o mesmo escalão, ou seja, está na mesma classe da pirâmide normativa de Kelsen.

Os doutrinadores ainda ressaltam que se as normas conflitantes, total ou parcialmente, forem prescritas ao mesmo tempo pelo ato de um mesmo órgão, o critério em comento não poderá ser utilizado, tendo em vista que elas passariam ter a vigência na mesma data, o que impede a aplicação do critério cronológico. Diniz (2005, p. 35) no mesmo sentido se pronuncia: “a *lex posterior* apenas será aplicada se o legislador teve o propósito de afastar a anterior”.

Uma questão a ser ressaltada acerca do critério ora analisado é quanto às regras trazidas pela norma posterior, se seriam aplicadas de maneira pretérita ou apenas para fatos futuros e, assim, será retroativa a regra que atinge os efeitos de atos jurídicos praticados sob a égide da revogada; ou será irretroativa, quando não protege qualquer situação jurídica anteriormente constituída. Logo, os princípios da irretroatividade e da retroatividade devem ser analisados com responsabilidade e resguardada a proporcionalidade, para que a nova norma não prejudique o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido.

O último critério utilizado para solucionar as antinomias de direito interno é a especialidade (*“lex specialis derogat legi gnerali”*). Para esse critério, a superioridade

da norma especial prevalece sobre a norma geral. E por norma especial, Diniz (2005, p. 40) explica que “se ela possuir em sua definição legal todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados especializantes”. Estes elementos especializantes trazidos pela norma especial aprofunda a situação fática trazida pela norma geral. Bobbio (1999) chama isso de aprofundamento de diferenciação gradual, que representa um aprofundamento no desenvolvimento do ordenamento.

Contudo, observa-se que esse critério não pode ser aplicado de forma absoluta. Isso porque se a lei nova for a norma geral e a antiga especial, ou vice-versa, ou seja, existindo conflito direto entre os critérios solucionadores de antinomias, quais sejam, o cronológico e a especialidade, constata-se que ambas as normas terão vigência, desde que uma não conflite com a outra.

Um exemplo possível de citar envolvendo o critério da especialidade diz respeito à Lei nº 13.343/06 (Lei das drogas) como lei especial, em se tratando do tráfico internacional, uma vez que especifica os produtos entorpecentes que causam dependência, distinguindo, desse modo, dos produtos que possam se enquadrar na categoria de contrabando tipificado no artigo 334, do Código Penal.

No âmbito penal e processual ainda subsiste os critérios da subsidiariedade, da consunção e da alternatividade. O critério da subsidiariedade (“*Lex primaria derogat legi subsidiariae*”), conhecido por Nelson Hungria e outros doutrinadores, como o “soldado reserva”, aplicado quando a norma principal mais grave é ausente ou de impossível aplicação, aplicando, portanto, a norma subsidiária menos grave.

É o que ocorre no artigo 132 do Código Penal¹³ quando relacionar esse tipo penal com a tentativa de homicídio, por exemplo. Assim, esse dispositivo é subsidiário, uma vez que a tentativa de homicídio é bem mais grave do que a mera exposição ao perigo.

O critério da consunção (“*Lex consumens derogat legi consumptae*”) é fundamentado pelo princípio do *ne bis in idem*, que impede a dupla punição pelo mesmo fato. Assim, se houve progressão criminosa (um crime foi praticado como meio necessário ou como etapa para preparação ou execução de outro crime), o crime meio ou os preparatórios são absorvidos pelo crime fim. É o que ocorre, por

¹³ Art. 132. Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente. Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, se o fato não constitui crime mais grave.

exemplo, na violação da residência para a prática do furto. A punição deste último crime absorve o primeiro.

Por fim, o critério da alternatividade, em que sua aplicabilidade é prevista nos crimes de conteúdo variado ou crimes de ação múltipla. Ou seja, se um tipo penal prevê variadas condutas ou se esse tipo possui vários núcleos, o agente que praticar mais de uma conduta prevista nesse tipo, não responde por concurso material. É o caso, por exemplo, do artigo 28 da Lei nº 11.343/06¹⁴.

Importa acrescentar, ainda, que além das antinomias, pode ocorrer o fenômeno da anomia, a qual pode ser vista sob dois paradigmas: a própria ausência de normas ou essas normas existem, mas a sociedade continua a praticar as condutas por elas proibidas, acreditando na sensação da impunidade. Consequentemente, em razão desse último paradigma, ocorre o que Greco (2013) denomina de “inflação legislativa”, que gera, por sua vez, a crescente sensação de impunidade.

Daí decorre, talvez, o maior problema do direito penal. O excesso de normas penais aumenta a sensação de impunidade e a solução cabível e oportuna seria a despenalização ou a descriminalização de certas condutas que o direito penal, em nome do princípio basilar da intervenção mínima, não precisaria tutelar.

Esse princípio da intervenção possui duplo caráter: o caráter da subsidiariedade, onde define que o direito penal deve ser aplicado somente quando necessário e condicionado a ineficácia das demais áreas do direito; e o caráter fragmentário, explicitando que o direito penal deve atingir somente os casos de lesão aos bens jurídicos mais relevantes.

É o que diz Cunha (2018, p. 69), em sua obra:

O Direito Penal só deve ser aplicado quando estritamente necessário, de modo que a sua intervenção fica condicionada ao fracasso das demais esferas de controle (caráter subsidiário), observando somente os casos de relevante lesão ou perigo de lesão ao bem juridicamente tutelado (caráter fragmentário).

E ainda, Jesus (2014, p. 69), que, ao contrário de Sanches, não divide o princípio da intervenção mínima sob dois pontos de vista, e sim nomeia o princípio

¹⁴ Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (...)

da fragmentariedade ao lado do princípio da intervenção mínima. Em se tratando do primeiro, eis o transcrito em sua obra:

É consequência dos princípios da reserva legal e da intervenção necessária (mínima). O Direito Penal não protege todos os bens jurídicos de violações: só os mais importantes. E, dentre estes, não os tutela de todas as lesões: intervém somente nos casos de maior gravidade, protegendo um fragmento dos interesses jurídicos. Por isso é fragmentário.

No tocante ao princípio da intervenção mínima, o mesmo autor, declara que (2014, p. 71):

Procurando restringir ou impedir o arbítrio do legislador, no sentido de evitar a definição desnecessária de crimes e a imposição de penas injustas, desumanas ou cruéis, a criação de tipos delituosos deve obedecer à imprescindibilidade, só devendo intervir o Estado, por intermédio do Direito Penal, quando os outros ramos do Direito não conseguirem prevenir a conduta ilícita.

Sob esse aspecto, é importante ressaltar acerca da Lei nº 13.104/15 (a Lei do Feminicídio), o qual foi acrescentado no rol do homicídio qualificado, as circunstâncias de violência doméstica e familiar, envolvendo o menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Levando em consideração que há uma lei de nº 11.340/06 (a Lei Maria da Penha), cuja finalidade precípua é combater os crimes de violência doméstica e familiar, além da condição de menosprezo ou discriminação à mulher poder ser enquadrado como motivo fútil, no inciso II do art. 121 do Código Penal, a Lei do Feminicídio acaba por ferir o princípio da intervenção mínima. Essa lei ainda recente só surgiu para atender ao clamor de uma determinada categoria, embora que as lutas dessa classe sejam consideradas justas.

Importa ressaltar, por fim, a existência da solução entre conflitos de normas de direito internacional privado, contudo, não sendo objeto do presente estudo, não será analisado.

6 CONCLUSÃO

A Lei representa um campo disputável pela abordagem ou pelo domínio de um indivíduo ou determinado grupo no tocante à institucionalização do seu interesse por meio de uma norma. O que acontece, em determinados momentos, é o ensejo da institucionalização de uma escolha em detrimento de outra.

O Direito Penal, bem como o processo civil, está posto na sociedade como uma forma de regulá-la, além de tutelar e proteger os bem jurídicos mais importantes, como a vida e o patrimônio. Ademais, não existe sociedade sem regras.

Diante de uma agenda desigual entre as mais diversas camadas da sociedade e o seu descontentamento diante de tal quadro, insurge-se um desejo de justiça social tão exacerbado, ao ponto de não haver mais a observância aos princípios e diretrizes básicas do processo penal. Como agravante, há a não socialização da justiça e o não fácil acesso de compreensão às leis. O que não implica dizer que deva haver a popularização do Direito Penal.

Ao operador do direito, ressalta-se a necessidade de analisar cada caso concreto a fim de respeitar os postulados da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e, sobretudo, a não infringência dos direitos fundamentais mais relevantes. E, dessa maneira, não ceder as mais variadas pressões da sociedade para com a elaboração de novos tipos penais que, muitas vezes, já existem no ordenamento, causando o fenômeno da inflação legislativa.

Observando os aspectos supracitados, conclui-se, desse modo, que os critérios amoldados para o processo resolutivo das antinomias jurídicas atentam à necessidade eminente de preservação máxima efetiva da Constituição. E portanto, a apropriada aplicação de tais institutos vincula-se intrinsecamente e insofismavelmente à natureza de cada qual, o que não se admite aplicações desmedidas e que impliquem, ao revés, o não cumprimento de seus requisitos enquanto mecanismos de interpretação.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **A dignidade humana e a proporcionalidade. Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo**. 2ª ed., 4ª triagem. Florianópolis: Ed. Qualis, 2015.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2002.

BOAVENTURA, Bruno J.R. Antinomia e a sistematicidade jurídica: uma aporética da lógica deôntica corrigível. **Rev. Raízes Jurídicas**, Curitiba, v. 5. n. 2, p. 18-19. Jul./dez., 2009. Disponível em: < <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/37-154-1-pb.pdf> >. Acesso em: 23 de abr. 2018.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução Maria Celeste Cordeiro dos Santos. 10ª ed. Brasília: Ed. UNB, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (Texto promulgado em 05/10/1988)**. Brasília: 1988. Disponível em: < https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.asp >. Acesso em: 27 de abr. 2018.

_____. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. Brasília: 2005. Disponível em: <Estatuto da Corte Internacional de Justiça>. Acesso em: 04 de mai. 2018.

BUNDESTAG, Deutscher. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Org.: Aachen Assis Mendonça; Bonn Urbano Carvelli. Edição impressa, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1ª ed. brasileira, 2. ed. portuguesa. Coimbra/São Paulo: Coimbra/Revista dos Tribunais, 2008.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual do Direito Penal: parte especial**. 10ª ed. São Paulo: Ed. Juspodivm, 2018.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1996.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

JESUS, Damásio de. **Código Penal anotado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. (Os pensadores). São Paulo: Abril Cultural, 1980.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MACHADO, João Baptista. **Âmbito de eficácia e âmbito de competência das leis: Limites das Leis e Conflitos das Leis**. Coimbra: Ed. Almedina, 1998. 451 p.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas. 1948.

SARLET, Ingo Wolfgang. 4ª ed. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2002.

_____. **A Eficácia Dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral Dos Direitos Fundamentais Na Perspectiva Constitucional**. 12ª ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2015.

ANEXO 1

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. 1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. **Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Ubermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote).** Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as

medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Ubermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.

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

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

4. ORDEM DENEGADA. (BRASIL, 2012).